



**FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM DIREITO -
MESTRADO**

ROSEMERI MUNHOZ DE ANDRADE

**LIMITES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE LIBERDADE DE
EXPRESSÃO E AOS DIREITOS DE PERSONALIDADE NO
CONSTITUCIONALISMO DIGITAL: O TESTE DA PROPORCIONALIDADE
COMO CRITÉRIO DE RACIONALIDADE**

Porto Alegre

2024

ROSEMERI MUNHOZ DE ANDRADE

**LIMITES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE LIBERDADE DE
EXPRESSÃO E AOS DIREITOS DE PERSONALIDADE NO
CONSTITUCIONALISMO DIGITAL: O TESTE DA PROPORCIONALIDADE
COMO CRITÉRIO DE RACIONALIDADE**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, na área de concentração Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis.

Linha de Pesquisa: Tutelas à Efetivação de Direitos Transindividuais.

Orientador: Prof. Dr. Anizio Pires Gavião Filho

Porto Alegre

2024

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Paulo Pinto de Carvalho e setor de Tecnologia da Informação, com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

Andrade, Rosemeri Munhoz de

Limites aos direitos fundamentais de liberdade de expressão e aos direitos de personalidade no constitucionalismo digital: o teste da proporcionalidade como critério de racionalidade / Rosemeri Munhoz de Andrade. -- Porto Alegre 2024.

177 f.

Orientador: Prof. Dr. Anizio Pires Gavião Filho.

Dissertação (Mestrado) -- Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, Mestrado em Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis, Porto Alegre, BR-RS, 2024.

1. Constitucionalismo Digital. Direito à Liberdade de Expressão e Direitos de Personalidade no Ambiente Digital. Teste da Proporcionalidade.. I. Gavião Filho, Prof. Dr. Anizio Pires, orient. II. Título.

ROSEMERI MUNHOZ DE ANDRADE

Dissertação apresentada como requisito para obtenção de título de Mestre em Direito, no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito - Mestrado da Fundação Escola Superior do Ministério Público.

Aprovado em:

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Anizio Pires Gavião Filho - PPGD/FMP (Orientador)

Prof.^a Dra. Mônia Clarissa Henning Leal - PPGD/FMP

Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier - PPGD/UniBrasil

Ao meu filho, Leonardo de Andrade Paes,
meu maior incentivador e exemplo de amor
ao conhecimento.

AGRADECIMENTOS

Agradecer passou a ser o meu mantra diário; a maturidade me trouxe esse discernimento como presente. Assim, não poderia deixar de registrar a profunda gratidão que sinto por Deus e por todos aqueles que me acompanharam e apoiaram nessa trajetória acadêmica.

Agradeço em especial ao meu orientador, Prof. Dr. Anizio Pires Gavião Filho, que sempre esteve disponível para me atender, orientar e contribuir com seus conhecimentos para esta dissertação. O Prof. Dr. Anizio Pires Gavião Filho tem sido meu orientador em toda a trajetória acadêmica do Direito, na graduação, nas monitorias acadêmicas e grupos de pesquisas, sempre incentivando e ensinando a olhar o Direito de forma crítica e reflexiva.

Agradeço, igualmente, aos professores e colaboradores do mestrado e da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). À minha mãe Hilda, sempre presente em minha vida; à minha irmã Rubya, exemplo de busca incessante pelo conhecimento, e ao meu filho Leonardo, meu amor incondicional.

Nesse caminho chamado Vida, outras pessoas especiais chegam para confirmar que, apesar da dissertação ser um trabalho de isolamento, não há solidão. Agradeço, de forma especial, ao meu amor Sandro, que foi admirador e incentivador das minhas pesquisas, contribuindo com sua paciência, compreensão e amor durante esse período de dedicação aos estudos.

Agradeço, também, às colegas Desyrrê, Júlia, Morgana e Natália que, juntas, formamos um grupo de ajuda, apoio e fortalecimento, sobretudo à Morgana, minha dupla de seminários e amiga para além dos bancos acadêmicos.

A todos, obrigada.

“A desigualdade dos direitos é a primeira
condição para que haja direitos.”

Friedrich Wilhelm Nietzsche

RESUMO

Atualmente, com a evolução digital, a principal forma de interação e comunicação entre as pessoas ocorre no ambiente da Internet, um espaço onde as informações são disseminadas instantaneamente, sem fronteiras e, praticamente sem controle. Essa nova forma de interagir apresenta desafios que decorrem da possibilidade de limites e colisões entre os direitos fundamentais, em especial, os direitos à liberdade de expressão e à personalidade. Surge, então, o “constitucionalismo digital” como ideia de controle do poder do Estado e da proteção dos direitos fundamentais no ambiente digital. Como os direitos de liberdade de expressão e os direitos de personalidade são direitos constitucionalmente protegidos, a limitação a estes direitos precisa ser justificada racionalmente e, assim, sugere-se a utilização do teste da proporcionalidade. Nesse sentido, esta dissertação procurou responder se é possível atingir uma racionalidade argumentativa, comprometida com a proteção dos direitos fundamentais e a intervenção mínima no direito afastado utilizando, na decisão judicial, o teste da proporcionalidade como critério metodológico. Para tanto, adotou-se a metodologia dedutiva, com abordagem teórica e estudos de casos práticos, com método de procedimento monográfico e técnicas de pesquisa bibliográfica, jurisprudencial e legislativa. A partir da abordagem teórica, foi apresentada uma análise quanti-qualitativa de como é utilizado o teste da proporcionalidade na prática do Tribunal Constitucional Federal alemão e do Supremo Tribunal Federal do Brasil. E, por fim, para verificar se o teste da proporcionalidade é utilizado nas decisões concernentes à limitação de direitos de liberdade de expressão e direitos de personalidade, no âmbito do constitucionalismo digital, foram analisadas quatro decisões: do Tribunal de Justiça da União Europeia, da Suprema Corte Norte-Americana, do Tribunal Constitucional da Colômbia e do Superior Tribunal de Justiça do Brasil. Como resultado, evidenciou-se que o teste da proporcionalidade, no modelo *standard* e sequencial não é utilizado de forma rigorosa para a maioria das decisões analisadas. Do mesmo modo, observou-se um grande esforço argumentativo para justificar a medida violadora de um direito, notadamente na análise da proporcionalidade em sentido estrito. De toda a sorte, pode ser afirmado que o teste da proporcionalidade é um critério de racionalidade utilizado para avaliar as justificativas das medidas que limitam o escopo de proteção dos direitos fundamentais. A sugestão é a utilização do modelo *standard* do teste da proporcionalidade, de forma sistemática e sequencial, para verificar as justificativas das medidas que restringem um direito à liberdade de expressão ou direitos de personalidade no ambiente digital.

Palavras-chave: Constitucionalismo digital. Limites aos direitos fundamentais. Liberdade de expressão. Direitos de personalidade. Teste da proporcionalidade.

ABSTRACT

Currently, with digital evolution, the main form of interaction and communication between people occurs on the Internet, a space where information is disseminated instantly, without borders and practically without control. This new way of interacting presents challenges that arise from the possibility of limits and collisions between fundamental rights, especially the rights to freedom of expression and personality. “Digital constitutionalism” then emerges as an idea of controlling State power and protecting fundamental rights in the digital environment. As the rights to freedom of expression and personality rights are constitutionally protected rights, the limitation to these rights needs to be rationally justified, and thus the use of the proportionality test is suggested. In this sense, this dissertation sought to answer whether it is possible to achieve an argumentative rationality, committed to the protection of fundamental rights and the minimum intervention in the excluded right using, in the judicial decision, the test of proportionality as a methodological criterion. To this end, a deductive methodology was adopted, with a theoretical approach and practical case studies, with a monographic procedure method and bibliographic, jurisprudential and legislative research techniques. From the theoretical approach, a quantitative-qualitative analysis was presented of how the proportionality test is used in the practice of the German Federal Constitutional Court and the Federal Supreme Court of Brazil. And, finally, to verify whether the proportionality test is used in decisions concerning the limitation of freedom of expression rights and personality rights, within the scope of digital constitutionalism, four decisions were analyzed (from the Court of Justice of the European Union, from North American Supreme Court, the Constitutional Court of Colombia and the Superior Court of Justice of Brazil). As a result, it became clear that the proportionality test, in the standard and sequential model, is not used rigorously for many decisions analyzed, in the same way, a great argumentative effort was made to justify the measure that violates a right, notably in the analysis of proportionality in the strict sense. In any case, it can be stated that the proportionality test is a criterion of rationality used to evaluate the justifications of measures that limit the scope of protection of fundamental rights. The suggestion is to use the standard model of the proportionality test in a systematic and sequential manner, to verify the justifications of the measures that restricted the right to freedom of expression or personality rights in the digital environment.

Keywords: Digital constitutionalism. Limits to fundamental rights. Freedom of expression. Personality rights. Proportionality test.

LISTA DE QUADROS, TABELAS E FIGURAS

Quadro 1 – Exemplos de solicitações para Remoção de URLs excluídas pela empresa Google	50
Quadro 2 - Elementos para definir se houve ‘Ajuda e Cumplicidade’	132
Quadro 3 - Ponderação no caso de colisões entre os direitos à liberdade de expressão e direitos à honra e ao bom nome.....	138
Tabela 1 – Usuários e alcance de anúncios do Facebook, YouTube e Instagram – 2023-2024	57
Tabela 2 - Evolução do índice de capitalização de mercado das empresas Google, Facebook e Twitter	58
Figura 1 - Aplicação do teste da proporcionalidade por tipo de recurso	97
Figura 2 - Proporcionalidade da medida estatal	98
Figura 3 – Frequência de falhas em cada fase da análise de proporcionalidade	99
Figura 4 - Número de decisões por tipo de recurso	102
Figura 5 - Resultado – Ação Direta de Inconstitucionalidade	103
Figura 6 - Resultado – Resultado das decisões das ADIs – Medida Estatal Federal ...	104
Figura 7 - Resultado – Resultado das decisões das ADIs – Medida Estatal Estadual..	104
Figura 8 - Resultado – Aplicação dos subtestes do Teste da Proporcionalidade	105
Figura 9 - Resultado da aplicação do Teste da Proporcionalidade nas ADIs.....	106

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABAD	Associação Brasileira de Atacadistas e Distribuidores de Produtos Industrializados
AC	Apelação Cível
ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AgInt	Agravo Interno
ATA <i>Anti-Terrorism Act</i>	Lei antiterrorista
BVerfG <i>Bundesverfassungsgericht</i>	Tribunal Constitucional Federal alemão
BVerfGE <i>Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, amtliche Sammlung</i>	Decisões do Tribunal Constitucional Federal, Coletânea Oficial
CDA <i>Communications Decency Act</i>	Lei de Decência nas Comunicações
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CDFUE	Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia
CF	Constituição Federal
CJF	Conselho da Justiça Federal
CPC	Código de Processo Civil
COVID-19 <i>coronavirus disease 2019</i>	Doença por coronavírus 2019
DMA <i>Digital Markets Act</i>	Lei dos Mercados Digitais da União Europeia
DSA <i>Digital Services Act</i>	Lei de Serviços Digitais da União Europeia
DVD <i>Digital Versatile Disc</i>	Disco digital versátil
Ed.	Editora
ed.	Edição
EDcl	Embargos Declaratórios
ELSJ	Espaço de liberdade, segurança e justiça do Tratado de Lisboa para segurança de dados
GPDR <i>General Data Protection Regulation</i>	Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados do Parlamento Europeu
HC	Habeas Corpus
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
IP <i>Internet Protocol</i>	Protocolo de Internet
ISIS	Estado Islâmico do Iraque e da Síria
ISSN <i>International Standard Serial Number</i>	Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas
LGPD	Lei Geral de Proteção de Dados
MS	Mandado de Segurança
MCI	Marco Civil da Internet
NetzDG <i>Network Enforcement Act</i>	Lei de aplicação de rede

OAS <i>Organization of American States</i>	Organização dos Estados Americanos
OHRC <i>Ontario Human Rights Commission</i>	Comissão de Direitos Humanos de Ontário
ONU	Organização das Nações Unidas
p.	Página
PIN <i>Personal Identification Number</i>	Número de Identificação Pessoal
REsp	Recurso Especial
RE	Recurso Extraordinário
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TFCA	Tribunal Constitucional Federal Alemão
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TJRS	Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
TJSP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Trad.	Tradução
UE	União Europeia
UNESCO	Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura
URL <i>Uniform Resource Locator</i>	Localizador Uniforme de Recursos

LISTA DE VARIÁVEIS

- P_i Significa um princípio ou direito fundamental, no qual haverá a intervenção de uma medida ou omissão por prejuízo ou não cumprimento. Pode ser para a defesa ou proteção do direito fundamental.
- P_j Significa um princípio ou direito fundamental, que está no caso concreto em colisão com o P_i .
- IP_i ou I_i Representa a intensidade de intervenção em P_i de acordo com as particularidades da situação concreta. Indica a importância concreta do cumprimento em P_i .
- IP_j ou I_j Representa a intensidade de intervenção em P_j de acordo com as particularidades da situação concreta. Indica a importância concreta do cumprimento em P_j .
- G_i Expressa o peso abstrato do P_i . É o peso do princípio antes da análise na situação concreta.
- G_j Expressa o peso abstrato do P_j . É o peso do princípio antes da análise na situação concreta.
- G_{ij} É o peso concreto de um princípio, P_i , relativamente ao outro princípio, P_j .
- S_i Significa o grau de segurança das suposições empíricas, ou segurança epistêmica das premissas que sustentam as classificações de I_i e G_i .
- S_j Significa o grau de segurança das suposições empíricas, ou segurança epistêmica das premissas que sustentam as classificações de I_j e G_j .

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	16
2 CONSTITUCIONALISMO DIGITAL	22
2.1 O DESENVOLVIMENTO DE UM CONSTITUCIONALISMO DIGITAL	23
2.2 O DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO CONSTITUCIONALISMO DIGITAL.....	34
2.2.1 O direito à liberdade de expressão no ambiente digital.....	38
2.2.2 O direito à liberdade de expressão no Brasil	41
2.3 OS DIREITOS DE PERSONALIDADE NO CONSTITUCIONALISMO DIGITAL.....	44
2.3.1 Os direitos de personalidade no ambiente digital.....	45
2.3.2 Os direitos de personalidade no ambiente digital - Brasil	52
2.4 DESAFIOS AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DIREITOS DE PERSONALIDADE NO AMBIENTE DIGITAL....	54
2.4.1 A utilização dos dados e informações nas redes sociais	55
2.4.2 Limites e responsabilidades da atuação das plataformas digitais.....	59
3 O TESTE DA PROPORCIONALIDADE COMO CRITÉRIO DE RACIONALIDADE NAS DECISÕES JUDICIAIS.....	66
3.1 “LIMITE DOS LIMITES” (<i>SCHRANKEN-SCHRANKEN</i>)	66
3.1.1 O teste da proporcionalidade e seus subtestes	69
3.1.2 A metodologia do teste da proporcionalidade no Tribunal Constitucional Federal Alemão	73
3.2 CRÍTICAS E RESPOSTAS AO TESTE DA PROPORCIONALIDADE.....	79
3.2.1 A irracionalidade, a incomensurabilidade e a subjetividade da fórmula peso.....	79
3.2.2 Respondendo às críticas ao teste da proporcionalidade.....	83
3.2.3 A pretensão de racionalidade da fórmula peso.....	90
3.3 ANÁLISE QUANTI-QUALITATIVA DA APLICAÇÃO DO TESTE DA PROPORCIONALIDADE PELO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO E SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DO BRASIL.....	95

3.3.1 O teste da proporcionalidade na prática do Tribunal Constitucional Federal Alemão	96
3.3.2 O teste da proporcionalidade na prática do Supremo Tribunal Federal.....	101
4 AMBIENTE DIGITAL: CASOS DE VIOLAÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O TESTE DA PROPORCIONALIDADE	113
4.1 A PROTEÇÃO DE DADOS E IMAGENS NA ‘ERA DIGITAL’ - TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA: CASO TU e RE <i>VERSUS</i> GOOGLE.....	114
4.2 A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PLATAFORMAS DE REDES SOCIAIS E O ALGORITMO DE RECOMENDAÇÃO - SUPREMA CORTE NORTE-AMERICANA: CASO TWITTER <i>VERSUS</i> TAAMNEH	123
4.3 ALERTA NO FACEBOOK: O ESCRACHE COMO DISCURSO CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO. CASO CAMILA <i>VERSUS</i> PEDRO - TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA	134
4.4 AMOR ESTRANHO AMOR. DIREITO AO ESQUECIMENTO OU À LIBERDADE DE INFORMAÇÃO? SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: CASO XUXA <i>VERSUS</i> GOOGLE.....	143
CONCLUSÃO.....	154
REFERÊNCIAS	159
APÊNDICE A – REGRAS PARA A RACIONALIDADE NA APLICAÇÃO DO TESTE DA PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO	175
APÊNDICE B – RELAÇÃO DAS AÇÕES ANALISADAS NO PERÍODO DE JANEIRO DE 2014 A SETEMBRO DE 2024	177

1 INTRODUÇÃO

A conquista dos direitos fundamentais consagrados nas constituições se deu a partir do anseio da sociedade, em especial pós segunda guerra mundial, quando os interesses sociais passam a ter maior relevância sem, no entanto, abandonar a ideia de liberdade e igualdade. Um marco dessa conquista é a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. A partir de então, diversas constituições e pactos internacionais incluem em seus textos um catálogo de direitos fundamentais que compreendem direitos de liberdade, de igualdade, de personalidade, de dignidade, entre outros.

No cenário atual, vive-se num desenvolvimento tecnológico desenfreado, onde a Internet representa o principal meio para a produção e troca de informações entre as pessoas. Essa forma de interação que ultrapassa fronteiras traz inúmeras transformações e conflitos sociais, econômicos e tecnológicos, apresentando desafios que dependem de respostas jurídicas para a proteção dos direitos fundamentais no espaço digital.

Os direitos fundamentais são direitos constitucionalmente protegidos que merecem um olhar especial, pois, apesar do amplo escopo de proteção, podem sofrer restrições. Assim, refletir sobre as limitações ou restrições que podem ocorrer aos direitos fundamentais, notadamente no ambiente digital, não é apenas questionar de maneira crítica como ocorrem essas violações, mas é, também, uma forma de sugerir que a racionalidade das justificativas das medidas que restringiram um direito fundamental pode ser verificada a partir da utilização de um critério metodológico.

O debate de como o Direito reage para enfrentar esses novos desafios da era tecnológica é conhecido como “constitucionalismo digital”, baseado na ideia do controle do poder do Estado e da proteção dos direitos fundamentais no ambiente digital.

Porém, esses novos direitos ‘digitais’, como os direitos de liberdade de expressão, manifestação e informação, direitos à privacidade, direitos à imagem, à proteção de dados e ao esquecimento no ambiente digital, precisam de proteção para atos que vão além da ação do Estado. Nesse novo ambiente, os direitos fundamentais podem ser restringidos, também, pelo poder das grandes empresas de tecnologia digital, que atuam como atores ao lado do Estado.

Para justificar a proporcionalidade dessas violações é sugerida a utilização de um critério metodológico argumentativo denominado de teste da proporcionalidade que, a partir da satisfação de seus subtestes, irá verificar se a limitação a um direito fundamental está, racionalmente, justificada.

Dessa forma, a pesquisa possui como temática os limites aos direitos de liberdade de expressão e aos direitos de personalidade no constitucionalismo digital e a aplicação do teste da proporcionalidade como critério de racionalidade. O enfoque parte da possibilidade de restrições aos direitos fundamentais, decorrentes de atos de agentes públicos, privados ou da colisão entre os direitos constitucionalmente protegidos no ambiente digital e da análise de como os tribunais estão julgando e justificando tais medidas restritivas.

A Internet e as redes sociais apresentam, atualmente, uma das principais formas de interação e de manifestação entre as pessoas. Com isso, existe uma grande propensão dos direitos de liberdade de expressão e de informação, assim como dos direitos de personalidade, sofrerem limitações ou colidirem entre si. Nesses casos, a decisão judicial que irá definir qual o direito fundamental será satisfeito no caso concreto dependerá da ponderação e de justificativas racionais. Nessa perspectiva, esta dissertação pretende responder o seguinte problema: é possível atingir uma racionalidade argumentativa, comprometida com a proteção dos direitos fundamentais e a intervenção mínima no direito afastado utilizando, na decisão judicial, o teste da proporcionalidade como critério metodológico?

Partindo do problema, são apresentadas duas hipóteses. A primeira hipótese é se a aplicação do teste da proporcionalidade oferece respostas racionais capazes de verificar a justificação da violação no escopo de proteção dos direitos fundamentais no ambiente digital. A segunda hipótese questiona se, ao solucionar casos de restrição, limitação ou colisão entre direitos fundamentais, a decisão judicial utiliza os elementos do teste da proporcionalidade para sua justificação.

O tema da pesquisa coaduna com o Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Fundação Escola Superior do Ministério Público, que tem como área de concentração as “Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis”, pois dedica-se aos direitos fundamentais à liberdade de expressão, manifestação e informação e aos direitos de

personalidade, considerados direitos indisponíveis, os quais dependem da proteção constitucional para sua efetivação.

No ambiente digital, em decorrência da possibilidade dos direitos fundamentais sofrerem limitações ou restrições, constata-se a importância de discorrer sobre a aplicação do teste da proporcionalidade como um critério metodológico para verificar a justificação das restrições aos direitos constitucionalmente protegidos. Assim, a investigação justifica-se pela relevância social que tem a proteção dos direitos fundamentais, numa sociedade onde as plataformas digitais estão presentes no dia a dia das pessoas, constituindo um dos principais veículos de comunicação, desafiando e ameaçando o exercício dos direitos de liberdade de expressão e direitos de personalidade.

Nesse contexto, também se justifica em face da necessidade de fundamentação racional que justifique a limitação ou restrição, no ambiente digital, a um direito constitucionalmente protegido. Um entendimento da importância da proteção dos direitos fundamentais de liberdade de expressão, de manifestação e informação online, assim como, a proteção dos direitos de personalidade no que se refere à honra, imagem, proteção de dados e imagem e direito ao esquecimento, é necessária para entender que qualquer restrição ou violação a esses direitos deverá apresentar uma forte carga argumentativa.

A compreensão de como estão sendo decididos os casos de restrição ou colisão dos direitos fundamentais no ambiente digital será pretendida a partir da análise de decisões do Supremo Tribunal Federal no Brasil e dos tribunais internacionais, no âmbito da União Europeia, Colômbia e Estados Unidos.

Assim, a dissertação pode contribuir, na esfera da comunidade jurídica, para a conscientização da importância de justificar de forma racional e amplamente aceita, fazendo uso do teste da proporcionalidade e seus quatro subtestes (do propósito legítimo, da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito), visto que esse critério ainda não tem aplicação de forma sistemática e sequencial na prática dos tribunais, em especial no Brasil. No âmbito acadêmico, a pesquisa pode incentivar outros estudos na promoção da aplicação do teste da proporcionalidade como método de verificação da racionalidade das justificativas das medidas restritivas nas decisões.

Destarte, o objetivo geral desta dissertação é demonstrar que a aplicação do teste da proporcionalidade oferece respostas racionais capazes de verificar a justificação da violação no escopo de proteção dos direitos fundamentais no ambiente digital.

De tal maneira, a pesquisa divide-se em três capítulos, os quais representam os seus objetivos específicos: (1) discorrer sobre o constitucionalismo digital e a expansão das plataformas digitais como meio de manifestação das pessoas; (2) identificar os direitos fundamentais de liberdade de expressão e direitos de personalidade no constitucionalismo digital; (3) abordar os casos de colisão de direitos fundamentais e a possibilidade de restrição desses direitos no ambiente digital; (4) apresentar o teste da proporcionalidade, sua origem, fundamentos e subtestes, como critério argumentativo metodológico nas decisões judiciais; (5) abordar as objeções e críticas ao teste da proporcionalidade; (6) apresentar análise quanti-qualitativa da aplicação do teste da proporcionalidade nas decisões do Tribunal Federal Constitucional Alemão e Supremo Tribunal Federal do Brasil; e (7) analisar a aplicação do teste da proporcionalidade em decisões que tratam de restrições aos direitos fundamentais no ambiente digital, pelos Tribunais: Tribunal Federal da União Europeia, Suprema Corte Norte-Americana, Tribunal Constitucional da Colômbia e Supremo Tribunal Federal do Brasil.

No que tange à metodologia e à forma de abordagem do problema, será empregado o método dedutivo, que procura explicar os fatos particulares por referências, princípios ou leis gerais. Nessa abordagem, as premissas a serem apresentadas são admitidas como verdadeiras. Assim, a temática de investigação utilizará o método dedutivo, com uma abordagem teórica e estudos de casos práticos, com a intenção de confirmar as hipóteses da pesquisa, ou seja, confirmar que a aplicação do teste da proporcionalidade como critério metodológico é capaz de oferecer respostas racionais adequadas para verificar a justificação da violação no escopo de proteção dos direitos fundamentais no ambiente digital e que, ao solucionar casos de restrição, limitação ou colisão entre direitos fundamentais, a decisão judicial utiliza os elementos do teste da proporcionalidade para sua justificação, mesmo que não de forma sistemática e sequencial.

Quanto ao âmbito procedimental da pesquisa, ou seja, as etapas concretas da investigação, será aplicado o método monográfico. O método de procedimento monográfico aborda o estudo referente a um tema específico ou particular e busca

investigar determinado assunto não só em profundidade, mas em todos os seus ângulos e aspectos, dependendo do objetivo proposto. Nesse sentido, será utilizado o método de procedimento monográfico com a finalidade de investigar de forma profunda e abrangente a aplicabilidade do teste da proporcionalidade, a partir das decisões judiciais no ambiente digital.

A técnica de pesquisa utilizada será a bibliográfica, que é desenvolvida com base em material já elaborado, constituído, principalmente, de livros, artigos científicos e sites de pesquisa dos tribunais constitucionais. Para o estudo, serão realizadas pesquisas bibliográficas de autores nacionais e internacionais para os temas vinculados ao constitucionalismo digital, aos direitos fundamentais no ambiente digital e possíveis restrições, bem como a estrutura, elementos, objeções e respostas referentes ao teste da proporcionalidade. A partir dos estudos efetuados, a estratégia adotada será a realização de análise quanti-qualitativa da aplicação do teste da proporcionalidade pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão e Supremo Tribunal Federal do Brasil e, por último, com foco no ambiente digital será apresentada a análise de casos concernentes à aplicação do teste da proporcionalidade pelo Tribunal Federal da União Europeia, pela Suprema Corte Norte-Americana, pelo Tribunal Constitucional da Colômbia e pelo Supremo Tribunal Federal.

A utilização de tabelas e gráficos na presente dissertação, apesar de não ser usual em trabalhos da área jurídica, tem como objetivo comunicar os resultados de forma mais clara e visualmente interessante.

A partir dessas ponderações, passa-se à abordagem do tema proposto e seus objetivos, dividido em três capítulos. O primeiro capítulo abordará o desenvolvimento de um novo constitucionalismo, chamado de constitucionalismo digital, fenômeno que ocorre a partir da evolução da Internet e do crescimento das redes sociais, e aponta para o desafio de garantir a proteção dos direitos fundamentais na era da tecnologia digital. Nesse sentido, serão apresentados os direitos de liberdade de expressão e direitos de personalidade no constitucionalismo digital e, por fim, os desafios aos direitos fundamentais no ambiente digital, como a utilização de dados nas redes sociais e os limites e a responsabilidade da atuação de plataformas digitais.

Após a compreensão dos principais desafios à proteção dos direitos fundamentais no ambiente digital, reconhecendo a possibilidade de restrições e colisões

desses direitos, o segundo capítulo estará centrado no teste da proporcionalidade como critério de racionalidade nas decisões judiciais. Será abordada a estrutura do teste da proporcionalidade defendida pela doutrina e a metodologia utilizada pelo Tribunal Federal Constitucional Alemão. Serão apresentadas as críticas e respostas ao teste da proporcionalidade, notadamente quanto à irracionalidade, à incomensurabilidade e à subjetividade. E, por fim, será demonstrada a análise quanti-qualitativa da aplicação do teste da proporcionalidade na prática pelo Tribunal Federal Constitucional Alemão e Supremo Tribunal Federal do Brasil.

O terceiro e último capítulo será dedicado à análise de quatro casos concretos que apresentam restrições aos direitos fundamentais no âmbito digital. A proposta é identificar se a medida estatal que restringiu um direito fundamental é proporcional e está racionalmente justificada. Assim, a escolha dos casos levou em consideração os tópicos apresentados nos capítulos anteriores. O primeiro caso apresentará a decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia com relação ao direito fundamental de personalidade (proteção de dados e imagens), no ambiente digital; o segundo caso abordará a questão da responsabilidade civil das plataformas digitais, com decisão da Suprema Corte Norte-Americana; o terceiro caso mostrará como foi decidido pelo Tribunal Constitucional da Colômbia uma colisão entre os direitos fundamentais da liberdade de expressão e direitos de personalidade (direito ao bom nome e imagem) no contexto das redes sociais; e, no quarto e último caso será abordado o direito de personalidade (direito ao esquecimento), em colisão com o direito da coletividade à informação no ambiente digital, decisão do Superior Tribunal de Justiça do Brasil.

A partir das considerações teóricas e análises de casos, as conclusões serão apresentadas de forma tradicional, retomando notas de cada um dos capítulos.

2 CONSTITUCIONALISMO DIGITAL

Atualmente, na chamada ‘era digital’, as redes sociais são o principal meio de relação entre as pessoas. Essa nova forma de interação, a partir da Internet, é global e veloz, ocasionando mudanças no campo social, econômico e tecnológico. O acesso à Internet apresenta um crescimento exponencial¹, tornando-se o principal meio para a produção e troca de informações entre os usuários. Nessa perspectiva, a informação passa a ser digitalizada e, com isso, uma série de transformações sociais contemporâneas estão a desafiar os aparatos jurídicos constitucionais existentes. O desenvolvimento tecnológico é o principal responsável dessas transformações (Celeste, 2023). Com isso, surgem diversos fenômenos jurídicos com a finalidade de regular conflitos e proteger os direitos no espaço da Internet.

No ambiente digital, os conflitos, muitas vezes, estão relacionados a espaços e pessoas não definidos (Jardim, 2023) de tal forma que a intervenção do Estado não alcança. As grandes corporações da área de tecnologia digital, “ao produzir, gerar e criar produtos e serviços digitais emergiram como novos intervenientes dominantes ao lado dos Estados-nação” (Celeste, 2023, p.13). Nesse novo panorama, tanto o Estado como as grandes corporações podem violar e restringir os direitos fundamentais. Essa violação e restrição provocam desafios ao direito constitucional tradicional, que não possui regras de proteção aos direitos de pessoas indefinidas e de lugares indeterminados, apresentando diversas questões sobre a proteção de direitos no ambiente digital.

A partir de então, o cerne do problema é responder como o direito reage para a efetivação dos direitos fundamentais nessa nova realidade do ambiente digital. Essa discussão tem lugar num fenômeno conhecido como “constitucionalismo digital”, que procura responder aos conflitos da era digital. Esse fenômeno, que teve como origem a criação de um “decalogo de direitos digitais” elaborado por grupos da sociedade civil (Celeste, 2024, p.13), pode ser ou não um novo modelo de constitucionalização do direito,

¹ A análise da Datareportal indica que os usuários de Internet no Brasil aumentaram 7,1 milhões (+4,1%) entre 2022 e 2023. KEMP, Simon. DIGITAL 2023: Brasil. Estatísticas de mídia social para o Brasil em 2023. Datareportal, Fev/2023. Disponível em: <https://datareportal.com/reports/digital-2023-brazil>. Acesso em: 06 nov. 2023.

no entanto, busca identificar os direitos fundamentais, as possíveis restrições e a forma de regular e proteger esses direitos no ambiente digital.

2.1 O DESENVOLVIMENTO DE UM CONSTITUCIONALISMO DIGITAL

A discussão do constitucionalismo digital parte do conceito de constituição de um país, que reúne um conjunto de leis que regulamentam a vida de uma nação. As normas constitucionais almejam uma condição de relativo equilíbrio onde todos os atores sociais possam viver de acordo com valores partilhados e estabelecidos. O Estado, nesse contexto, desempenha um papel intermediário entre as classes sociais e pode ser considerado como o ator dominante e detentor final do poder sobre os indivíduos e, conseqüentemente, como o principal garantidor dos seus direitos fundamentais (Celeste, 2023).

Gill, Redeker e Gasser (2015) afirmam que as regras e processos fundamentais de uma comunidade política são definidos pelas constituições. São os mecanismos que delimitam os limites do poder de um Estado sobre os seus cidadãos, assim, o ponto central do axioma constitucionalista está inserido na necessidade de controlar, limitar e restringir o poder do Estado.

Para Grimm (2016), a constituição moderna tornou-se um conceito normativo ao prescrever como o poder do Estado deveria ser estabelecido e exercido, sinônimo da lei que regulava o exercício do poder do Estado. Nesse sentido, duas funções são consideradas basilares em uma constituição: a limitação do poder, num sentido horizontal, e a proteção dos direitos fundamentais.

De forma geral, uma constituição está relacionada à forma de governo de uma sociedade, como está apresentada a definição, a organização do poder e seus valores. Já o constitucionalismo surge como um instrumento do direito, a partir de um movimento político e jurídico, das revoluções liberais dos séculos XVII e XVIII, objetivando dominar o arbítrio e racionalizar o exercício da autoridade, uma criação institucional que busca implementar a ideologia liberal. Assim, constituição e constitucionalismo surgem como uma estrutura normativa, controlada pelo poder político, com a finalidade de promover as liberdades de uma população (Pereira; Keller, 2024), ou seja, a lei expressa em nome do Estado passa a garantir direitos, princípios e definir limites.

De maneira progressiva, a partir do final do século XVII, os textos constitucionais passam a incluir, além da limitação horizontal e do equilíbrio entre poderes, uma concepção de limitação vertical, no sentido de proteção dos direitos individuais contra esses poderes (Celeste, 2023). Logo, a consolidação do constitucionalismo se deu a partir das revoluções liberais na Europa formando três modelos: o modelo inglês, o modelo norte-americano e o modelo francês, sendo “o constitucionalismo moderno definido pelos modelos de constitucionalismo norte-americano e francês” (Sarlet; Marinoni; Mitidiero, 2013, p. 39). Para Jardim (2023), a formação do Estado Liberal, que apresentava como atributos a proteção da liberdade individual, a mínima intervenção do Estado e a lei como o meio mais elevado do direito, é a origem do constitucionalismo moderno.

Pereira e Keller (2024, p. 49) apresentam a construção do constitucionalismo decorrente de duas “heranças”: a herança da matriz europeia, com base na tradição francesa, que reúne os direitos humanos e a separação dos poderes numa ordem normativa, seria o “conteúdo da constituição”; e, a herança estadunidense, que tem a constituição como um documento de limitação do poder que, além de contemplar estruturas e princípios liberais, adota uma posição de superioridade hierárquica na ordem jurídica com a atribuição ao Poder Judiciário da função de garantia da sua aplicação.

Notadamente no pós-guerra e no final do século XX, percebe-se uma padronização dos sistemas constitucionais e, assim, tanto a dimensão material (regulação dos direitos e da estrutura do Estado), como a dimensão formal (hierarquia no sistema normativo) passaram a ser inerentes ao conceito de constituição. Tombaram, quase que sem exceção, as ditaduras fascistas, as militares, o regime do *apartheid* e as ditaduras dos partidos socialistas e, ainda que as lutas não fossem travadas explicitamente pela constituição, como ocorreu no século XIX, o surgimento de constituições novas ou renovadas era o resultado invariável (Grimm, 2016).

Assim, ao longo do século XX, o conceito liberal do constitucionalismo sofreu transformações, resultando em diferentes conceitos e disputas de significados, atualizando e adaptando a noção de constitucionalismo pelas modificações de conteúdo que, naturalmente, surgem com o passar do tempo, como por exemplo, as alterações de conteúdo provenientes do constitucionalismo social (Pereira; Keller, 2024). Essas transformações ocorrem num contexto histórico onde são percebidas as diferenças entre

as classes sociais, para alguns a concentração de riqueza e, para grande parte da população a pobreza extrema. Nesse retrato, a liberdade individual não condizia com a principal necessidade da população.

O anseio da sociedade passa a ser a concretização da igualdade substancial entre os cidadãos e o “contrato social idealizado na filosofia liberal havia sido rompido” (Jardim, 2023, p. 19). Os interesses sociais passam a ter relevância e os direitos fundamentais ganham nova interpretação demandando ao Estado uma efetiva postura política a partir de uma perspectiva democrática sem, no entanto, abandonar a ideia de liberdade e igualdade, mas com o intuito de consolidar esses valores, ou seja, atenuar a desigualdade entre as camadas sociais ao mesmo tempo que busca a garantia das liberdades para o seu desenvolvimento. Nesse contexto, com a materialização dos modelos de Estado Liberal e Social e, tendo como marco principal a Declaração Universal de Direitos do Homem de 1948, surge o Estado Democrático (Jardim, 2023).

Recentemente, o debate sobre um constitucionalismo digital almeja por respostas que promovam a concretização dos direitos fundamentais na era da tecnologia, em especial nas redes sociais, onde existe um amplo espaço para interação entre as pessoas sob o controle das plataformas digitais privadas que interferem em transações econômicas, práticas sociais e culturais. A utilização da tecnologia digital é indispensável ao exercício dos direitos e esta situação questiona a existência de “novos direitos” intrinsecamente relacionados com a era digital: em suma, os “direitos digitais” (Celeste 2023, p. 17).

A discussão é pertinente pois um constitucionalismo tradicional não parece suficiente para atender, por exemplo, os desafios da era tecnológica sobre a gestão e responsabilidade das plataformas digitais privadas. Diante desse cenário, o constitucionalismo digital seria representado como um conjunto de “teorias que buscam oferecer molduras interpretativas para medidas públicas privadas e híbridas, fundadas no objetivo de mitigar a concentração do poder econômico e político desses agentes” (Pereira; Keller, 2024, p. 52).

Ocorre que o resultado da era digital, em constante evolução, é a abertura de espaços de desequilíbrio constitucional. Celeste (2019) destaca três alterações básicas no ecossistema constitucional decorrentes da tecnologia digital: primeiro, a necessidade de um reforço dos direitos fundamentais relacionados à troca de informação, como o direito

à liberdade de expressão, à liberdade religiosa, e à liberdade de reunião, devido à crescente difusão de informações e interações no ambiente digital; segundo, o uso não legítimo de informações pelas plataformas digitais, como bloquear ou limitar a transmissão, monitorar o conteúdo das informações e registrar informações dos indivíduos, aumenta o risco de ameaças aos direitos fundamentais; e, por fim, o desequilíbrio entre os poderes, pois as empresas privadas ao produzir, vender e gerenciar produtos e serviços no ambiente digital, representam um novo ator dominante ao lado dos Estados-nação.

A proteção dos direitos individuais é um dos elementos necessários para alcançar uma condição de equilíbrio constitucional dentro de uma sociedade, pois está inserida em uma das duas funções básicas do direito constitucional: a proteção dos direitos fundamentais e o equilíbrio dos poderes. No entanto, no contexto do ambiente digital, o desequilíbrio constitucional decorre da possibilidade de atuação das empresas privadas de tecnologia digital, as grandes corporações, que através do poder de difusão de informações, criação e transmissão de conteúdo, podem interferir e violar direitos fundamentais, inclusive além do Estado nacional.

Para Gavião Filho (2023, p. 43), o desgaste do poder estatal se expande porque “as tecnologias da era digital não respeitam as fronteiras das jurisdições estatais nacionais”, desta forma são requeridos novos modelos de regulação para o atendimento desse novo panorama que contempla atores não estatais como as grandes empresas de tecnologias digitais e instituições transnacionais.

Gavião Filho (2023, p. 41) explica que o equilíbrio constitucional tem como característica a existência de um “catálogo de direitos fundamentais e um órgão investido de jurisdição para controlar as decisões dos poderes estatais que limitam a esfera de atuação das pessoas titulares desses direitos fundamentais”. Assim, os direitos fundamentais positivados constitucionalmente recebem a proteção, em face às intervenções estatais que podem decorrer de decisões do legislador, da administração ou do órgão jurisdicional.

É nessa seara que Celeste (2019) afirma que surge o constitucionalismo digital como um novo momento constitucional, decorrente de uma série de ações normativas na tentativa de recompor o equilíbrio e combater os desafios provocados pela tecnologia digital. Na concepção de Gill, Redeker e Gasser (2015) o surgimento de um

constitucionalismo digital é avaliado a partir da análise dos documentos constitucionais, que é realizada em quatro dimensões.

A primeira dimensão refere-se ao conteúdo substantivo: aborda questões políticas e fundamentais que têm um carácter inerentemente constitucional; explora os direitos (coletivos ou individuais); articula limites ao poder do Estado e promove uma série de normas de governação. Na esfera digital, os conteúdos podem incluir a garantia à liberdade de associação na Internet e a articulação de direitos e liberdades do ambiente digital, estabelecendo proteção contra a censura e contra a discriminação; podem abranger também iniciativas que promovam direitos específicos para o ambiente digital, ou a adaptação dos princípios jurídicos existentes a novos contextos tecnológicos (Gill; Redeker; Gasser, 2015).

A segunda dimensão acena para documentos de uma comunidade política específica e definida; seja explícita ou implicitamente, esses documentos delimitam a quais comunidades eles se referem. Apesar da Internet não estar claramente delimitada por fronteiras nacionais, e assim os documentos não são explícitos a quais comunidades são aplicáveis, através de uma leitura contextual é possível perceber que os princípios são universais e de âmbito internacional (Gill; Redeker; Gasser, 2015).

A terceira dimensão faz referência ao reconhecimento formal e à legitimidade dos princípios no ambiente digital. Esse elemento pode ser flexibilizado, os documentos que constituem o constitucionalismo digital não necessitam ser formais, porém, essas iniciativas devem almejar a progressão de princípios que defendam a legitimidade política, que manifestem a intenção de um reconhecimento formalizado do seu conteúdo ou algum modo de aplicação.

A quarta dimensão refere-se a um grau de abrangência e está relacionada a uma agenda política que dialogue com os direitos e princípios digitais de uma forma abrangente. As quatro dimensões permitem avaliar se uma iniciativa² pode ser

² “[...] as iniciativas que selecionamos foram incluídas com base no facto de representarem as opiniões de uma organização, coligação, estado ou outro grupo organizado de algum tipo. Esta distinção foi feita para evitar dar espaço indevido às opiniões de indivíduos singulares quando ponderadas juntamente com esforços coletivos maiores. Existem simplesmente inúmeros manifestos pessoais, publicações em blogs e artigos de reflexão disponíveis online que expressam as visões de indivíduos específicos sobre os direitos e liberdades digitais, e tentar recolher ou analisar sistematicamente todos esses esforços seria impraticável. No entanto, reconhecemos a importância de certos trabalhos específicos no discurso – por exemplo, a Declaração de Independência do Ciberespaço de John Perry Barlow de 1996 tem sido inegavelmente influente para projetos coletivos subsequentes – e referimo-nos devidamente a tais resultados na nossa análise, sem os tratar como parte do conjunto de dados.” GILL, L.; REDEKER, D.;

reconhecida como um exercício de constitucionalismo digital (Gill; Redeker; Gasser, 2015).

Conforme Pereira e Keller (2024), três grupos reúnem as diversas abordagens que diferenciam a rotulação do conceito de constitucionalismo digital: primeiro, como fenômeno normativo na intenção de limitar o exercício do poder na Internet, identificado na elaboração de documentos, cartas, diretrizes e declarações que podem ser provenientes das plataformas privadas, declarações oficiais e atos legislativos, por exemplo a positivação dos princípios, direitos e deveres na Internet a partir da Lei n.º 12.965/2014, considerado o Marco Civil da Internet no Brasil.

Na segunda abordagem, o conceito de constitucionalismo digital é utilizado como uma nova configuração das garantias constitucionais em decorrência das alterações e desafios que surgem diante das interações no ambiente digital (Pereira; Keller, 2024). Diante das novas necessidades da era da tecnologia, essa abordagem diz respeito à inclusão de novos temas ou novos direitos no constitucionalismo tradicional, assim como aconteceu com os fatos históricos que deram origem aos constitucionalismos social, econômico e ambiental. E, a terceira abordagem conceitua o constitucionalismo digital como uma “moldura teórica para os possíveis meios (estatais e não estatais) de aplicação dos direitos em tecnologias digitais” (Pereira; Keller, 2024, p. 68). Assim, as abordagens conceituais relativas ao constitucionalismo digital identificam a necessidade de proteção aos direitos fundamentais no ambiente tecnológico.

Entretanto, essa reconfiguração de proteção constitucional na era digital não é capaz de evitar as intervenções aos direitos fundamentais, uma vez que elas não decorrem exclusivamente de ações do Estado. Conflitos, violações e restrições aos direitos fundamentais, muitas vezes envolvem as grandes empresas privadas de tecnologia digital, as quais são atores não-estatais que ao controlar o acesso à Internet e quais informações devem ou não ser disponibilizadas no ambiente digital, passam de alguma forma a controlar também a vida dos usuários. Os mecanismos de equilíbrio de poder existentes não preveem a interferência das grandes corporações nos direitos fundamentais. Essa circunstância não está abarcada porque ultrapassa a relação entre indivíduos e Estado-nação (Celeste, 2019); dessa maneira, representa uma ameaça à

GASSER, U. Towards digital constitutionalism? Mapping attempts to craft an Internet bill of rights. Report, **Berkman Klein Center for Internet & Society**, Harvard University, US, Nov., 2015, p. 5.

proteção dos direitos fundamentais a crescente disseminação de redes sociais como Facebook, Instagram, Twitter e TikTok, como forma de interação entre os indivíduos.

Teubner (2017) ressalta que o quase monopólio de atores coletivos privados como Google, Facebook e Amazon, no tratamento dos dados protegidos de seus usuários, bem como, a expansão massiva da ação dessas empresas na Internet, apresentam questões não só políticas mas, também, constitucionais em sentido estrito. A questão constitucional no mundo digital diz respeito à limitação dos direitos constitucionais, por parte das violações dessas grandes corporações que governam a Internet. São identificados novos desafios decorrentes das alterações provocadas pela era digital e, com isso, o papel central do constitucionalismo na regulação das relações sociais passa a sofrer influências e controle também das grandes corporações privadas da tecnologia digital (Gavião Filho, 2023).

Sem dúvida, o surgimento de empresas privadas como atores dominantes no campo da Internet, ao lado dos Estados-nação, que até então eram os únicos atores para as questões constitucionais e políticas, representa uma ameaça à efetivação dos direitos fundamentais, constituindo o principal desafio do constitucionalismo moderno, pois as empresas privadas não estão limitadas por instrumentos constitucionais, apesar de também representarem potenciais infratores dos direitos fundamentais (De Gregorio, 2022). O desafio originado por essa nova forma de poder no ambiente digital ultrapassa a questão da regulação dos atores públicos. De Gregorio (2022, p. 40) sustenta que o direito constitucional deve ter “talento para reagir contra as ameaças aos direitos fundamentais e a ascensão dos poderes privados, cuja natureza é mais global do que local”.

De toda a sorte, a efetivação dos direitos fundamentais no ambiente digital encontra-se desprotegida. É recomendado, no entanto, a ampliação e/ou reformulação do conceito de constitucionalismo para abarcar as necessidades oriundas desse novo panorama, com a inclusão de regulamentos que alcancem as grandes corporações da área tecnológica, por exemplo. Celeste (2019) afirma que o poder de atores privados deve ser previsto na ampliação de um novo conceito de constitucionalismo. Já “a criação de novos instrumentos e regulação notadamente a fim de que sejam assegurados os valores da democracia e a efetiva proteção dos direitos fundamentais” é citada por Gavião Filho (2023, p. 44). Assim, a inclusão de regulamentos constitucionais para os novos atores, o

novo conceito de constitucionalismo, passa a abranger também os direitos fundamentais no ambiente digital.

Ao incorporar novos valores e regramentos para a proteção dos direitos fundamentais no ambiente tecnológico há de se deparar com uma evolução do constitucionalismo, o que seria um passo para o constitucionalismo digital. Celeste (2019) afirma que a transição para novos valores e ideais marca uma mudança revolucionária, do mesmo modo quando o constitucionalismo liberal se tornou democrático. De Gregorio (2022) sustenta que, ao comparar o constitucionalismo moderno e o constitucionalismo digital, identifica-se a alteração de uma abordagem constitucional liberal para uma abordagem constitucional digital, ou seja, o constitucionalismo moderno almeja a proteção dos direitos fundamentais e a limitação do surgimento de poderes, já o constitucionalismo digital surge com a função de proteger os direitos em face do poder das grandes corporações de tecnologia no ambiente digital.

Na mesma esteira, Celeste (2023, p. 16) deixa saber que a diferença entre constitucionalismo tradicional e digital se dá pelo fato do poder na era digital estar sob o controle das grandes empresas privadas de tecnologia, que atuam como “guardiões online”. Por outro lado, o constitucionalismo tradicional possui as mesmas aspirações do constitucionalismo digital, com a inclusão da observância dos direitos fundamentais vinculando não apenas o Estado, mas, também, as plataformas digitais privadas.

O problema é o poder das grandes corporações (empresas de tecnologia) que administram as plataformas online, de regular, restringir, bloquear o acesso de uso dos usuários no ambiente digital e, assim, decidir quais as informações serão disseminadas e qual a abrangência dessas informações, que podem violar ou restringir os direitos fundamentais desses usuários. Para Teubner (2017) o espaço constitucional que é realmente afetado pelo poder das grandes empresas de tecnologia digital é difícil de ser determinado, contudo, o autor ressalta que devido a abrangência da tecnologia ultrapassar fronteiras é certo que as constituições dos Estados-nação não são suficientes.

Da mesma forma, as dificuldades advindas dessa abrangência não podem ser reduzidas às questões da constituição econômica global. Devem ser considerados os problemas típicos da constituição da Internet que, através das redes digitais em todo o mundo, permitiram as “intrusões massivas nos direitos à privacidade, à autodeterminação informacional e à liberdade de comunicação” (Teubner, 2017, p. 197). Nesse sentido, a

falta de transparência nas estruturas de governança interna das empresas de tecnologia digital aponta para questões constitucionais de democracia e de controle público.

Nessa perspectiva, o constitucionalismo contemporâneo não é suficiente para proteger os direitos fundamentais das ameaças que o poder das grandes corporações representa no ambiente digital. Gavião Filho (2023) afirma que, para evitar violações sem justificativas no ambiente digital, são adotadas medidas constitucionais pelos Estados nacionais e organizações multiestatais transnacionais. Essas medidas fazem referência aos direitos fundamentais “como o de acesso à informação digital e o de acesso à Internet, ocupando-se, igualmente dos direitos fundamentais de liberdade de expressão, proteção à privacidade e proteção de dados” (Gavião Filho, 2023, p. 44), dando início, assim, ao constitucionalismo digital.

Suzor (2016) apresenta o projeto do constitucionalismo digital, a partir da citação de diversos autores: Fitzgerald, na ideia de repensar como deve ser a limitação do poder na era digital; Brown e Marsden, DeNardis e Mansell, fazendo referência que a tarefa de identificar e desenvolver abordagens sociais, técnicas e jurídicas que possam melhorar a legitimidade da governança online é um assunto cada vez mais atual; Gillespie, ensina que a justificção para alargar os princípios de governança e dos direitos fundamentais às plataformas privadas reside no reconhecimento do importante papel que as plataformas desempenham na mediação da comunicação; Kaye, reforça que as regras dos espaços sociais online e as formas como são aplicadas têm um impacto real nos direitos dos usuários; e, por fim, a ideia de Crawford, Lumby e Langlois, onde o reconhecimento do constitucionalismo digital direcionou uma nova forma de pensar sobre a governança das plataformas e uma compreensão mais substantiva dos direitos constitucionais na governança online.

Logo, os direitos fundamentais e a governança das plataformas digitais são temas relevantes quando se trata da construção de um constitucionalismo digital. Gavião Filho (2023) explica que a ideia de constitucionalismo digital pode ser justificada, também, a partir de um conjunto normativo produzido pelos órgãos legislativos, pelas normas reguladoras criadas pelas próprias empresas privadas de tecnologia digital, pelas decisões de tribunais constitucionais, assim como as decisões de juízes para a solução de conflitos no meio digital. Todas essas ações, com a finalidade de resguardar os direitos fundamentais no ambiente digital, acarretando obrigações tanto ao poder público quanto

às empresas privadas, representam uma alteração constitucional, uma constitucionalização do ambiente digital, que pode ser reconhecida como um constitucionalismo digital.

Destarte, o constitucionalismo digital reúne todas as formulações atinentes aos direitos fundamentais da sociedade digital, destacando como objetivo a garantia de um sistema de normas para a proteção dos direitos fundamentais e o equilíbrio de poderes, resultando na concretização de valores e princípios constitucionais no ambiente digital. No entanto, os direitos fundamentais estão propensos a serem limitados a partir do bloqueio ou restrição na disseminação de informações, por ações das plataformas digitais ou por atos do Estado, colocando em risco o direito à liberdade de expressão. De outra forma, caso sejam divulgadas informações ou dados pessoais protegidos, tais conteúdos estariam atingindo a esfera pessoal do usuário e, conseqüentemente, violando direitos fundamentais de personalidade, como o direito à privacidade, direito ao sigilo da correspondência e direito à proteção de dados (Celeste, 2019).

Portanto, o desenvolvimento de tecnologias digitais aumenta os riscos de violação dos direitos fundamentais. O crescente poder do Estado e de novos atores dominantes como as empresas de tecnologia, “se vistos através da lente da proteção de direitos fundamentais, podem ser interpretados como um risco aumentado de violação de direitos” (Celeste, 2023, p. 16). Então, a proteção dos direitos fundamentais no ambiente digital está conexas à limitação do poder estatal e de empresas privadas.

A fonte de poder das empresas privadas vem, principalmente, de tecnologias algorítmicas que processam uma vasta quantidade de dados e informações, revelando informações íntimas dos usuários que são extremamente valiosas para interesses comerciais (De Gregorio, 2022). Nesse cenário, a proteção de dados pessoais é ameaçada, especialmente pela ação de acesso e monitoramento de todos os conteúdos disseminados pelos usuários na Internet e redes sociais, por meio das plataformas digitais.

Nesse sentido, percebe-se alterações no ecossistema constitucional. Da mesma forma que o aumento de troca de informações no ambiente digital permite o cumprimento dos direitos fundamentais, também pode se tornar uma fonte de ameaças. Ainda que a ideia do constitucionalismo digital seja o controle do poder do Estado e a proteção dos direitos fundamentais no ambiente digital, esses elementos ainda não estão totalmente reconhecidos.

Como destacado anteriormente, na busca do equilíbrio constitucional diversos documentos, cartas e declarações de direitos da Internet foram criados como uma alusão ao constitucionalismo digital. Esses documentos demonstram como os direitos e princípios fundamentais devem ser adaptados para enfrentar os desafios e ameaças da era da Internet.

O estudo das declarações de direitos da Internet fornece um valioso diálogo constitucional sobre os direitos e princípios para a sociedade digital. A origem destes documentos parte da legislação internacional de direitos humanos existente. Entre os documentos mais citados na construção das declarações de direitos da Internet estão: a Declaração Universal dos Direitos Humanos; o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos; o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência; a Convenção sobre os Direitos da Criança; a Declaração Universal da UNESCO sobre a Diversidade Cultural; a Convenção Europeia dos Direitos Humanos; e, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Celeste, 2023).

A partir destes documentos, diversas declarações de direito da Internet vêm sendo publicadas por grupos da sociedade civil, sugerindo um constitucionalismo digital. Exemplos de declarações de direitos da Internet publicadas nos últimos anos são: Declaração dos Direitos Humanos no Ciberespaço, em 1997; Declaração Africana sobre os Direitos e Liberdade na Internet, em 2014; Declaração de Deli para uma Internet justa e equitativa, em 2014; Declaração dos Direitos na Internet, em 2015; e, a Carta dos Direitos Fundamentais Digitais da União Europeia, em 2016 (Celeste, 2024).

De tal modo, a utilização desses documentos nas declarações de direitos da Internet não trata de novos direitos, mas a adaptação de direitos existentes para a realidade da era digital. Por outro lado, as novas implicações e necessidades apresentadas pela sociedade digital faz surgir a “recontextualização de princípios fundamentais no mundo virtual” (Celeste, 2023, p. 193), dando origem a novos direitos. Dessa forma, nas declarações de direitos da Internet são identificados direitos fundamentais existentes nas constituições contemporâneas, moldados para a realidade digital, bem como, a inclusão de novos direitos para enfrentar os desafios e ameaças no ambiente digital.

Segundo Celeste (2023), os direitos fundamentais que compartilham as suas raízes na legislação existente em matéria de direitos humanos são: dignidade humana;

vida, liberdade e segurança; proteção de crianças e pessoas com deficiência; direito a um ambiente saudável; liberdade econômica; liberdade de expressão; liberdade e sigilo de correspondência; liberdade de associação e reunião; não discriminação; direito à privacidade e direito ao devido processo.

Referente aos novos direitos, é advertido que não são novos no sentido de nasceram do zero, mas seria uma recontextualização de direitos fundamentais, um duplo processo de generalização e reespecificação de valores constitucionais, por exemplo, quando um princípio se torna um valor fundamental autônomo, independente do direito fundamental que lhe originou. Os novos direitos até então identificados são: proteção de dados; e-democracia; acesso à Internet; direito a um fórum digital; valor do serviço público; responsabilidades e governança (Celeste, 2023).

Os direitos fundamentais de liberdade de expressão e direitos de personalidade (inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; direito à proteção de dados e direito ao esquecimento) são destacados como os mais propensos a sofrerem restrições no ambiente digital. Nesse sentido, passa-se a analisar como esses direitos fundamentais estão articulados nas declarações e documentos de direitos da Internet.

2.2 O DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO CONSTITUCIONALISMO DIGITAL

O direito fundamental à liberdade de expressão decorre do amplo conceito de liberdade. Assim, para ilustrar esse item, primeiramente será abordado o conceito de liberdade; após, o conceito de liberdade de expressão; e, por fim, uma abordagem da liberdade de expressão no ambiente digital.

Uma reflexão sobre o conceito de liberdade encontra amparo no livro “Sobre a Liberdade” e “Da Liberdade Individual e Econômica” de John Stuart Mill. O autor discorre sobre a evolução do conceito de liberdade, destacando como característica habitual a existência de “luta entre a Liberdade e a Autoridade” (Mill, 2019a [1859], p. 11). O autor explica que existe uma esfera de ação de liberdade para a qual a sociedade teria um interesse apenas indireto, quando afeta primeiramente o indivíduo. Essa esfera de ação apropriada para a liberdade humana pode ser compreendida da seguinte forma: primeiro, a liberdade de consciência, que inclui a liberdade de pensamento e sentimento,

liberdade absoluta de opinião; em segundo, a liberdade dos gostos e escolhas, e de ação; e, terceiro, que “dessa liberdade de cada indivíduo decorre a liberdade do outro, dentro dos mesmos limites, [...] da liberdade de se unirem para qualquer finalidade, desde que não envolva dano a outros” (Mill, 2019b, p. 26-27).

A ideia de liberdade, para Locke (1983 [1632-1704]), em sua obra sobre o ensaio do entendimento humano, é relacionada ao poder que cada um tem de iniciar, ou abster, continuar ou finalizar várias ações, tem relação com a ideia pensamento e movimento, de liberdade e necessidade. Um homem é livre se tem o poder de pensar ou não pensar, agir ou não agir de acordo com a sua preferência. Contudo, se a ação do agente não estiver vinculada à vontade, o homem não estará em liberdade e sim em necessidade. Locke (2022 [1689]), cita como exemplo uma ponte quebrando e um homem caindo sobre a água. Nesse contexto, o homem não tem liberdade, pois, embora a vontade dele seja de não cair, esse movimento não está em seu poder; o movimento de cair não será cessado só porque assim ele deseja, então ele não é livre.

Para Alexy (2017, p. 218) “o conceito de liberdade é, ao mesmo tempo, um dos conceitos práticos mais fundamentais e menos claros”. Sugere o autor que seu “âmbito de aplicação parece ser quase ilimitado” (Alexy, 2017, p. 218). A conotação emotiva da palavra liberdade está associada a tudo que é bom ou desejável. Nesse sentido, o termo liberdade conduz a uma extensa filosofia jurídica, social e moral. Para esse estudo interessa o conceito de liberdade jurídica, ou seja, “quando o objeto da liberdade for uma alternativa de ação” (Alexy, 2017, p. 222). De uma forma simples e clara, pode ser assim representada: “é juridicamente permitido que A expresse sua opinião e é (juridicamente) permitido que A deixe de expressar sua opinião” (Alexy, 2017, p. 226). Aqui, percebe-se a relação do conceito de liberdade com permissão.

Alexy (2017) ao tratar sobre a concepção de um direito geral de liberdade, analisa a interpretação do Tribunal Constitucional Federal Alemão, para o artigo 2º, parágrafo 1º da Constituição Federal alemã, que decidiu por uma teoria ampla e, ao mesmo tempo, subjetiva para o direito geral de liberdade. O Tribunal Constitucional Federal Alemão destaca que, para além das normas permissivas e de direitos que tratam exclusivamente sobre direitos de ações, os direitos do titular de direitos fundamentais devem ser ampliados para a proteção de situações. Assim, esse direito protege além do seu “fazer”, também o seu “ser fático e jurídico”. “Somente após essa ampliação é que o

direito geral de liberdade se torna um direito exaustivo à liberdade geral contra intervenções” (Alexy, 2017, p. 344).

Referente às intervenções que podem ocorrer no direito à liberdade, Grimm (2016) cita o que descreve a Declaração Francesa, no seu artigo 4: que a palavra liberdade significa fazer tudo o que não prejudique ninguém. A liberdade, portanto, é um fim em si mesmo, uma autorização para qualquer uso arbitrário, porém, “por sua própria natureza, a liberdade assim compreendida não admite outras restrições exceto aquelas que asseguram aos demais membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos” (Grimm, 2016, p. 66).

A liberdade de expressão para Locke (1983), em seus escritos na Carta sobre a Tolerância, está vinculada às questões religiosas e parte da necessidade de diferenciar o poder do Estado do poder da Igreja. Assim, cabe ao Estado preocupar-se com o bem-estar material dos cidadãos e não se envolver nos temas de uma religião. O princípio da liberdade de expressão relacionado com a tolerância, no âmbito de aceitação de opiniões divergentes, era tido como a solução para evitar conflitos de religião. “Não é a diversidade de opiniões [...], mas a recusa de tolerância para com os que têm opinião diversa que deu origem à maioria das disputas e guerras que se têm manifestado no mundo cristão por causa da religião” (Locke, 1983, p. 27).

Para Mill (2019b), o direito de liberdade de expressão e o direito a ter acesso à informação, têm a sua fundamentação no princípio da utilidade, ou seja, esses direitos devem ser úteis para o bem-estar comum, assim, desde que não causem prejuízo a outro, devem ter a proteção legislativa. Dessa forma, “nenhuma sociedade será considerada livre se as liberdades não forem respeitadas como um todo e nenhuma é completamente livre se estas liberdades não existirem de modo absoluto e incondicional” (Mill, 2019b, p. 27). Este pensamento deveria ser considerado independente da forma de governo existente.

A liberdade, especificamente como direitos de expressão e de informação, passa a ser reconhecida como um compromisso após a Segunda Guerra Mundial. Conforme a Declaração Sobre os Princípios Fundamentais Relativos à Contribuição dos Meios de Comunicação de Massas para o Fortalecimento da Paz e da Cooperação Internacional, para a promoção dos Direitos Humanos Contra o Racismo, o *Apartheid* e o Incitamento à Guerra, a Resolução 59 (1) da Assembleia Geral da ONU (Brasil, 1978) foi declarado que a liberdade de informação é um direito fundamental e alicerce de todas

as liberdades às quais estão consagradas as Nações Unidas e que para o seu exercício deve ser observado o uso e não o abuso de seus privilégios; também, assevera para o dever moral de pesquisar os fatos com a finalidade de não disseminar informações mal-intencionadas (Brasil, 1978).

Posteriormente, a Declaração Universal de Direitos Humanos aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1948, em particular o ‘artigo 19’, adotou um dispositivo análogo, que menciona o direito à liberdade de opinião e de expressão para todos os indivíduos, incluindo o direito de não ser incomodado por causa de suas opiniões, tendo, também, o direito de pesquisar, receber e difundir informações, sem limitação de fronteiras, por qualquer meio de expressão (OAS, 1948).

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1966, proclama os mesmos princípios de direitos à liberdade de expressão em seu artigo 19 e, em seu artigo 20 condena a incitação à guerra, a apologia ao ódio nacional, racial ou religioso, assim como toda forma de discriminação, de hostilidade ou de violência (Brasil, 1978).

A partir dessas positivações, normas similares também apresentam a liberdade de expressão como direito a ser observado, entre outros: o artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos; o artigo 9 da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos; e, o artigo 11 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, reproduzindo, em parte, os compromissos da Declaração Universal dos Direitos Humanos e da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (Menkes, 2022).

No Brasil, o direito à liberdade de expressão está positivado na Constituição Federal de 1988 no artigo 5º, incisos IV e IX. A garantia constitucional abrange a liberdade de manifestação do pensamento, com a limitação ao anonimato, e garante a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença (Brasil, 2023a [1988]). A liberdade de expressão no que tange aos meios de comunicação, imprensa e informação jornalística, também tem proteção constitucional, sendo vedada qualquer censura ou restrição, conforme artigo 220 da CF/88 (Brasil, 2023a).

2.2.1 O direito à liberdade de expressão no ambiente digital

Diante da evolução da tecnologia, a liberdade de expressão passa a ter espaço também para aplicação no âmbito digital.

Nos termos da Declaração Conjunta sobre Liberdade de Expressão e Internet, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, é destacado que a liberdade de expressão se aplica à Internet da mesma forma que a todos os meios de comunicação, até mesmo quanto às restrições que só são aceitáveis quando cumpre os padrões internacionais e a observância do teste tripartite. O teste tripartite compreende que a restrição deve estar de acordo com a previsão legal, a finalidade deve ser legítima e a necessidade da restrição deve ser justificada para alcançar a finalidade legítima (OAS, 2011).

Nesse sentido, o direito à liberdade de expressão, já existente nas declarações de direitos humanos, passa a ser reconhecido também nas declarações de direitos de Internet, a Declaração Multissetorial do NETmundial da União Europeia. A Declaração apresenta um conjunto de princípios e valores que contribuem para uma “estrutura de governança da Internet inclusiva, multissetorial, eficaz, legítima e em evolução” (NetMundial, 2014). Dentre os princípios, direito à liberdade de expressão é o primeiro a ser destacado:

Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de ter opiniões sem interferências e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras (NETMundial, 2014).

A Internet Rights and Principles Dynamic Coalition (IRCP), uma rede aberta de indivíduos e organizações³ com base no Fórum de Governança da Internet da ONU (IGF), a qual trabalha para defender os direitos humanos na Internet e para enraizar os processos e sistemas de governança da Internet nos padrões de direitos humanos, lançou,

³ A IRCP foi formada durante o IGF de Hyderabad em 2008, após uma decisão de fundir a Declaração de Direitos da Internet e a Estrutura de Princípios para as coalizões da Internet e posteriormente aderida pela Coalizão pela Liberdade de Expressão. Possui mais de 400 participantes ativos de departamentos governamentais, organizações intergovernamentais, setor privado, organizações da sociedade civil, indivíduos, acadêmicos e comunidade técnica, que têm interesse no futuro da Internet. IRPC - Internet Rights and Principles Coalition. **10 Internet Rights & Principles**. 2011. Disponível em: <https://Internetrightsandprinciples.org/campaign/>. Acesso em: 29 ago. 2024.

em 2011, a Carta dos Direitos Humanos e Princípios para a Internet, documento contendo dez princípios e direitos da Internet (IRCP, 2011), entre eles, o direito de Expressão e Associação (princípio nº4):

Todos os indivíduos têm o direito de procurar, receber e difundir informação livremente na Internet sem censura ou outras interferências. Todos os indivíduos têm também o direito de se associar livremente, seja para fins sociais, políticos, culturais ou outros, na e através da Internet (IRCP, 2011).

A liberdade de expressão é citada, também, como valor a ser observado no ambiente digital em carta anexa à Declaração de Lisboa⁴, em 2021. A proposta de carta de direitos digitais europeus (com base na carta de direito digital do Parlamento Português), contém como um dos princípios a “Defesa da liberdade de expressão e o combate ao discurso de ódio e à desinformação” (Portugal, 2021).

Outro exemplo de adaptação dos direitos existentes são os novos significados que o termo “censura” recebe no ambiente digital, que pode ser interpretado como “bloquear ou excluir uma informação” (Celeste, 2023, p. 183). As declarações de direitos da Internet destacam como bloquear ou retirar conteúdo do meio digital, o que em outras palavras significa o mesmo que proibir um jornal ou um livro. Esse exemplo encontra amparo na Declaração Africana sobre Direitos e Liberdades na Internet, no princípio n.º 3:

Toda a gente tem direito a ter opiniões sem interferência. Toda a gente tem o direito à liberdade de expressão; este direito deve incluir liberdade de procurar, receber e transmitir ideias e informação de qualquer tipo através da Internet e tecnologias digitais e independentemente de fronteiras. O exercício deste direito não deve ser submetido a qualquer tipo de restrições, exceto aquelas previstas na lei, que intendam um objetivo legítimo expressamente enunciado ao abrigo da legislação internacional em matéria de direitos humanos (designadamente os direitos ou reputações de outrem, proteção da segurança nacional, ordem pública, saúde ou moral públicas) e são necessárias e proporcionais à prossecução de um objetivo legítimo (África, 2021).

⁴ Apresentada no evento ‘Leading the Digital Decade’, a “Declaração de Lisboa – Democracia Digital com Propósito”, uma iniciativa da Presidência Portuguesa do Conselho da União Europeia. tem por objetivo reforçar o paradigma de desenvolvimento económico e social, fomentando a transformação digital assente em princípios e valores éticos e pelo respeito pelos direitos humanos. PORTUGAL. Directório União Europeia. Declaração de Lisboa destaca Direitos Digitais. 2021. Disponível em: <https://www.directoriuniãoeuropeia.eu/2021/06/08/declaracao-de-lisboa-destaca-direitos-digitais/> Acesso em: 29 ago. 2024.

O princípio n.º 3 da Declaração Africana sobre Direitos e Liberdades na Internet, apresenta a liberdade de expressão e delimita as restrições que podem ocorrer, esclarecendo que o bloqueio, filtragem, remoção e outras limitações técnicas ou legais do acesso a conteúdo, constituem graves restrições à liberdade de expressão; por outro lado, o bloqueio obrigatório de sites inteiros, endereços IP, portas, protocolos de rede ou redes sociais, representa uma medida extrema, comparada à proibição de um jornal ou emissora, que só pode ser justificada de acordo com os padrões internacionais, por exemplo quando necessário para a proteção de crianças contra o abuso sexual. Acrescenta, ainda, que sistemas utilizados para filtragem de conteúdo impostos por um governo ou provedor de serviços comerciais e que o usuário final não tenha controle, representam uma forma de censura prévia e não são justificáveis como uma restrição de liberdade de expressão (África, 2021).

Esses exemplos de declarações dos direitos digitais reiteram que a norma constitucional existente é capaz de enfrentar os desafios da sociedade digital. O direito de expressar a sua própria opinião significa, também, a liberdade de “receber” e “pesquisar” informações no mundo digital (Celeste, 2023, p. 182).

Celeste (2023) acrescenta que as declarações de direitos da Internet apenas deixam evidente o significado de palavras antigas. Para o autor, o princípio da liberdade de expressão “não parece exigir uma adaptação particular às necessidades da sociedade contemporânea” (Celeste, 2023, p.182). Destaca que a Declaração Universal, em 1948, faz referência à liberdade de opinião e expressão na imprensa, no rádio ou no telefone que se referem na atualidade a computadores e smartphones. Logo, conforme Celeste (2023) a liberdade de expressão é um princípio fundamental, constituído em 1948, com validade na atual era da tecnologia digital.

Nota-se que a liberdade de expressão recebe a proteção de diversos diplomas e declarações internacionais que abarcam de forma expressa a liberdade de expressão no ambiente digital. Porém, embora ainda algumas constituições não tratem, especificamente, da liberdade de expressão no contexto digital, é indiscutível a importância desse tema devido à grande exposição desse direito fundamental.

2.2.2 O direito à liberdade de expressão no Brasil

A liberdade de expressão, no Brasil, é um direito fundamental que parece receber uma posição de preferência sobre os demais direitos. Essa sugestão parte da decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Agravo Regimental na Reclamação 47212/ PR (Brasil, 2021b). O Tribunal sustenta que a Constituição Federal/88, reconhece uma prioridade *prima facie* das liberdades a partir de um reforçado sistema de proteção, quando em colisão com outros interesses juridicamente tutelados, inclusive com os direitos da personalidade. Assim, é asseverado que, apesar de não existir hierarquia entre direitos fundamentais, as liberdades de expressão, informação e imprensa possuem uma posição de preferência; assim, o afastamento desses direitos em detrimento de outros será excepcional e sob forte ônus argumentativo a favor do direito colidente (Brasil, 2021b).

A decisão do Supremo Tribunal Federal no Agravo Regimental na Reclamação 58048/SC (Brasil, 2023f) é um exemplo de como o Tribunal está decidindo referente a restrição ao direito à liberdade de expressão na Internet. O Agravo foi interposto pela Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina contra decisão que determinou a exclusão de publicação feita na rede social da Reclamante com o seguinte teor: “[...] Defensoria Pública precisa entrar com ação na justiça para garantir que brasileiro, filho de refugiada colombiana, seja devidamente registrado pelo cartório de registro civil” (Brasil, 2023d).

A decisão agravada determinou a imediata exclusão da publicação impugnada nas redes sociais da Reclamante sob o fundamento de que “há um tom negativo na referência à serventia” e que “a manutenção da publicação tem potencial danoso muito maior do que a sua exclusão”. Em sede de recurso, a Agravante argumenta no sentido de que a censura, ainda que não seja prévia, viola o decidido pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 130/DF (Brasil, 2009a). Foi considerado que “não há como tolher o direito de informação de fatos que são verídicos, estribados em informações oficiais, inclusive em processo judicial que, posteriormente, reconheceu devido o registro levado a efeito”. Também, foi considerada a “relevância que ostenta a publicização da atuação da defensoria pública como forma de viabilizar de forma mais ampla o exercício de seu múnus constitucional”. Por fim, a decisão foi pelo provimento ao Agravo Regimental e,

por conseguinte, à Reclamação, no sentido de cassar a decisão reclamada a fim de que outra seja proferida em atenção ao decidido pelo Tribunal (Brasil, 2023d).

Nesse sentido, a partir do precedente da ADPF nº 130 (Brasil, 2009a) é exigido que o controle e a limitação do direito à liberdade de expressão, a partir de ponderação que justifique a excepcionalidade da preferência desse direito, seja realizado *a posteriori*, podendo acarretar responsabilidades cíveis, criminais e administrativas.

A liberdade de expressão não é um direito absoluto, mas a sua limitação deve ser contemplada apenas em circunstâncias limitadas. As declarações de direitos na Internet aceitam restrições ao direito à liberdade de expressão, desde que justificadas, com base nas declarações de direitos humanos e, particularmente, essas restrições estão relacionadas ao discurso de ódio online, à proteção dos direitos de propriedade intelectual, à proteção de menores, à segurança nacional e à ordem pública, à moralidade e à proteção de dados (Celeste, 2023).

No ambiente digital são identificadas, no mínimo, duas preocupações: primeiro, a ampla liberdade de expressão/manifestação do pensamento na Internet pode facilitar a propagação de notícias falsas, assuntos ilegais entre outros; e, segundo, a restrição à livre manifestação do pensamento violaria um direito protegido constitucionalmente. Essas preocupações justificam a necessidade de ponderação no tratamento das limitações ao direito à liberdade de expressão.

Embora o direito à liberdade de expressão e manifestação do pensamento receba proteção constitucional, os avanços da tecnologia propiciam uma nova forma de concretização de direitos fundamentais, bem como, apresentam ameaças de violação a esses direitos. A liberdade de expressão, por exemplo, pode ser exercida de forma ampla nas redes sociais, o que gera novos riscos de violação, pois o controle da disseminação dos conteúdos publicados é um desafio ainda não solucionado. “A ampliação dos espaços digitais de manifestação pública torna a Internet um campo fértil para diversas formas de abusos” (Mendes; Fernandes, 2020, p. 7). A ampla liberdade de expressão no ambiente irrestrito das redes sociais pode ser violadora de outros direitos fundamentais, como os de personalidade, por exemplo, por meio dos discursos de ódio, *fake news*, *cyberbulling*, entre outros.

Menkes (2022) ao se referir às ameaças derivadas da implementação e abuso da liberdade de expressão menciona que os governos consideram que a Internet é uma

importante plataforma de meios de comunicação, no entanto, para combater a disseminação de conteúdos ilegais ou não desejados (conteúdo terrorista, racista e discurso de ódio) é necessária uma regulação dos conteúdos disponibilizados. O autor afirma serem ineficientes os resultados das regulações existentes, por uma série de questões: “o paradoxo é que dentro do ‘Ocidente’ existe um consenso sobre ‘como’ interferir na liberdade de expressão e existem diferenças fundamentais relativamente à permissibilidade de tal interferência por parte dos poderes, mas não há consenso sobre ‘se’ interferir” (Menkes, 2022, p. 43).

Na era da tecnologia, a Internet significa o sonho da liberdade de expressão do pensamento e acesso à informação. A Internet, em anos passados, também era sinônimo de democracia, será que vale para os dias atuais? Ou, será que se vive numa pseudodemocracia, muito parecida com uma ditadura da informação, abordada por Orwell, em sua obra 1984?

Qualquer som que Winston fizesse acima do nível de um sussurro seria captado por ela. Além disso, enquanto ele permanecesse dentro do campo de visão da placa metálica, ele também poderia ser visto. Claro que não havia como saber se alguém estava sendo observado em um dado momento. Saber a frequência, ou com qual sistema, a Polícia do Pensamento se conectava a uma determinada escuta era pura adivinhação. Era até possível conceber que eles observavam a todos o tempo todo. Mas, de qualquer forma, eles podiam se conectar à sua escuta sempre que quisessem. Você tinha que viver – e vivia, com um hábito que se tornou instinto – na suposição de que todo som que fazia era ouvido, e exceto na escuridão, todo movimento era escrutinado (Orwell, 2022 [1949], p. 10).

A teletela⁵ do romance 1984, está hoje, constantemente, no controle da vida, no celular, no mouse, na Alexa, Siri, nas curtidas do Facebook, nas visualizações do Instagram, nas pesquisas do Google, entre outros. Seria 1984, mas é 2024, e a liberdade no ambiente digital é uma liberdade controlada.

Por fim, não é incomum um indivíduo, ao exercer seu direito à liberdade de expressão nas redes sociais, acabar violando um direito ao bom nome, à intimidade ou à

⁵ Um aparelho tipo televisão/computador que recebia e transmitia informações. Enviava imagens de propaganda e servia como um instrumento de espionagem, captando tudo aquilo que acontecia no ambiente, “uma placa metálica retangular semelhante a um espelho fosco, embutido na parede direita. Winston torceu um comutador e a voz diminuiu um pouco, embora as palavras ainda fossem audíveis. O aparelho (chamava-se teletela) podia ter o volume reduzido, mas era impossível desligá-lo de vez”. ORWELL, G. 1984. Tradução: Gisele Eberspäche. E-Book, Gazeta do Povo. 2022 [1949]. Disponível em: <https://multimedia.gazetadopovo.com.br/media/info/2022/202209/1984/e-book-1984.pdf>. Acesso em. 05 nov. 2023.

vida privada de outro indivíduo. O amplo e quase irrestrito direito fundamental à liberdade de expressão e manifestação do pensamento nas redes sociais, apesar do seu amplo escopo de proteção, poderá sofrer restrições no caso de violar outros direitos também constitucionalmente protegidos, como os direitos de personalidade.

2.3 OS DIREITOS DE PERSONALIDADE NO CONSTITUCIONALISMO DIGITAL

Os direitos fundamentais de personalidade como a vida, a identidade, a imagem, a privacidade e a honra não dependem da criação estatal, eles são inerentes a própria natureza humana. Cabe, no entanto, ao Direito, reconhecê-los e criar institutos de proteção quanto a possíveis limitações. Nesse item, serão abordados os direitos de personalidade no ambiente digital, bem como, exemplos de convenções, declarações e regulamentos nacionais e internacionais de proteção a esses direitos.

Barroso (2004), separa dois atributos relevantes dos direitos de personalidade: primeiro, que é um direito constitucionalmente reconhecido, “oponível a toda a coletividade e também ao Estado” (Barroso, 2004, p. 12). O segundo atributo consiste que nem sempre sua violação ocasionará um prejuízo econômico ou patrimonial, podendo ser vários tipos de reparação, como por exemplo, direito de resposta e indenização por dano moral.

Dessa forma, é sugerida uma classificação dos direitos de personalidade dividida em dois grupos: o primeiro grupo compreende os direitos à integridade física, o direito à vida, o direito ao próprio corpo e o direito ao cadáver; já no segundo grupo estão os direitos à integridade moral, no qual se inserem os direitos à honra, à vida privada, à intimidade, à imagem, ao nome e o direito moral do autor, dentre outros (Barroso, 2004). Para a delimitação deste estudo interessam os direitos do segundo grupo, que estão relacionados à integridade moral, notadamente os direitos à privacidade, à proteção de dados, à imagem e o direito ao esquecimento.

No direito constitucional brasileiro, os direitos da personalidade como a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, estão consagrados na Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, inciso X, o qual garante a inviolabilidade desses direitos, além de assegurar direito indenizatório em caso de dano material ou moral decorrente da violação (Brasil, 2023a).

Quanto aos direitos de proteção de dados, até 2022, a Constituição Federal de 1988 não apresentava, expressamente, um direito fundamental à proteção e livre disposição dos dados; a referência mais próxima estava no artigo 5º, inciso XII, da CF/88, que trata da inviolabilidade do sigilo das correspondências e das comunicações telefônicas e telegráficas (salvo por ordem judicial) e no artigo 5º, inciso LXXII, da CF/88, que traz a previsão do ‘*habeas-data*’, ação constitucional, que poderia ser considerada uma proteção de dados parcial e indireta, pois assegura ao impetrante o conhecimento de informações, sobre ele, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais (Sarlet, 2020). No ambiente digital, os direitos de personalidade possuem especial atenção em decorrência da propensão a serem limitados.

2.3.1 Os direitos de personalidade no ambiente digital

Dos direitos de personalidade propensos a serem violados no ambiente digital, o direito à privacidade recebe especial atenção.

O direito à privacidade é generalizado e reespecificado pelas declarações de direitos da Internet, sendo o respeito pela privacidade individual um valor fundamental no contexto da sociedade digital (Celeste, 2023). O direito à proteção de dados é caracterizado como direito humano e fundamental. No direito internacional público “um direito à proteção de dados tem sido deduzido em especial do direito à privacidade, embora com este não se confunda” (Sarlet, 2020, p. 182).

No ambiente digital, a busca pela proteção da privacidade decorre da vigilância massiva e indiscriminada. Essa vigilância é inadmissível, “apenas formas específicas de vigilância, sujeitas a garantias específicas, podem ser toleradas como restrições razoáveis do direito à privacidade” (Celeste, 2023, p.190). Desse modo, no ambiente digital, o direito à privacidade está intimamente relacionado com o direito à proteção de dados.

Segundo Celeste (2023), do direito fundamental à privacidade decorrem dois outros direitos interligados: o direito de se comunicar anonimamente e o direito de proteger sua comunicação online por meio da criptografia. O direito ao anonimato e privacidade da comunicação online é entendido como uma pré-condição para preservar a

própria privacidade e, ao mesmo tempo, exercer livremente a própria liberdade de expressão.

O direito ao indivíduo de ter sua comunicação criptografada é outro direito derivado do direito da privacidade online. A criptografia é uma ferramenta que os usuários podem utilizar para proteger a privacidade e garantir a segurança das suas comunicações online.

Atualmente, grande parte da vida privada e familiar está exposta nas redes sociais. “Ao proteger o acesso ao conteúdo das atividades online, as declarações de direitos da Internet procuram salvaguardar a esfera da personalidade virtual que o indivíduo desenvolve online” (Celeste, 2023, p. 191). Dessa forma, é possível identificar a proteção aos direitos de personalidade, como proteção de dados, direito à privacidade e direito ao esquecimento, expressa em convenções e regulamentos nacionais e internacionais.

Referente à proteção de dados, o primeiro instrumento internacional juridicamente vinculativo que versa sobre esse direito é a Convenção de Estrasburgo - Convenção n.º 108 para a Proteção de Indivíduos com Respeito ao Processamento Automatizado de Dados Pessoais, adotada em 1981 pelo Conselho da Europa. Porém, somente em 2000, conforme o artigo 8 da Carta Direitos Fundamentais da União Europeia, a proteção de dados recebe o status de direito fundamental de natureza autônoma (União Europeia, 2000).

Em 2009, entra em vigor o Tratado de Lisboa, legislação relativa à proteção de dados no espaço de liberdade, segurança e justiça (ELSJ), que no artigo 16 prevê o estabelecimento, pelo Parlamento e Conselho, de “normas relativas à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas instituições, órgãos e agências da União”, também vinculando os Estados-Membros da UE (União Europeia, 2023, p. 2).

Em 2018, é adotado o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (GPDR) Regulamento (UE) n.º 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho (Intersoft, 2016). Nesse Regulamento estão incluídos os seguintes direitos: “o consentimento claro do tratamento de dados; o direito de receber informações claras e compreensíveis sobre os dados; o direito a ser esquecido; o direito a transferir os dados para outro fornecedor; e, o direito de saber se os seus dados foram pirateados” (União Europeia, 2023, p. 3).

Nesse sentido, o GPDR atua na promoção de uma abordagem proativa, baseada na avaliação dos riscos e do contexto do tratamento específico de dados pessoais. Esse instrumento traz a obrigação de o responsável pelo tratamento realizar a Avaliação de Impacto na Proteção de Dados, que visa, explicitamente, também abordar os riscos decorrentes do tratamento automatizado nos quais se baseiam decisões que produzem efeitos jurídicos relativos à pessoa individual (De Gregorio, 2022).

Na Declaração Africana sobre Direitos e Liberdades na Internet, o direito à privacidade é ressignificado, no princípio 8 – Privacidade e proteção de dados pessoais:

Toda a gente tem o direito à privacidade online, incluindo o direito de proteção de dados pessoais que lhe digam respeito. Toda a gente tem o direito de comunicar anonimamente na Internet e a usar a tecnologia apropriada para garantir uma comunicação segura, privada e anônima. O direito à privacidade na Internet não deve ser sujeito a quaisquer restrições, exceto aquelas previstas na lei, que intendam um objetivo legítimo expressamente enunciado ao abrigo da legislação internacional em matéria de direitos humanos (como especificado no Princípio 3 desta Declaração) e são necessárias e proporcionais à prossecução de um objetivo legítimo (África, 2021).

Para a aplicação desse princípio a declaração esclarece que a vigilância massiva deve ser proibida por lei, pois “constitui uma interferência desproporcionada e, portanto, uma violação do direito à privacidade, liberdade de expressão e outros direitos humanos” (África, 2021). Essa interferência nos dados pessoais vai afetar tanto o direito à privacidade como o direito à liberdade de expressão, mesmo que os dados não sejam examinados ou utilizados.

Do direito à privacidade da comunicação online deriva o direito ao anonimato. A Declaração Italiana dos Direitos da Internet⁶ inclui no artigo 10 uma disposição específica sobre a proteção do anonimato. Esse artigo menciona que: (1) as pessoas podem acessar a rede e se comunicar usando ferramentas, incluindo as técnicas que protegem o anonimato e evitam a coleta de dados, sem sofrer discriminação ou censura; (2) as limitações só serão aceitas quando se justificarem pela necessidade de

⁶ Elaborada, em 2014, pela Comissão para Direitos e Deveres Relativos à Internet do Parlamento Italiano a *Dichiarazione dei Diritti in Interneti* - Declaração Italiana de Direitos da Internet é o produto de um processo participativo desenvolvido pela Comissão que contou com uma consulta pública por meio da Internet e uma série de audiências públicas e reuniões com peritos no assunto para guiar a confecção do texto. ITÁLIA. **Dichiarazione dei diritti in Internet**. 2015. Disponível em: https://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg17/commissione_Internet/dichiarazione_dei_diritti_Internet_publicata.pdf. Acesso em: 30 ago. 2024.

proteger o interesse público e forem necessárias, proporcionais, com base na lei e em conformidade com as características de uma sociedade democrática; e, (3) em casos de violação da dignidade e dos direitos fundamentais, a autoridade judiciária, com decisão fundamentada, pode exigir a identificação do autor (Itália, 2015).

Outro direito derivado da privacidade de comunicação online é o direito ao indivíduo de ter sua comunicação criptografada. Nesse sentido, a Declaração Italiana dos Direitos da Internet, em seu artigo 7, destaca a inviolabilidade das comunicações eletrônicas, dos sistemas e dispositivos informáticos de cada pessoa (Itália, 2015). Com similar intenção, a Carta dos Direitos Humanos e Princípios para a Internet, estabelece que assinaturas digitais, nomes de utilizador, palavras-passe, códigos PIN e TAN são invioláveis e não podem ser alterados sem o consentimento prévio do indivíduo (IRPC, 2011).

Um direito de personalidade que apresenta proximidade com o direito à proteção de dados, com grande impacto no ambiente digital, é o direito ao esquecimento. O direito ao esquecimento, ou o direito a ser esquecido, tem relação com a garantia que prevê a não divulgação, sem razões particulares, de informações que possam constituir um precedente prejudicial para a honra de uma pessoa, em particular o precedente judicial (ReputationUp, 2021).

O termo direito ‘de ser esquecido’ ou o direito ao ‘apagamento de dados’ foi criado em 2014, a partir de uma decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia (Espanha, 2014). A decisão garantiu aos indivíduos o direito de solicitar que mecanismos de pesquisa, como o Google, removam determinados resultados de consultas com base no nome do solicitante. Há a obrigatoriedade de obedecer às solicitações dos usuários, nos casos em que os “links sejam ‘inadequados, irrelevantes, não mais relevantes ou excessivos’, levando em consideração fatores de interesse público, incluindo o papel do solicitante na vida pública” (Google, 2023).

A partir da determinação do Tribunal de Justiça da União Europeia, a empresa Google desenvolve relatórios de transparência para as solicitações de exclusão de URL’s (*uniform resource locator*) na sua plataforma de pesquisa (Google, 2023). Posterior à decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia, entra em vigor o General Data Protection Regulation (GDPR), como citado no item anterior, para harmonizar as leis de

privacidade de dados em toda a Europa. O GDPR, em seu artigo 17, estabelece o direito a ser esquecido: “*Right to erasure, right to be forgotten*” (Intersoft, 2016).

Outros países não integrantes da União Europeia também passaram a adotar legislações análogas. A Rússia aprovou uma legislação que permite aos cidadãos remover um link dos mecanismos de pesquisa russos caso ele "viole as legislações russas ou caso as informações sejam falsas ou obsoletas” (Google, 2023). A proteção de dados na Rússia é coberta pela Lei Federal nº 152-FZ, uma das cláusulas mais interessantes dessa lei obriga os operadores de dados a armazenar dados pessoais de cidadãos russos em servidores e bancos de dados fisicamente localizados na Rússia (Gevorgyan, 2017). Desde então, a Turquia e a Sérvia também estabeleceram suas próprias versões do direito de ser esquecido (Google, 2023).

Resumidamente, pode-se afirmar que o direito ao esquecimento estabelece quatro pontos básicos: primeiro, a responsabilidade pelo processamento de dados pessoais é do mecanismo de busca da Internet; segundo, o operador é obrigado pela remoção de links para determinadas páginas da web da lista de dados pessoais; terceiro, essa obrigação se aplica à informações incorretas, inadequadas, irrelevantes ou excessivas; e quarto, o pedido de remoção deve ser ponderado entre os interesses da pessoa envolvida e o interesse público em acessar as informações (ReputationUp, 2021).

Em 2014, a empresa Google, passou a monitorar e cadastrar as solicitações de remoção de conteúdo de privacidade e disponibilizar o Relatório de Transparência com as informações relacionadas aos países integrantes da União Europeia. Desse relatório, para o período de 29/05/2014 a 11/11/2023 (não incluindo as solicitações de remoção de URLs que estão com a revisão pendente ou necessitam de informações adicionais) destacam-se os seguintes dados: número total de solicitações recebidas: 1.500.087 e de URLs com solicitações de remoção: 5.789.820. Do total de solicitações de URLs, 2.517.649 (50,5%) não foram removidas e 2.472.290 (45,5%) URLs foram removidas (Google, 2023). O controle e análise das solicitações é importante para assegurar a proteção de dados dos usuários.

As avaliações são realizadas de forma individual e, em alguns casos, são solicitadas novas informações. A empresa avalia a solicitação e encaminha por e-mail a decisão tomada. Caso a remoção do URL não seja efetuada, é fornecida uma breve explicação com base em diretrizes. Geralmente, os motivos para a não exclusão do URL

estão relacionados a página conter informações de interesse público, por exemplo, “conteúdo pertinente à vida profissional do solicitante, a crimes cometidos no passado ou a cargos políticos e públicos, se o material é de autoria do próprio solicitante ou consiste em documentos governamentais ou jornalísticos” (Google, 2023). À título de informação, no Quadro 1 são destacados alguns exemplos de solicitações de remoção e avaliação pela empresa Google.

Quadro 1 – Exemplos de solicitações para Remoção de URLs excluídas pela empresa Google

ALEMANHA	
Solicitação (ano)	Motivo da exclusão
Solicitação da autoridade de proteção de dados para remover um <i>tweet</i> da Pesquisa Google sobre as atividades políticas de um indivíduo durante a juventude. O <i>tweet</i> também inclui duas fotos retiradas de um vídeo do YouTube, mostrando a participação do requerente em uma discussão antissemita durante as manifestações em Berlim em 2016, e links para uma postagem de blog relatando em detalhes a história política do requerente (2021).	Em acordo com a autoridade de proteção de dados, foi removido o <i>tweet</i> , considerando que ele era jovem na época e não está mais politicamente ativo.
FRANÇA	
Solicitação (ano)	Motivo da Exclusão
Solicitação de uma atriz conhecida para remover uma matéria, publicada em 2012, que relatava um incidente ocorrido em local público que a envolvia (2022).	Removido o URL, a natureza particular do incidente, não relacionado ao trabalho ou à função da pessoa na esfera pública, e, também devido ao tempo decorrido desde a publicação.
BÉLGICA	
Solicitação (ano)	Motivo da Exclusão
Solicitação de um indivíduo para remover da Pesquisa Google uma matéria jornalística de 19 anos que dizia que o requerente foi vítima de tratamento abusivo quando era escoteiro (2022).	Removido o URL porque o conteúdo estava desatualizado e para proteger a identidade da jovem vítima.
GRÉCIA	
Solicitação (ano)	Motivo da Não Exclusão
Solicitação de uma figura pública reconhecida para remover três URLs (duas matérias jornalísticas publicadas em 2019 e uma página da Wikipédia) que tratavam de suspeitas recentes em relação às conquistas profissionais da pessoa (2022).	Não removidos os URLs devido ao caráter recente do conteúdo e à relevância contínua.

LUXEMBURGO	
Solicitação (ano)	Motivo da Não Exclusão
Solicitação de um profissional financeiro para remover o URL de uma matéria publicada em 2015. A matéria tratava de alegações de lavagem de dinheiro e fraude relacionadas a um acordo imobiliário. O requerente apresentou documentos legais que comprovam que ele foi inocentado das acusações de lavagem de dinheiro (2022).	Não removido o URL. As acusações de lavagem de dinheiro foram descartadas, mas não há nenhuma indicação de que as acusações de fraude também tenham sido. Elas continuam parecendo relevantes de acordo com as informações disponíveis.
REINO UNIDO	
Solicitação (ano)	Motivo da Não Exclusão
Solicitação de uma pessoa física que não conseguiu realizar o trabalho que recebeu pagamento para fazer e, por causa disso, foi processada legalmente por vários clientes. Os três URLs referidos eram matérias jornalísticas publicadas em 2019 que relatavam esses processos. A pessoa foi condenada a ressarcir os custos e a uma pena de prisão, que foi suspensa (2022).	Não removidos os URLs porque a pessoa continua trabalhando no mesmo campo profissional.
BÉLGICA	
Solicitação (ano)	Motivo da Não Exclusão
Solicitação de um assistente social para remover cinco matérias jornalísticas em nome de um indivíduo. As matérias afirmavam que o indivíduo foi considerado culpado por várias acusações de estupro e abuso sexual contra um membro da família e outras duas vítimas menores de idade. Essa pessoa recebeu uma sentença de sete anos de prisão em 2006 (2022).	Não removidos quatro URLs devido à gravidade do crime, à sentença recebida e ao tempo decorrido desde o final da sentença. Pedimos à pessoa mais informações sobre o URL restante.

Fonte: elaborado pela Autora com base nos dados do Relatório de Transparência (Google, 2023).

Dos dados retirados do Relatório da empresa Google, aplicados à União Europeia, a exclusão de conteúdo geralmente apresenta as seguintes razões: o conteúdo era relacionado à profissão da vítima que não atua mais na mesma área profissional; a passagem de um grande lapso temporal que tornou o conteúdo desatualizado; e, a falta de relevância do conteúdo publicado. Por outro lado, as justificativas utilizadas para a não exclusão de conteúdo citam como principais argumentos: conteúdo recente e possui relevância contínua; o conteúdo se refere a um crime considerado grave; e, quando a publicação trata da atividade profissional de uma pessoa que continua atuando na mesma profissão.

Fica demonstrado que existem situações em que as pessoas necessitam de proteção regulatória para recorrer aos mecanismos de busca na Internet e solicitar seus direitos de personalidade, como o direito a ser esquecido. Porém, essa possibilidade só

abrange os países que possuem legislação autorizando esse direito e responsabilizando os mecanismos de busca na Internet pela remoção de links em determinadas páginas da web da lista de dados pessoais. Esse não é o cenário brasileiro.

2.3.2 Os direitos de personalidade no ambiente digital - Brasil

Conforme mencionado na seção 2.3 (Os Direitos de Personalidade no Constitucionalismo Digital), os direitos de personalidade como direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem são direitos fundamentais que recebem proteção no artigo 5º, inciso X, da CF/88 (Brasil, 2023a).

O direito à proteção de dados pessoais foi consagrado como direito constitucional em 2022, a partir da inclusão de três dispositivos pela Emenda Constitucional n.º 115/2022 (Brasil, 2022b). A principal alteração foi a nova redação para o inciso LXXIX, artigo 5º, da CF/88, que passa a assegurar o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais (Brasil, 2023a), inaugurando, assim, a proteção de dados pessoais como direito fundamental constitucionalmente protegido.

Referente à legislação infraconstitucional para a proteção de dados, destacam-se o Marco Civil da Internet - Lei n.º 12.965/14 que, ao estabelecer princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil, disciplina em seu artigo 3º, incisos I e II, o uso da Internet e destaca a proteção da privacidade e proteção dos dados pessoais (Brasil, 2014a), e a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) - Lei n.º 13.709/18, que regula o tratamento de dados pessoais de pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, inclusive nos meios digitais (Brasil, 2018a).

No que tange ao direito ao esquecimento (que tem afinidade com o direito à proteção de dados) não existe regulação própria que o proteja, todavia, os tribunais vêm sendo acionados para se manifestar à respeito das violações a esse direito de personalidade.

Importante destacar que, em 2013, foi reconhecida a possibilidade de proteção do direito ao esquecimento pela aprovação do Conselho da Justiça Federal referente ao enunciado de n.º 531, na VI Jornada de Direito Civil, assim descrito: “a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento” (Conselho de Justiça Federal, 2013).

A justificativa que deu amparo ao enunciado foi uma analogia ao direito de ressocialização do ex-detento. Não significa “apagar fatos ou reescrever a própria história” (Conselho de Justiça Federal, 2013), entretanto, em decorrência dos danos que as novas tecnologias apresentam, assegurar a possibilidade de discutir o modo, a finalidade e o uso que é dado aos fatos acontecidos.

Pode ser citado como exemplo do debate referente à violação ao direito de ser esquecido a decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, referente a uma ação ordinária interposta por um servidor público, Júlio César Vieira Pereira, contra a empresa Folha da Manhã S/A e a União Federal, objetivando o pagamento de indenização por danos morais (Brasil, 2009b).

Júlio César narra ser policial federal que vem exercendo suas funções há muitos anos. Em 2003, a empresa Folha da Manhã S/A publicou reportagem de conteúdo acusatório, dissimulado e humilhante a partir de informações sigilosas supostamente fornecidas pela União Federal. Na reportagem, foi divulgado o fato de que Júlio César teria sido demitido anteriormente, demissão essa que foi anulada por decisão judicial. Nesse sentido, Júlio César argumentou o direito ao esquecimento, decorrente do direito à intimidade garantido no artigo 5º, inciso X, da CF/88, que teria sido violado pela empresa Folha da Manhã S/A, ao ter publicado dados pessoais sigilosos e requereu indenização por danos morais. Em sentença, o Tribunal Regional Federal considerou que, apesar de ser reconhecida a existência e a necessidade do esquecimento, a decisão foi de que o direito a ser esquecido não se aplica quando se trata de servidores públicos e de pessoas exercentes ou candidatos à vida pública, pois suas vidas pretéritas interessam à população (Brasil, 2009b).

Em sentido oposto, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que a proteção da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação engloba o direito ao esquecimento, ou seja, o direito de não ser lembrado contra sua vontade, especificamente em relação aos fatos desabonadores à honra (Brasil, 2018f). No presente caso, D.P.N. ajuizou ação de obrigação de fazer contra Google Brasil Internet Ltda., Yahoo! do Brasil Internet Ltda. e Microsoft Informática Ltda., requerendo a ‘desindexação’ nos resultados das buscas mantidas pelas empresas, de notícias relacionadas às suspeitas de fraude no XLI Concurso da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, sob o pretexto de causar danos à sua dignidade e privacidade e, assim, defendeu a necessária filtragem dos

resultados de buscas que utilizem seu nome como parâmetro, a fim de desvinculá-la das mencionadas reportagens.

O pedido foi julgado improcedente em primeiro grau, sob o fundamento de que as aplicações de buscas na Internet não são responsáveis pelo conteúdo das notícias encontradas. Em fase de apelação, o Tribunal de Justiça deu provimento ao recurso para condenar as empresas Google, Yahoo e Microsoft à instalação de filtros ou outro mecanismo que retire a vinculação do nome da apelante das notícias relativas à suposta fraude praticada no XLI Concurso para Ingresso na Magistratura de Carreira do Estado do Rio de Janeiro, sob pena de multa diária de R\$ 3.000,00 (três mil reais). A decisão foi mantida, em parte, pelo Superior Tribunal de Justiça, apenas reduzindo o valor da multa diária para R\$ 1.000,00 (um mil reais) (Brasil, 2018f).

No julgado em questão, é destacado o entendimento reiterado no sentido de afastar a responsabilidade de buscadores da Internet pelos resultados de busca apresentados, entretanto, esclarece que há situações excepcionais em que o direito à intimidade e ao esquecimento, bem como a proteção aos dados pessoais, deverá prevalecer, “a fim de permitir que as pessoas envolvidas sigam suas vidas com razoável anonimato, não sendo o fato desabonador corriqueiramente rememorado e perenizado por sistemas automatizados de busca” (Brasil, 2018f).

O exemplo citado acima demonstra a colisão entre os direitos de personalidade, referente à proteção de dados e direito ao esquecimento, em face do direito à liberdade de expressão e manifestação do pensamento no âmbito do ambiente digital.

O direito à liberdade de expressão, apesar de ser um direito fundamental que goza de proteção constitucional, pode sofrer limitações ao colidir com outros direitos também protegidos constitucionalmente, como os direitos de personalidade. A problemática aqui revelada são os desafios que surgem a partir da possibilidade de violação dos direitos fundamentais no ambiente digital.

2.4 DESAFIOS AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DIREITOS DE PERSONALIDADE NO AMBIENTE DIGITAL

A crescente disponibilidade da tecnologia digital e o acesso às redes sociais apresentam desafios no sentido de tentar compatibilizar a utilização da Internet e seus

benefícios com a proteção aos direitos fundamentais à liberdade de expressão e direitos de personalidade.

Na era digital, a forma de interação das pessoas e o fluxo intenso de informações, traz alteração em relação à privacidade das pessoas; o impacto dessa alteração pode comprometer o regime democrático. Isso porque na ‘sociedade da informação’ o controle das informações se apresenta como elemento basilar na definição de poder (Doneda, 2006). A disponibilidade de informação e o poder sobre as publicações é um tema que vem sendo bastante pesquisado. Martin Hilbert⁷, ao investigar a disponibilidade de informação, em 2017, afirma que causa grande espanto o volume de informação que há no mundo, ‘isso vai muito mal’, adverte Hilbert, que o fluxo de dados entre os indivíduos e o Estado pode desencadear uma ‘ditadura da informação’, algo imaginado pelo escritor George Orwell no livro 1984 (Lissardy, 2017).

Essa ditadura da informação altera o conceito de privacidade sugerido por Rodotà (2008, p. 15) de que “deve ser considerado o direito de manter controle sobre as suas informações e de determinar a maneira de construir sua esfera particular”. Na realidade digital, as informações e dados pessoais estão em movimento incessante; o desafio é controlar como e quem faz uso desses dados.

2.4.1 A utilização dos dados e informações nas redes sociais

A tecnologia pode ser usada por políticos para mudar a opinião das pessoas, as empresas de telefonia celular podem prever a localização dos aparelhos e os algoritmos das redes sociais conseguem compreender a personalidade do usuário melhor do que o seu parceiro. “Com 150 'likes', o algoritmo do Facebook pode prever sua personalidade melhor que seu parceiro” (Lissardy, 2017), significa que qualquer movimento na Internet é rastreado e pode ser monitorado de acordo com os interesses da plataforma digital.

No Facebook, quando o usuário ‘curte’ é possível, a partir de um algoritmo de computador, detectar a personalidade desse usuário. Testes de personalidade, realizados por pesquisadores da Universidade de Cambridge, no Reino Unido, com usuários do Facebook que franquearam acesso a suas páginas pessoais, estimaram com

⁷ Martin Hilbert é alemão, 39 anos, doutor em Comunicação, Economia e Ciências Sociais, professor da Universidade da Califórnia e assessor de tecnologia da Biblioteca do Congresso dos Estados Unidos. Investigou a disponibilidade de informação no mundo contemporâneo.

quantas curtidas é possível detectar a personalidade do usuário. Com 100 curtidas “poderiam prever sua personalidade com acuidade, sua orientação sexual, origem étnica, opinião religiosa e política, nível de inteligência, se usa drogas e se tem pais separados” (Lissardy, 2017). Com 150 curtidas pode prever personalidade do usuário melhor que seu companheiro e com 250 curtidas, o algoritmo tem elementos suficientes para conhecer a personalidade do usuário melhor do que ele mesmo (Lissardy, 2017). Esses dados são, no mínimo, inquietantes.

Ter acesso aos dados dos usuários e manipulá-los a ponto de conhecer suas preferências é um problema identificado na era informatizada. É que as grandes corporações privadas produzem, vendem e administram produtos e serviços de tecnologia digital e, assim, detêm o poder de criar as regras para o uso de instrumentos dessa tecnologia. A utilização desses instrumentos, pelos usuários, pode representar a única, ou a mais eficiente “forma de exercer os direitos fundamentais, como o acesso à informação, a comunicação, a procura de emprego, a organização de um protesto ou a manifestação da própria fé” (Celeste, 2023, p. 15).

Logo, o ‘conhecimento da personalidade’ dos usuários pode ocasionar mais danos do que parece, indo além da ciência sobre qual produto deve ser ofertado ao usuário. As informações obtidas podem ser usadas como forma de manipulação de opinião, e até de discriminação, representando um desafio da era digital: evitar as possíveis restrições aos direitos fundamentais.

Violação aos direitos de personalidade e de privacidade pode ser identificada a partir da coleta, armazenamento e processamento de dados pessoais controlados pelas plataformas digitais, que são verdadeiros agentes econômicos. Facebook, Google e Amazon figuram como agentes ativos nos conteúdos criados por terceiros, pois eles podem intervir no fluxo de informações, por meio de filtros, bloqueios ou reprodução em massa de conteúdos produzidos pelos seus usuários (Mendes; Fernandes, 2020). A consequência é uma relação econômica entre as plataformas digitais e usuários, que acontece por meio das redes sociais.

O crescimento da população usuária das redes sociais aumenta a cada ano e, conseqüentemente, aumenta o alcance das publicidades aos usuários. O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), divulgou que na data de referência de 1º de julho de 2024, o Brasil tinha uma população estimada em 212,6 milhões de habitantes

(IBGE, 2024), um número de usuários de Internet de 187,9 milhões, representando 88,3% da população. Referente às mídias sociais, são 144 milhões de usuários, o que equivale a 67,7%, e o número de conexões por celulares móveis ativas é de 210,3 milhões, equivalendo a 98,9% da população total brasileira (Kemp, 2024).

O número expressivo de usuários das redes sociais, como Facebook, YouTube e Instagram, e o percentual de usuários que é alcançado pelos anúncios e propagandas das plataformas, é demonstrado na Tabela 1. A comparação entre os anos de 2023 e 2024 evidencia o crescimento de ambos os indicadores, com exceção do alcance dos anúncios por usuário do YouTube que apresentou indicador levemente mais baixo no ano de 2024. O indicador do alcance das publicações nas plataformas de redes sociais é importante para medir a eficácia das campanhas de marketing e representa a lucratividade das empresas por meio das redes sociais (Kemp, 2023, 2024).

Tabela 1 – Usuários e alcance de anúncios do Facebook, YouTube e Instagram – 2023-2024

Ano	Facebook		YouTube		Instagram	
	Usuários	Alcance dos anúncios	Usuários	Alcance dos anúncios	Usuários	Alcance dos anúncios
2023	109,1 MM	60%	142 MM	78,10%	113,5 MM	62,40%
2024	111,3 MM	61,80%	144MM	76,60%	134,6 MM	71,60%

Fonte: elaborada pela autora com base em dados do IBGE (2024).

Grande parte das publicidades no ambiente digital são pensadas a partir dos dados dos usuários colocados à disposição das empresas tecnológicas que podem ser utilizados, em primeiro lugar, para otimizar a oferta de produtos, ajustar anúncios e comunicação multimídia, bem como prever o comportamento do consumidor e ajustar os produtos às suas expectativas ou necessidades. Assim, as grandes empresas de tecnologia digital lucram com a utilização e adaptação de dados no desenvolvimento de serviços baseados em inteligência artificial e oferecidos a outras empresas (Ambroziak, 2022).

A ampliação das plataformas online pode ser evidenciada por um claro aumento da sua capitalização de mercado, ou seja, do valor total de mercado das ações em circulação de uma empresa de capital aberto, cotada na bolsa. A capitalização de mercado, entretanto, é um indicador utilizado para medir o quanto vale uma empresa. O

histórico do indicador de capitalização de mercado das principais empresas de tecnologia digital demonstram crescimento contínuo.

Em setembro de 2024, a Alfabete (Google) tinha um valor de mercado de US\$ 1,941 trilhão, representando a quarta empresa mais valiosa do mundo em valor de mercado. Já a Meta Platforms (Facebook) tinha um valor de mercado de US\$ 1,302 trilhão, sendo a sétima empresa mais valiosa do mundo em valor de mercado. Por último, a empresa Twitter, que apresenta a última capitalização de mercado conhecida em US\$ 41,09 bilhões, em outubro de 2022. A Tabela 2 apresenta a evolução do índice de capitalização de mercado das empresas Google, Facebook e Twitter.

Tabela 2 - Evolução do índice de capitalização de mercado das empresas Google, Facebook e Twitter

Empresa	2014	2016	2018	2020	2022	2024
GOOGLE	375.78 B	517.78 B	719.41 B	795.03 B	1.890 T	1,941 T
FACEBOOK	154.46 B	325.19 B	464.19 B	475.55 B	603.49 B	1,300 T
TWITTER	27.5 B	11.59 B	27.78 B	19.26 B	29.54 B	

Fonte: elaborada pela autora com base nos dados da CompaniesMarketcap (2024).

Os indicadores comprovam que o alcance dos anúncios publicitários é uma forma de geração de receita para as empresas responsáveis pelas redes sociais. Elas realizam a coleta de dados dos usuários para direcionar às publicidades, atuando como prestadoras de serviço de mídia social. O acesso e controle aos dados dos usuários por parte das plataformas digitais pode significar uma ameaça à violação aos direitos de personalidade, bem como, um desafio para a proteção dos direitos fundamentais.

O desafio da proteção aos direitos fundamentais decorre porque os direitos não são absolutos, podendo sofrer restrições e violações que podem derivar de ações do Estado ou das grandes corporações, responsáveis pelas plataformas online. Os direitos fundamentais também podem ser violados a partir do uso irrestrito da liberdade de expressão e manifestação do pensamento, por exemplo, quando um usuário de rede social ao exercer seu direito de fala online acaba por violar o direito de personalidade de outro usuário. Para tanto, é necessário definir o alcance da liberdade de expressão no ambiente digital, o controle de dados e informações divulgados, bem como, os limites de atuação das plataformas digitais.

2.4.2 Limites e responsabilidades da atuação das plataformas digitais

Frente aos novos desafios constitucionais que apresentam a possibilidade de violações e restrições aos direitos fundamentais, torna-se cogente uma releitura constitucional. Essa releitura deve ter abrangência global, pois a tecnologia digital “ultrapassa fronteiras do poder político-jurisdicional, necessitando de um conteúdo normativo que seja juridicamente válido no Brasil e no além-Brasil” (Paulo; Andrade, 2024, p. 10). Desta forma, torna-se relevante a construção de documentos que tratem da governança das plataformas digitais de forma ampla e global.

Definir documentos de governança para as plataformas digitais está relacionado ao respeito aos direitos fundamentais e ao reconhecimento de que a relação entre usuários e empresas de tecnologia digital implica em preocupações processuais que são extremamente complexas, questões graves que tratam de conflitos de direitos e liberdades. Um conjunto de valores constitucionais para a governança das plataformas não será válido para toda e qualquer plataforma, em todos os momentos e com abrangência a todos os territórios; não existem direitos substantivos universais. Também não é verdade que a legitimidade da governança seja incompreensivelmente subjetiva. Não há uma resposta fácil, qualquer abordagem nesta área será contestada universalmente. Tratar da governança das plataformas digitais requer um esforço político, de difíceis negociações, sobre quais os tipos de comunidades e plataformas que é pretendido criar e quais normas jurídicas e sociais são adequadas para alcançar esses objetivos (Suzor, 2016).

Quando se debate a possibilidade de interferência das plataformas digitais (ao censurar conteúdos, excluir ou bloquear contas das redes sociais), ocasionando impacto aos direitos fundamentais dos usuários, vem à tona a questão da regulação dessas empresas no ambiente digital. O debate da regulação das plataformas inicia, nos Estados Unidos, em 1996, com a aplicação da Section 230 do U. S. Code, num período em que não existiam grandes empresas e tecnologia digital, e o objetivo era encorajar empresas a moderar o conteúdo de seus sites, isentando-as de qualquer responsabilidade civil pelas postagens de seus usuários (Paulo; Andrade, 2024).

No contexto alemão, o modelo *Netzwerkdurchsetzungsgesetz* (NetzDG), *Network Enforcement Act*, prevê um sistema de responsabilização para as plataformas

digitais. As plataformas digitais devem avaliar a ilegalidade e/ou a ilicitude de conteúdo publicado por terceiros, a partir de uma notificação extrajudicial, e proceder a exclusão ou bloqueio do conteúdo publicizado. A plataforma deve, também, comunicar a decisão do bloqueio ou exclusão do conteúdo de forma fundamentada, aos usuários (Paulo; Andrade, 2024).

Riegert (2020a) destaca que, na União Europeia, tem surgido inúmeras críticas devido às plataformas digitais não limitarem conteúdos indesejados gerados pelos usuários. Em decorrência dessa insatisfação e com o objetivo de limitar o poder das empresas de tecnologia digital, foram criadas a Lei de Serviços Digitais (DAS) e a Lei dos Mercados Digitais (DMA) (União Europeia, 2021), que são leis que estabelecem responsabilidade de exclusão de conteúdos ilícitos e ilegais, disseminados no ambiente digital, bem como, multas no caso de descumprimento das leis (Riegert, 2020b).

No Brasil, evidencia-se um conjunto de leis ordinárias que objetivam assegurar a proteção dos direitos fundamentais no ambiente digital: a Lei de Software - Lei n.º 9.609 (Brasil, 1998), a Lei dos Delitos Informáticos - Lei n.º 12.737 (Brasil, 2012a), Lei do Marco Civil da Internet - Lei n.º 12.965 (Brasil, 2014a) e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - Lei n.º 13.709 (Brasil, 2018a) (Gavião Filho, 2023, p. 47) e ainda o “PL das Fake News”⁸, Projeto de Lei n.º 2.630/2020 (2023b), que pretende instituir a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet, a partir da influência da regulamentação da União Europeia (Paulo; Andrade, 2024).

Apesar de todo o esforço legislativo para a regulamentação da atuação e definição de responsabilidades de empresas privadas no ambiente digital, ainda há divergências na interpretação e aplicação da legislação brasileira. Por exemplo, o Marco Civil da Internet (MCI), Lei n.º 12.965 (Brasil, 2014a), regulamenta o uso da Internet no Brasil, estabelecendo princípios, garantias, direitos e deveres. Princípios que garantem a liberdade de expressão, comunicação e manifestação do pensamento (artigo 3º, inciso I),

⁸ Lei das Fake news: Estabelece normas relativas à transparência de redes sociais e de serviços de mensagens privadas, sobretudo no tocante à responsabilidade dos provedores pelo combate à desinformação e pelo aumento da transparência na Internet, à transparência em relação a conteúdos patrocinados e à atuação do poder público, bem como estabelece sanções para o descumprimento da lei. BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n.º 2630, de 2020**. Institui a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet. Autoria: Senador Alessandro Vieira (Cidadania/SE). Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2023 (2023b). Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141944>. Acesso em: 01 jul. 2023.

a proteção da privacidade e proteção dos dados pessoais (artigo 3º, incisos II e III), a preservação da natureza participativa da rede (artigo 3º, inciso VII) e trazem limitações à atores públicos e privados. O artigo 19 do MCI apresenta divergência quanto à sua constitucionalidade na forma de responsabilização dos provedores de Internet, a qual prevê a responsabilidade civil somente após a notificação judicial. A discussão está pendente de resolução desde 2017, quando originou o Tema n.º 987 de Repercussão Geral (Brasil, 2017b), referente ao Leading Case RE n.º 1037396 (Andrade, 2023).

Ainda sobre a aplicação do artigo 19 do MCI, em 2019, o Superior Tribunal de Justiça emitiu tese em que os pedidos de remoção de conteúdo das páginas de Internet que contenham natureza ofensiva a direitos da personalidade, dependem da localização inequívoca da publicação (Universal Resource Locator - URL), correspondente ao material que se pretende remover, exemplo os julgados REsp n.º 1738628/SE (Brasil, 2019b); AgInt nos EDcl no REsp n.º 1471164/MG (Brasil, 2018d); REsp n.º 1694405/RJ (Brasil, 2018e); e, AgInt no AgInt no AREsp n.º 956396/MG (Brasil, 2017a). O teor desses julgados não coaduna com o artigo 19 do MCI que, em seu parágrafo 1º, determina que a identificação do conteúdo a ser excluído seja clara e específica, não exigindo a apresentação da URL, demonstrando que ainda há divergência sobre a interpretação do artigo 19 do MCI.

A definição de uma regulação específica para tratar das responsabilidades das plataformas digitais representa um desafio que, se solucionado, pode evitar ou, ao menos, minimizar as restrições e violações dos direitos fundamentais.

Nesse contexto, a restrição aos direitos fundamentais no ambiente digital pode ocorrer pela atuação ou pela falta de atuação das plataformas digitais. Um exemplo que demonstra a restrição ao direito de personalidade pela falta de atuação das empresas de tecnologia é a frequente criação de perfis falsos ou perfis hackeados nas plataformas do WhatsApp, Facebook e Instagram.

Nesse sentido, é citado um caso que relata um prejuízo financeiro causado a uma usuária da plataforma Instagram, devido à criação de um perfil hackeado por terceiros e a omissão da plataforma diante do problema relatado (Brasil, 2022c).

No caso, a Autora efetuou a compra de um produto a partir de uma oferta em perfil do Instagram (pertencente ao Grupo do Facebook). A verdadeira usuária do perfil que estaria vendendo o produto percebeu que sua conta havia sido invadida e comunicou,

imediatamente, o provedor de aplicações, informando que o seu perfil estava sendo usado para prática de golpes, trazendo prejuízos financeiros e à imagem da Autora. A plataforma digital, apesar da comunicação da usuária, manteve a conta ativa, sob administração indevida de terceiro, por aproximadamente 90 (noventa) dias. A questão aqui demonstrada trata da violação do direito de personalidade da Autora, em razão de golpe praticado por terceiro. Porém, essa violação ocorreu devido à plataforma digital não corrigir o erro que fora imediatamente informado à empresa provedora da conta hackeada. Assim, a restrição ao direito fundamental passa a ser responsabilidade do provedor de aplicações, em decorrência da falha de segurança dos sistemas utilizados na plataforma digital do Instagram.

A discussão nesse caso de violação ao direito de personalidade é referente à responsabilidade no serviço de monitoramento das plataformas digitais. Está relacionada à governança privada de provedores de aplicação, como o Instagram e o Facebook. Os provedores de Internet, apoiados no artigo 19 do Marco Civil da Internet, se defendem argumentando que somente podem ser responsabilizados por atos de terceiros se, após ordem judicial de remoção de conteúdo, permanecerem inertes.

Assim, é evidenciado que no ambiente digital pode ocorrer a restrição de direitos constitucionalmente protegidos pela ação ou falta de ação dos provedores de aplicação de Internet, sendo relevante a discussão sobre a regulação das plataformas digitais. É que, para exercer os direitos à liberdade de expressão e manifestação, e direitos de personalidade no ambiente digital, é necessário contar com as plataformas online, que exercem uma governança privada na vida das pessoas.

Em eventual colisão entre direito de expressão e direitos à honra, intimidade e vida privada, será necessária a devida ponderação do intérprete, verificando a proporcionalidade e o cuidado no exercício de um direito fundamental em face da possível ofensa ao outro direito também fundamental.

A restrição aos direitos fundamentais também pode ocorrer a partir da atuação do Estado; nesses casos, há de se verificar se a ação estatal que restringiu um direito fundamental é proporcional. Um exemplo de ação estatal que pode limitar o direito à proteção de dados foi debatido na Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI n.º 6649/DF, divulgada em 2023 (Brasil, 2023).

Na ADI n.º 6649/DF (Brasil 2023e), é alegado que o Decreto n.º 10.046/2019⁹ desrespeita princípios básicos da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, ao permitir o compartilhamento amplo e irrestrito de informações entre os órgãos públicos federais, sem a devida indicação de protocolos de ação e independentemente da precisa identificação dos agentes públicos envolvidos no tratamento. É sustentada a inconstitucionalidade material do decreto presidencial sob a justificativa de que a criação do Cadastro Base do Cidadão e do Comitê Central de Governança de Dados desrespeitaria as diretrizes da LGPD, em decorrência da criação de uma base de dados unificada que poderá ser livremente compartilhada pelos órgãos públicos federais, possibilitando riscos de vazamentos e de incidentes de segurança. A ampliação da base de dados dos cidadãos brasileiros, mediante utilização de conceitos vagos e genéricos, potencializa a capacidade de controle político da população, em descompasso com o disposto na LGPD e na Constituição Federal (Brasil, 2023c).

Ao julgar a inconstitucionalidade do Decreto n.º 10.046/2019, foi argumentado que é essencial para o Estado na prestação de serviços públicos o tratamento de dados pessoais, porém, o interesse público não pode estar acima do bem jurídico tutelado: a privacidade e proteção de dados pessoais. Nesse sentido a argumentação foi balizada na “interpretação conforme a Constituição para subtrair do campo semântico da norma eventuais aplicações ou interpretações que conflitem com o direito fundamental à proteção de dados pessoais” (Brasil, 2023c).

Assim, o acesso ao Cadastro Base do Cidadão deve observar mecanismos rigorosos de controle, bem como, a comprovação de propósitos legítimos, específicos e explícitos por parte dos órgãos e entidades do Poder Público; também a inclusão de novos dados na base do Cadastro Base do Cidadão deve ser precedida de justificativas formais, prévias e minudentes; e, ainda, que devem ser observadas medidas de segurança compatíveis com os princípios de proteção da LGPD e a inclusão de sistema eletrônico de registro de acesso, para fins de responsabilização em caso de abuso; por último, no caso de violação no tratamento de dados pessoais pelos órgãos públicos (excluindo hipóteses de sigilo, protegidas pela constituição) implicará a responsabilidade civil do

⁹ O Decreto estabelece as normas e as diretrizes para o compartilhamento de dados entre os órgãos e as entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e os demais Poderes da União.

Estado pelos danos sofridos pelos particulares, assim como o direito de regresso contra os servidores e agentes políticos responsáveis pelo ato ilícito, em caso de dolo ou culpa. Declarando-se inconstitucional o artigo 22 do Decreto n.º10.046/2019 (Brasil, 2023c).

Essa decisão optou por prevenir a violação de direitos fundamentais, determinando que o mecanismo de compartilhamento e as regras a serem estabelecidas devem contemplar, como exigência prévia ao compartilhamento de dados, a formalização de pedido fundamentado pela autoridade solicitante (Brasil, 2023c).

No ambiente digital é permitida a disseminação irrestrita de informações. Essa característica é positiva para exercício do direito fundamental à liberdade de expressão, entretanto, uma vez que informações ilícitas, discriminatórias e falsas podem ser disseminadas, até mesmo por ação da imprensa, podem ocasionar a colisão entre o direito de liberdade de expressão e direitos de personalidade.

Na Apelação Cível AC n.º 70078781523/RS (Brasil, 2019c) que envolve a colisão de direito à liberdade de expressão (da imprensa) e direitos de personalidade (imagem, honra e privacidade) o Tribunal asseverou que não há solução absoluta, definitiva para o caso de colisão entre princípios; sempre será uma questão de ponderação do caso concreto. A ponderação deverá levar em conta os interesses legítimos à luz das especificidades do caso concreto, uma vez que a constituição não hierarquiza direitos fundamentais em abstrato, a solução deverá buscar a “preservação máxima do núcleo essencial dos direitos fundamentais em colisão” (Brasil, 2019c).

No ambiente das redes sociais, a colisão entre o direito de liberdade de manifestação do pensamento e os direitos de personalidade têm se tornado cada vez mais frequente e a decisão do Tribunal deverá levar em consideração a ponderação dos limites e possibilidades do exercício de cada direito, considerando o amplo escopo de proteção constitucional (Paulo; Andrade, 2024). Os direitos fundamentais podem ter seu escopo de proteção violado e restringido quando entram em colisão com outros direitos fundamentais também protegidos e, para esses casos, não existe preferência de um direito fundamental sobre outro direito também fundamental.

Todos os direitos fundamentais, presentes na Constituição, “são princípios e podem ser ponderados se conflitarem com outros princípios” (Alexy, 2014, p. 31). Ao ponderar os direitos fundamentais, haverá a restrição de um direito em contrapartida a

prevalência do direito colidente; essa limitação a um direito fundamental necessita ser justificada de forma racional.

Esse primeiro capítulo apresentou o desenvolvimento de um constitucionalismo tradicional para um constitucionalismo digital, ou a rigor, não haveria a necessidade de conceituar um novo constitucionalismo, mas sim, identificar dentro do constitucionalismo tradicional a proteção dos direitos fundamentais no ambiente digital.

Os direitos fundamentais de liberdade de expressão e de informação, da livre manifestação do pensamento e direitos de personalidade, como direitos à honra, ao bom nome, à imagem e à vida privada, encontram-se mais propensos a serem violados e restringidos na era digital. As violações ou restrições provocam desafios ao direito constitucional, que não possui regras de proteção específicas para esses direitos no ambiente digital. Assim, a discussão gira em torno de responder como o direito reage para a efetivação dos direitos fundamentais nessa nova realidade do ambiente digital.

Os direitos fundamentais ao serem restringidos, tanto por ações do Estado, das empresas de tecnologia ou a partir da colisão com outros direitos fundamentais, necessitam de ponderação para definir qual direito tem maior importância no caso concreto.

Assim, para a definição de qual direito fundamental deve prevalecer como solução do conflito entre direitos fundamentais há de se eleger um critério argumentativo, pois nenhum direito fundamental é absoluto, no sentido de ser absolutamente imune a qualquer limite; por maior que seja o dano causado, outros direitos também fundamentais devem ser considerados.

Para avaliar se a intervenção ao direito fundamental é ou não proporcional e se está racionalmente justificada, é utilizado o teste da proporcionalidade. O teste da proporcionalidade, seus fundamentos e subtestes serão abordados no próximo capítulo.

3 O TESTE DA PROPORCIONALIDADE COMO CRITÉRIO DE RACIONALIDADE NAS DECISÕES JUDICIAIS

Os direitos fundamentais não são absolutos, podendo sofrer limitações ou restrições. As limitações e restrições ao escopo de proteção dos direitos fundamentais ocorrem quando um direito é violado por alguma medida estatal ou entra em colisão com outro direito ou bem jurídico, também protegido constitucionalmente. Nessa situação, há de se lançar mão de uma ferramenta capaz de ponderar o nível de intervenção em um direito, que será afastado no caso concreto, em detrimento da satisfação do outro direito colidente. A restrição aos direitos fundamentais deve ser vista a partir da perspectiva do dever de proteção; por tratar de direitos constitucionalmente protegidos na teoria dos princípios, todos os direitos fundamentais, presentes na Constituição, “são princípios e podem ser ponderados se conflitarem com outros princípios” (Alexy, 2017, p. 31). Assim, os direitos fundamentais são passíveis de limitações e restrições que podem ocorrer por atos do legislativo, da administração pública, por juízes e tribunais e, até mesmo, por atores privados como as grandes empresas de tecnologia digital.

O teste da proporcionalidade é o critério metodológico sugerido pela doutrina para verificar a racionalidade das justificativas das medidas que restringem um direito constitucionalmente protegido.

3.1 “LIMITE DOS LIMITES” (*SCHRANKEN-SCHRANKEN*)

O teste da proporcionalidade é um tema de grande relevância que tem sido bastante debatido, principalmente, a partir do advento do neoconstitucionalismo ou constitucionalismo contemporâneo. Com o neoconstitucionalismo, muitas constituições passaram a positivar direitos considerados fundamentais, surgindo a exigência do reconhecimento de princípios como normas jurídicas. A proporcionalidade é um princípio constitucional amplamente aceito e um dos mais importantes da atual era constitucional, que tem recebido a denominação de "era da proporcionalidade". A proporcionalidade é, também, um elemento básico da jurisprudência em matéria internacional e supranacional sendo a proporcionalidade descrita como “critério de constitucionalidade” (Kremnitzer; Steiner; Lang, 2020, p. 1-2).

Em uma perspectiva contemporânea, o teste da proporcionalidade tem sua origem no século XVIII, no Direito Administrativo Prussiano, no Direito Administrativo Alemão, no século XIX, tendo migrado para o Direito Constitucional Alemão após a segunda Guerra Mundial a partir das decisões do Tribunal Constitucional Federal Alemão, que era visto como garantidor dos direitos individuais frente aos abusos do poder público (Gavião Filho, 2020).

Grimm (2016) afirma que o teste da proporcionalidade é mais antigo do que a Constituição Alemã, sendo desenvolvido, primeiramente, pelos Tribunais Administrativos Alemães, *Oberverwaltungsgericht*, principalmente pelo Prussiano, e aplicado de forma a constringer as ações da polícia em medidas policiais que usurpavam a liberdade ou a propriedade de um indivíduo. Assim, os Tribunais Administrativos Prussianos desenvolveram duas doutrinas fundamentais: a reserva formal de direito, na exigência de que as medidas policiais fossem autorizadas legalmente, e o conteúdo do princípio da proporcionalidade, “que restringiu as medidas policiais, submetendo-as a uma análise de meios e fins passível de revisão judicial” (Kremnitzer; Steiner; Lang, 2020, p. 24).

Pulido (2014) argumenta que o teste da proporcionalidade tem sua origem na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão, tendo sua aplicação no controle de constitucionalidade dos atos dos poderes públicos, e que o princípio da proporcionalidade é, universalmente, aceito e utilizado como critério argumentativo na proteção de direitos fundamentais.

Desde a criação do Tribunal Constitucional Federal Alemão, *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG), em 1951, é nítida a afirmação do princípio da proporcionalidade, notadamente, a partir de três importantes decisões do Tribunal: caso *Elfes*, caso *Lüth* e caso *Apotheken*.

O caso *Elfes*, BverfGE, 6, 32 (Alemanha, 1957), representa uma concepção extremamente ampla para os direitos que são propícios à análise da proporcionalidade, no sentido de exigir uma decisão que verifica se a violação constitui uma violação no escopo de proteção dos direitos fundamentais. O caso *Lüth*, BverfGE, 7, 198 (Alemanha, 1958) traz o conceito de direitos fundamentais como princípios, cuja harmonização requer uma forma de ponderação. O caso *Apotheken*, BverfGE, 7, 377, conhecido como o caso da farmácia, inclui a análise da proporcionalidade como meio de ponderação entre o

direito fundamental e a liberdade profissional. A liberdade da escolha profissional somente pode ser limitada se a proteção de bens jurídicos coletivos for de extrema relevância, e o legislador sempre deverá escolher aquela forma de intervenção que limitar o mínimo possível o direito fundamental atingido (Schwabe, 2005). A combinação dessas três importantes decisões são consideradas a base para a constitucionalização do princípio da proporcionalidade no ordenamento jurídico alemão (Kremnitzer; Steiner; Lang, 2020).

A ideia de aplicação do teste da proporcionalidade, concebido como o ‘limite dos limites’ (*Schranken-Schranken*), decorre da decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão, no caso Lüth¹⁰, quando se entendeu que o escopo de proteção dos direitos fundamentais é amplo, porém, admite restrições (Schwabe, 2005). O termo ‘limite dos limites’ é utilizado quando uma norma infraconstitucional pode impor limites a um direito fundamental, mas esses limites são eles próprios limitados (Barak, 2012). A finalidade é delimitar o quanto uma intervenção estatal pode restringir um direito fundamental.

Um dos problemas identificados com a positivação dos direitos fundamentais nas constituições é o limite às restrições jusfundamentais, devido ao reconhecimento do status de norma supralegal das declarações ou convenções de direitos humanos, bem como, a legitimidade do poder estatal relacionada à garantia dos direitos fundamentais. Clérico (2009) esclarece que a validade do direito protegido constitucionalmente impõe limites frente a um excesso de intervenção e que a intervenção deve ser examinada e, racionalmente, justificada. Desse modo, ao se deparar com tensão ou disputa entre dois ou mais valores ou interesses constitucionais, o procedimento utilizado para uma análise estruturada de tomada de decisão é o teste da proporcionalidade (Mathews; Sweet, 2008).

Nesse sentido, o teste da proporcionalidade como critério metodológico tem como intenção estabelecer o quanto uma intervenção estatal, seja ela dada pelo legislador,

¹⁰ Caso Lüth: Veit Harlan (1899-1964), foi um dos mais populares cineastas do regime nazista. Após a 2ª grande guerra, Harlan lançou o filme romântico *Amada Imortal*. Em contrapartida, um jornalista alemão e ex-combatente na Segunda Guerra, Erich Lüth (1902-1989), iniciou um boicote nacional contra o filme de Harlan, em razão de seu passado nazista. Acatando os argumentos da sentença, o OLG Hamburg acrescentou que a conduta de Lüth violava o núcleo da personalidade artística de Harlan, "a última área inviolável da liberdade humana", ferindo inegavelmente a dignidade humana do cineasta, o que configuraria - em qualquer circunstância - ofensa aos bons costumes, tipificado no art. 826 BGB. Derrotado no Tribunal de Hamburgo, Lüth reclamou ao Tribunal Constitucional, que decidiu a seu favor. Segundo o Tribunal, haveria uma "ordem objetiva de valores" na Constituição, e todo o ordenamento jurídico seria irradiado por essa ordem, incluindo-se aí o direito civil e as relações entre particulares (Alemanha, 1958).

pela administração, ou pelos juízes e tribunais, pode prosseguir. Isso significa identificar o quanto um direito fundamental pode ser restringido (Gavião Filho, 2020). O teste da proporcionalidade é composto por uma estrutura de subtestes que auxiliam no exame da medida violadora de um direito fundamental.

3.1.1 O teste da proporcionalidade e seus subtestes

A doutrina reconhece o teste da proporcionalidade como instrumento para avaliar as justificativas das intervenções e/ou limitações nos direitos fundamentais. Apesar de não existir uma única formulação, o teste da proporcionalidade apresenta uma estrutura básica de subtestes, normalmente, incluindo quatro elementos: o primeiro elemento é o subteste que apresenta uma exigência de um propósito legítimo, assim a limitação do direito fundamental deve ser justificada para a promoção de um interesse público legítimo; o segundo subteste é o teste de adequação, também chamado de teste de "conexão racional" ou "nexo racional" (Kremnitzer; Steiner; Lang, 2020, p. 2), sendo que esse subteste procura estabelecer uma conexão racional entre os meios e o interesse público perseguido; o terceiro elemento é o subteste de necessidade (ou meios menos lesivos ou restritivos), cuja intenção é verificar se o objetivo pretendido pode ser alcançado por medidas menos restritivas aos direitos fundamentais. O quarto e último elemento é o subteste de proporcionalidade em sentido estrito, que realiza a ponderação entre o benefício do interesse público em relação ao dano causado ao direito fundamental (Kremnitzer; Steiner; Lang, 2020).

Clérico (2009) apresenta o teste da proporcionalidade dividido em três subprincípios ou subtestes. Para este estudo, será utilizada a terminologia de subtestes. O primeiro subteste trata da adequação técnica; o segundo, da necessidade; e, o terceiro, da ponderação. Para a análise da adequação técnica, três resultados podem ser alcançados: (1) o meio é considerado adequado e a medida será proporcional quando o meio escolhido servir para fomentar a realização de um fim; (2) o meio é inadequado e a medida será considerada desproporcional quando o meio escolhido não guarda relação com o fim perseguido; e, (3) a regra de adequação deverá ser completada quando o meio escolhido guarda alguma relação com o fim estatal perseguido, mas não fomenta a realização do fim em todos os sentidos, só de forma abstrata. A autora ressalta que deve ser evitada a

afetação do direito fundamental por ação excessiva, insuficiente ou por omissão, e descreve uma estrutura da obrigatoriedade da adequação técnica com nove passos, onde o exame supõe uma relação teleológica entre o meio e o fim. A determinação do fim (aquilo que se busca alcançar) é obrigatória para que o aplicador do teste inicie a justificção da intervenção no direito fundamental.

O subteste da necessidade, apresentado por Clérico (2009), versa sobre a avaliação da necessidade da medida restritiva e da análise de meios alternativos menos gravosos. A pergunta que se busca responder é se existe algum outro meio alternativo que reduza o grau de limitação ao direito fundamental. Essa análise pressupõe uma comparação entre os meios. Conforme a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão, o exame do meio alternativo menos gravoso, diz que “o meio é necessário se o legislador não pode eleger outro meio igualmente adequado que limitasse menos o direito fundamental” e “o meio é necessário se o fim não pode ser alcançado por outro meio que atinja o direito do indivíduo de maneira menor” (Clérico, 2009, p. 101). Assim, para que o meio seja considerado necessário, ele deve corresponder à medida menos lesiva. Importa destacar que ambos os meios comparados, tanto o meio estabelecido que restringiu um direito constitucionalmente protegido, quanto o meio alternativo, devem ser, igualmente, adequados tecnicamente.

Clérico (2009) destaca que o terceiro e último subteste é o da ponderação ou da proporcionalidade em sentido estrito. Ainda que o meio seja adequado tecnicamente e necessário (preenchidos os requisitos dos dois primeiros subtestes), o exame da proporcionalidade em sentido estrito deve ser levado a cabo, pois é através dele que se busca justificar a limitação de um direito fundamental quando esse entra em colisão com outro direito igualmente protegido constitucionalmente. Para o exame da proporcionalidade em sentido estrito, a autora utiliza a regra chamada de “lei da ponderação” (Alexy, 2015).

O teste da proporcionalidade proposto por Gavião Filho (2020) apresenta uma configuração *standard* que contém uma estrutura de quatro testes parciais (subtestes), que são avaliados de forma sequencial: o primeiro subteste diz sobre a legitimidade do fim perseguido; o segundo subteste é o da adequação; o terceiro subteste avalia a necessidade; e, o quarto subteste é a proporcionalidade em sentido estrito. Assim, a medida estatal será

proporcional e racionalmente justificada se cumprir de forma satisfatória todos os quatro subtestes do teste da proporcionalidade.

O primeiro subteste é satisfeito se a medida estatal que restringe o escopo de proteção de um direito fundamental persegue um fim que é constitucionalmente legítimo. A medida será considerada desproporcional se ela perseguir um bem proibido constitucionalmente, nesse caso nem passará para o segundo subteste. O segundo subteste remete à adequação, ou seja, estará satisfeito se a medida estatal for adequada para promover o fim constitucionalmente legítimo. Não sendo exigida uma realização no grau máximo do fim perseguido, uma relação fraca entre a medida estatal e o fim perseguido é aceita (Gavião Filho, 2020).

O terceiro subteste, apresentado por Gavião Filho (2020), refere-se à necessidade. Ele é satisfeito se a medida estatal violadora do escopo de direito fundamental é a menos restritiva entre todas as alternativas que, igualmente, promovem o fim constitucionalmente legítimo. Tem referência no ótimo de Pareto, o que significa dizer que a medida ótima dentre todas as outras que também podem promover o fim é a menos restritiva, a que menos viola o direito fundamental ou o bem jurídico constitucionalmente protegido.

O quarto e último subteste “é satisfeito se a importância da medida estatal adotada justifica a limitação ou a restrição experimentada por outros direitos fundamentais ou bens jurídicos constitucionalmente protegidos” (Gavião Filho, 2020, p. 20). Assim como o terceiro subteste apresentado por Clérico (2009), esse quarto subteste é identificado como ponderação, que é o princípio da proporcionalidade em sentido restrito (Alexy, 2011). Esse subteste será satisfeito se a importância da medida estatal violadora do escopo de um direito fundamental justifica a limitação de outro direito fundamental ou bem juridicamente protegido (Gavião Filho, 2020).

A proporcionalidade em sentido estrito (ponderação), tem um caráter residual, pois é a última etapa do teste da proporcionalidade que cuida da justificação da intervenção em um direito constitucionalmente protegido. Ela só acontece porque não foi possível evitar a intervenção ao direito com uma medida menos lesiva na etapa anterior - que trata da necessidade. Dessa forma, a proporcionalidade em sentido restrito expressa um mandamento de otimização em relação às possibilidades jurídicas. Clérico (2009) afirma que é na ponderação que serão analisadas as questões valorativas. Para Pulido

(2014), é necessário que a limitação ao direito fundamental promova o fim almejado em um grau tão alto que justifique a forte limitação ao direito. Assim, a aplicação da proporcionalidade em sentido restrito é utilizada na pretensão de justificação da restrição e/ou limitação a um direito fundamental.

Alexy (2011) deixa saber que a estrutura da proporcionalidade é composta por três princípios parciais que expressam a ideia de otimização: princípio da idoneidade; princípio da necessidade; e, princípio da proporcionalidade em sentido restrito. Os princípios parciais da idoneidade e da necessidade tratam da otimização referente às possibilidades fáticas; já o princípio parcial da proporcionalidade em sentido restrito trata da otimização relativa às possibilidades jurídicas. O princípio da idoneidade “é nada mais que expressão da ideia de otimismo-Pareto: uma posição pode ser melhorada sem que nasçam desvantagens para outras” (Alexy, 2011, p. 110). Essa mesma ideia é aplicada no princípio da necessidade, que significa escolher o meio que menos intervém no princípio entre dois meios que fomentam igualmente o fim perseguido.

Para o exame da proporcionalidade é formulada uma regra chamada de “lei da ponderação” (Alexy, 2015, p. 154). A lei diz que “quanto maior é o grau de descumprimento de/ou interferência em um princípio, maior deve ser a importância do cumprimento do outro princípio, assim é estabelecida uma relação de precedência condicionada entre princípios” (Alexy, 2015, p. 146).

Alexy (2015) destaca que a aplicação da lei da ponderação pode ser dividida em três momentos: primeiro, deve ser comprovado o grau de não cumprimento ou prejuízo do direito fundamental; segundo, deve ser comprovada a importância do cumprimento do direito contrário, ou da medida estatal que restringiu o direito fundamental; e, por último, deve ser comprovado se a importância do cumprimento do direito colidente ou da medida estatal justifica o prejuízo ou o não cumprimento do direito constitucionalmente protegido.

A combinação de não cumprimento e prejuízo é um conceito duplo que expressa a dicotomia entre defesa e proteção. Se está diante de um direito fundamental como direito de defesa, a medida aplicada será como intervenção, pois exige uma omissão desse direito, intervenção significa prejuízo, assim será descrito como intensidade de intervenção. Quando tratar de direito de proteção, que ao contrário do direito de defesa

exige uma ação positiva, também poderá ser descrito como “prejuízo ou intervenção por não cumprimento” (Alexy, 2011, p. 138).

Como resultado da ponderação é estabelecida uma relação de precedência entre os direitos em colisão, devendo ficar comprovado se o grau de intensidade de intervenção no direito fundamental é justificado pelo grau de importância da realização do outro direito constitucionalmente protegido pela medida estatal. Pulido (2014) afirma que se trata de uma precedência condicionada porque o princípio que prevalece não adquire hierarquia em relação ao princípio afastado, apenas determina a solução no caso concreto.

Nesse sentido, a satisfação dos quatro subtestes do teste da proporcionalidade tem a pretensão de identificar a clareza e transparência na fundamentação da justificativa de intervenção no escopo de proteção do direito fundamental.

Conforme destacado no início deste capítulo, o Tribunal Constitucional Federal Alemão passou a empregar a proporcionalidade desde sua concepção, em 1951, em relevantes decisões, demonstrando a importância do amplo escopo de proteção dos direitos fundamentais e, em decorrência disso, a possibilidade de restrições ou limitações aos direitos protegidos constitucionalmente.

É notória a importância da origem da proporcionalidade na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão e da influência das decisões do Tribunal para a expansão global da aplicação do teste da proporcionalidade (Gavião Filho; Caye, 2022b). Desta forma, este estudo apresentará dois momentos de reflexão: primeiro, na próxima seção (3.1.2) será abordado como o Tribunal desenvolveu a metodologia da proporcionalidade, ou seja, como a proporcionalidade é estruturada para servir de critério argumentativo; e, segundo (na seção 3.2.1) será apresentado o teste da proporcionalidade na prática do Tribunal Constitucional Federal Alemão, a partir de uma análise quanti-qualitativa da aplicação prática do teste nas decisões do Tribunal.

3.1.2 A metodologia do teste da proporcionalidade no Tribunal Constitucional Federal Alemão

O teste da proporcionalidade construído pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão apresenta um modelo sequencial padrão dividido em quatro subtestes. Os quatro

subtestes compreendem: a finalidade legítima (propósito legítimo ou propósito digno); a adequação; a necessidade; e, a proporcionalidade em sentido estrito (Kremnitzer; Steiner; Lang, 2020). Por ser um modelo sequencial “uma medida é proporcional se atende aos quatro subtestes conjuntamente, sendo que a análise somente prossegue com o exame do subteste seguinte, caso atendido o subteste anterior” (Gavião Filho; Caye, 2022b, p. 324).

A análise de cada subteste acontece de modo independente em relação aos demais subtestes e, como a verificação segue uma ordem sequencial, quando houver falha em um dos subtestes já pode ser declarada a desproporcionalidade da medida examinada. Por exemplo: “se a medida atende aos dois primeiros subtestes, mas não atende ao subteste da necessidade, não há necessidade de se avançar com a análise da proporcionalidade em sentido estrito” (Gavião Filho; Caye, 2022b, p. 324).

No primeiro subteste, a análise tem como objetivo verificar se a medida estatal é utilizada para perseguir um fim constitucionalmente legítimo. A legitimidade, em geral, é usada para a comparação entre os meios e fins. Não é considerado um obstáculo substancial, porém, se a medida perseguir um fim que não é considerado constitucionalmente legítimo, poderá falhar no primeiro subteste. No segundo subteste, a medida estatal deve ser adequada para promover o fim legítimo. É uma fase considerada de etapa técnica, pois constitui uma condição prévia necessária para o terceiro subteste. No terceiro subteste, é analisado se a medida é necessária para a realização do fim constitucionalmente legítimo, observando que nenhum outro meio, também adequado, esteja disponível. Esse terceiro subteste, em geral, também não é considerado um obstáculo pelo Tribunal (Kremnitzer; Steiner; Lang, 2020).

No quarto e último subteste, a proporcionalidade em sentido estrito “está no cerne da concepção alemã de proporcionalidade” (Kremnitzer; Steiner; Lang, 2020, p.37). A intenção desse último subteste é a ponderação entre os benefícios obtidos pela medida estatal e os custos dessa violação no escopo de proteção dos direitos fundamentais.

Importante destacar a interação do último subteste, a proporcionalidade em sentido estrito, com os demais subtestes, do propósito legítimo, da adequação e da necessidade.

Na fase do propósito legítimo, sempre que o Tribunal Constitucional Federal Alemão menciona um propósito não legítimo, o grau de probabilidade da medida contestada ser considerada proporcional é fraco. Caso os dados indiquem que o propósito

perseguido pela medida estatal é ilegítimo, o Tribunal fará uma rigorosa análise da proporcionalidade, mas, provavelmente, não derrubará a medida nesse primeiro subteste (do propósito legítimo); essa determinação será feita no momento de avaliar a proporcionalidade em sentido estrito (Kremnitzer; Steiner; Lang, 2020).

Um exemplo é a decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão, BVerfGE 71, 183-202 (Alemanha, 1985b), relativa à proibição de anúncio publicitário de um sanatório administrado por um médico. A propaganda indicava a localidade do sanatório, além do nome e título de médico do proprietário. Na época, havia uma proibição para publicidades feitas por médicos, mas não para sanatórios; a discussão era se a proibição se estendia também para sanatórios.

No julgamento, o Tribunal concluiu que não era evidente qual interesse público justificaria essa restrição (Alemanha, 1985b). Mesmo assim, o Tribunal considerou ser necessário passar à análise do último subteste, a proporcionalidade em sentido estrito, para justificar a decisão, não bastando a conclusão de que a medida não perseguia um propósito legítimo. O argumento foi de que mesmo que houvesse razões para justificar a existência de interesses públicos suficientes para estender a regra de proibição de publicidade para sanatórios, a ponderação entre a intensidade da violação no direito fundamental e o peso das razões do interesse público, levariam à conclusão de que os limites da proporcionalidade foram excedidos (Alemanha, 1985b).

A interação do subteste da proporcionalidade em sentido estrito com os subtestes de adequação e da necessidade, pelo Tribunal Alemão, revela que existe uma preferência pela postergação da decisão com a análise do último subteste, mesmo quando há indícios de que a medida é inadequada e desnecessária. Ainda que o teste apresente falhas nos subtestes da adequação ou da necessidade, o Tribunal, na maioria dos casos, se abstém de determinar a inconstitucionalidade adiando essa determinação para a análise do último subteste, da proporcionalidade em sentido estrito. “O problema na aceitação de que existe uma medida menos restritiva do que a medida adotada pelo legislador constituiria uma infração significativa no domínio legislativo” (Kremnitzer; Steiner; Lang, 2020 p. 107). Dessa maneira, o Tribunal Constitucional Federal Alemão aceita a medida adotada pelo legislador e deixa para decidir após análise cuidadosa na fase da proporcionalidade em sentido estrito.

O caso do Consultor Fiscal, BVerfGE 69, 209-220 (Alemanha, 1985a), é um exemplo em que a medida foi considerada desnecessária e mesmo assim houve o prosseguimento da análise da proporcionalidade pelo Tribunal. No referido caso, a medida estatal exigia um pedido prévio de demissão de funcionários públicos e funcionários da administração tributária antes de ingressarem no cargo de consultor fiscal. O objetivo da medida era evitar conflitos de lealdade na administração da justiça fiscal. O Tribunal Constitucional Federal Alemão considerou a medida desnecessária, pois haveria medida menos restritiva para atingir o propósito legítimo, que seria exigir a demissão de funcionários após serem nomeados como consultores fiscais. Mesmo considerando que havia medida menos restritiva (subteste da necessidade), continuou a análise da proporcionalidade para decidir no último subteste, após ponderação entre a restrição da liberdade de ocupação do funcionário e o peso das razões da medida estatal, que era irracional exigir que o funcionário antes de ser admitido na nova função de consultor fiscal tivesse que pedir demissão, abandonando seu meio de subsistência (Alemanha, 1985a).

Nesse sentido, é evidenciado que a análise da proporcionalidade em sentido estrito desempenha papel central na resolução de casos constitucionais pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, enquanto os subtestes do propósito legítimo, adequação e necessidade ocupam uma função limitada na análise do teste da proporcionalidade.

Na aplicação do último subteste, o da proporcionalidade em sentido estrito (ponderação) pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, o elemento central é a comparação entre a gravidade da violação no direito fundamental e a importância da realização da finalidade pretendida pela medida. Em geral, o primeiro passo para a análise do teste da proporcionalidade estrito é a definição do dano específico imposto pela medida contestada, sobre o reclamante. Se é identificado um dano de peso elevado, a medida será descrita como restritiva ao exercício de um direito fundamental. O segundo passo é a verificação da importância do objetivo perseguido pela medida do legislador e, no terceiro passo, é analisado se essa medida é capaz de promover o objetivo perseguido (Kremnitzer; Steiner; Lang, 2020). Não há a precedência, em abstrato, de um direito fundamental sobre o interesse público, ou vice-versa; a decisão será construída após a ponderação a partir das circunstâncias do caso concreto.

A forma de atuação do Tribunal Constitucional Federal Alemão na análise do subteste da proporcionalidade estrita não indica uma forma específica de ponderação, podendo ser agrupada em três modalidades distintas de raciocínio. A primeira modalidade de raciocínio consiste na ponderação, num sentido próprio da palavra. É a ponderação direta dos benefícios de uma medida de interesse público em detrimento dos custos pela violação nos direitos fundamentais. Essa ponderação requer a otimização dos interesses constitucionais contraditórios (Kremnitzer; Steiner; Lang, 2020).

Os conflitos entre normas de direitos fundamentais não são resolvidos por meio de hierarquia. Ainda que a Lei Fundamental da República da Alemanha separe a dignidade humana dos demais direitos fundamentais de forma a compreender uma certa hierarquia, conforme o “Artigo 1 (1) A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público; (2) [...] reconhece, por isto, os direitos invioláveis e alienáveis da pessoa humana” (Alemanha, 2022 [1949]) o Tribunal Constitucional Federal Alemão não reconhece hierarquia entre os direitos fundamentais e sustenta que todos os direitos fundamentais são “formas concretizadas do princípio da dignidade humana” (Kremnitzer; Steiner; Lang, 2020, p. 117). Nesse sentido, o objetivo é a busca do equilíbrio dos valores concorrentes.

A segunda modalidade de raciocínio trata sobre a reparação de dificuldades. A lei contestada, em geral, contém regras rígidas que não deixam espaço para exceções, para casos de subgrupos que são afetados pela lei de forma grave. A lei é inquestionável para a maioria, todavia, apresenta uma carga excessiva para uma minoria específica. No direito de família, esses casos dizem respeito a valores tradicionais da família, como heterossexualidade, casamento e linhagem de nomes da família. No direito econômico e comercial estão relacionados a regulamentação econômica, como no caso da proibição de fumar, por exemplo. Nesses casos, o Tribunal Constitucional Federal Alemão não questiona a lei na sua totalidade; após ponderação, exige que o legislador promulgue exceções, cláusulas ou medidas transitórias para evitar as dificuldades (Kremnitzer; Steiner; Lang, 2020).

A terceira modalidade de raciocínio diz respeito à forma de adaptação restrita; significa que uma lei violadora de direitos constitucionais deve incluir em seu escopo apenas o que é estritamente necessário para atingir seu propósito, com a finalidade de minimizar, na maior extensão possível, a violação do direito fundamental. A intenção é

atingir uma solução viável, assim, é possível identificar algumas regras práticas que são indicativos na tomada de decisões pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão. As regras referem-se à ligação entre a gravidade da violação e a importância da violação para atingir o propósito legítimo. Dessa forma: quanto mais importante for um determinado aspecto do direito e quanto mais grave for a violação, mais justificada e importante deve ser a finalidade perseguida pela medida estatal violadora do direito. Uma medida será desproporcional se o resultado da violação ao direito fundamental for grave, tendo maior peso (importância) do que os interesses públicos perseguidos pela medida. Por outro lado, a medida pode ser aceita como proporcional se a importância da medida para atingir o fim representa uma violação de intensidade baixa no direito fundamental. Se tanto a importância do fim perseguido pela medida legislativa e o direito fundamental recebem o mesmo peso, essa “regra de polegar” não oferece auxílio na tomada de decisões (Kremnitzer; Steiner; Lang, 2020, p. 124-126).

Mais recentemente, esse modelo sequencial padrão do teste da proporcionalidade não tem sido rigorosamente empregado. O Tribunal Constitucional Federal Alemão, mesmo reconhecendo a desproporcionalidade nos primeiros subtestes, raramente deixa de analisar todos os subtestes, ou pode acontecer de verificar o primeiro subteste do propósito legítimo e ir direto para a análise do último subteste, o da proporcionalidade em sentido estrito, não verificando o segundo e terceiro subtestes, da adequação e da necessidade (Gavião Filho; Caye, 2020). A constatação desta forma de atuação será abordada na seção 3.2.1, quando será apresentada a aplicação do teste da proporcionalidade na prática das decisões do Tribunal Constitucional Federal Alemão, a partir dos resultados de uma análise quanti-qualitativa.

Como demonstrado, o teste da proporcionalidade é composto de uma estrutura básica de quatro subtestes, que orientam a sua aplicação, com grande importância no último subteste, o da proporcionalidade em sentido estrito, a ponderação.

Apesar do teste da proporcionalidade ter como pretensão a verificação de justificção racional em casos de restrições ou limitações aos direitos fundamentais, alguns autores apresentam críticas à racionalidade desse critério metodológico, no entanto, essas críticas podem ser respondidas. Essa abordagem será apresentada na próxima seção.

3.2 CRÍTICAS E RESPOSTAS AO TESTE DA PROPORCIONALIDADE

A busca pela aspiração da racionalidade pelo teste da proporcionalidade traz à tona a discussão referente à ponderação e a máxima da proporcionalidade, bem como é tema de várias críticas. Essa estrutura é impugnada por “céticos radicais da ponderação como Habermas e Schlink” (Alexy, 2011, p.133), quando asseguram que faltam critérios racionais para a ponderação e que para o exame da proporcionalidade resta a subjetividade do intérprete.

A discussão em torno das críticas e respostas ao teste da proporcionalidade tem vital importância, pois, decorre do entendimento de que os direitos fundamentais, ao serem limitados ou restringidos, necessitam de um critério para verificar a justificação racional das limitações ou restrições.

Uma das críticas mais relevantes é se a ponderação é um procedimento racional para a aplicação de normas jurídicas ou um mero subterfúgio retórico, útil para justificar todas as decisões judiciais (Pulido, 2007). As objeções que são lançadas contra a racionalidade do teste da proporcionalidade ocupam um importante papel na teoria dos princípios, pois, não sendo possível rechaçá-las e, então, demonstrar a sua objetividade, os princípios seriam normas irracionais e, assim, poderiam ser rejeitados.

Existem diversas críticas que rechaçam a possibilidade de racionalidade do teste da proporcionalidade. As principais objeções se referem à irracionalidade, à incomensurabilidade e à subjetividade do quarto subtteste da proporcionalidade em sentido estrito - a ponderação. A questão é se o teste da proporcionalidade realizado entre princípios e/ou direitos constitucionalmente protegidos alcança uma fundamentação ou argumentação racional.

3.2.1 A irracionalidade, a incomensurabilidade e a subjetividade da fórmula peso

A principal objeção ao teste da proporcionalidade é a irracionalidade apresentada por Habermas (2012). Essa objeção diz que o intérprete jurídico está autorizado a decidir conforme seus valores e intuições morais, o que ocasiona o comprometimento da generalidade e da segurança jurídica. Partindo da premissa de que não há medida racional para a ponderação o resultado será de decisões arbitrárias ou

irrefletidas. Habermas (2012) também sustenta que inexiste um ponto de referência jurídica, um critério objetivo, racional e obrigatório que possa ser utilizado pelo intérprete para fundamentar a ponderação. Essa falta de critérios faz desaparecer a exigência de justificação das decisões judiciais.

Para Pulido (2007), a irracionalidade acena para três objeções: a indeterminação conceitual; a incomparabilidade e incomensurabilidade a que se enfrenta a sua aplicação; e, a impossibilidade de prever os resultados. A indeterminação conceitual é apoiada no argumento de que não existem critérios jurídicos vinculantes ao juiz que possam ser utilizados para controlar as decisões judiciais na ponderação de princípios. Não sendo possível assegurar a objetividade da ponderação, ela seria uma estrutura vazia, que se completa com a apreciação subjetiva do juiz, de caráter empírico e normativo.

A segunda objeção aborda a incomparabilidade e incomensurabilidade dos princípios que se ponderam. Ela diz ser impossível a comparação de princípios porque não existe uma organização hierárquica entre os princípios ponderados. Se não existe uma unidade de medida comum, não tem como determinar o peso correspondente a cada princípio ponderado e fundamentar a relação de precedência entre eles em cada caso de colisão. A última objeção diz que a ponderação é irracional porque é impossível prever seus resultados. Afirma que as decisões jurídicas são determinadas pelas características singulares do caso concreto e não por critérios gerais, o que sacrifica a certeza e a coerência do Direito, promovendo a insegurança jurídica (Pulido, 2007).

Pulido (2007) acrescenta que existe um nexo entre essas três objeções: a impossibilidade de prever os resultados da ponderação se dá devido a indeterminação conceitual e o principal fator que motiva essa indeterminação é a falta de uma medida comum que possibilitaria definir um peso dos princípios relevantes em cada caso concreto.

A incomensurabilidade, apesar de não ser apresentada de forma satisfatória, é frequentemente considerada como constituindo “a crítica mais eficaz da ponderação” (Klatt; Meister, 2012, p. 58).

Tsakyraakis (2009a) vê a proporcionalidade como um ataque aos direitos fundamentais. Ele acredita que levar casos à análise do “teste da proporcionalidade vai contra as intuições básicas sobre o significado dos direitos humanos” (Tsakyraakis, 2009a, p. 307) e, assim, apresenta diversas objeções em relação a incomensurabilidade; o autor

afirma que a ponderação não explica como os interesses devem ser ponderados. Adotar um teste da proporcionalidade pode significar a negligência da complexidade da avaliação moral e da complexidade dos direitos. “Tende a ignorar, ou pelo menos não apreciar adequadamente, o fato de que nosso universo moral inclui ideias não passíveis de quantificação” (Tsakyrakis, 2009b, p. 475). Alguma forma de utilitarismo seria a única maneira de obter uma métrica comum, uma teoria moral que admite que todos os interesses são redutíveis a alguma métrica partilhada, então, os interesses poderiam ser medidos uns contra os outros. Entretanto, essa tática seria arriscada. Assim, argumenta que “a ponderação só faz sentido contra o pano de fundo de vários valores conflitantes. Se todos os valores forem redutíveis a uma métrica comum, o problema que deu origem à necessidade de um método de ponderação se dissolve” (Tsakyrakis, 2009b, p. 471).

Esse argumento da incomensurabilidade que acena contra a ideia de uma métrica comum para a ponderação, pode ser dividido em duas variantes. A primeira variante afirma que não é possível quantificar as ideias do universo moral. A segunda variante supõe que todos os interesses são, em última análise, redutíveis a alguma métrica compartilhada e, assim, poderiam ser medidos. “A diferença entre as duas variantes é que enquanto a primeira se refere a princípios únicos, a segunda depende da relação entre, pelo menos, dois princípios” (Klatt; Meister, 2012, p. 59).

Outra objeção de Tsakyrakis ao teste da proporcionalidade é que tanto os direitos quanto o interesse público são considerados interesses que podem ser pesados um contra o outro, no mesmo nível. A crítica é que a proporcionalidade pretende resolver conflitos de valores avaliando o grau de sua coexistência relativa, ignorando qualquer discurso sobre prioridades. Os valores dos direitos humanos não gozam de nenhuma prioridade em relação a outros interesses públicos. Dessa forma, os direitos humanos (fundamentais) podem ter prevalência quando o interesse público alcança uma medida menos restritiva, mas podem ser restringidos quando a medida parece proporcional ao fim legítimo.

Tsakyrakis (2009b) apresenta, ainda, a objeção para o primeiro subtteste do teste da proporcionalidade, argumentando que mesmo interesses menores poderiam prevalecer sobre os direitos fundamentais. Questiona, por exemplo, se os sentimentos dos odiadores de esquimós podem ser permitidos na análise da ponderação; se a resposta for positiva, significa perder o status moral constitutivo que os direitos pressupõem, um status

que deveria ser inviolável. Dessa forma, a ponderação se apresenta “comprometida com uma visão pela qual tudo, mesmo aqueles aspectos de nossa vida mais intimamente associados ao nosso status de livres e iguais, está em jogo”, o que se encaixaria “na categoria de justificação ilícita” (Tsakyrakis, 2009b, p. 489).

Os direitos deveriam ter prioridade sobre os interesses públicos. Quando os direitos fundamentais, para serem protegidos, dependem da ponderação com interesses públicos, são privados da sua força normativa e proteção constitucional. “Se a constituição é o tipo de lei que inclui interesses estáveis e proposições cognoscíveis torna a própria ideia de tal constituição fútil” (Tsakyrakis, 2009b, p. 470). Assim, para Tsakyrakis (2009b) se a proteção conferida pela constituição é condicional às circunstâncias do caso concreto e o resultado vai depender da ponderação entre os interesses, essa ponderação vai levar à insegurança jurídica.

Tsakyrakis (2009b) afirma que o teste da proporcionalidade impede qualquer raciocínio moral. Ele sugere que as tensões entre valores podem ser reduzidas a questões de intensidade ou grau e que a intensidade e o grau podem ser medidos com uma métrica comum que apresentará a solução para o conflito. Assim, o teste da proporcionalidade pretende ser objetivo, neutro e totalmente alheio a qualquer raciocínio moral. Outra objeção é em relação ao cálculo da ponderação. Tsakyrakis (2009b) argumenta que a ponderação não apresenta uma precisão, não apresenta uma métrica quantitativa e mecanicista.

A ponderação também recebe críticas relativas à subjetividade e intuicionismo. Poscher (2012) alega ser a lei da ponderação uma fórmula universal para todo discurso prático. Afirma, também, que não é evidente qual a vantagem que a ponderação de princípios deveria ter sobre outras formas de conhecimento prático, como a intuição moral, por exemplo, visto que o próprio processo de ponderação depende da intuição sobre o peso relativo dos princípios conflitantes.

Jestaedt (2012) apresenta várias críticas, sendo que o ponto principal é a alegação de que a doutrina da proporcionalidade representa a teoria universal dos direitos fundamentais e é muito grande, irremediavelmente fora de proporção. Ele também sustenta que a fórmula peso mantém a promessa de um grau de certeza e precisão na aplicação que é incapaz de manter, que a precisão do processo de ponderação, bem como a capacidade de torná-lo lógico, é altamente limitável. Afirma, ainda, que a doutrina da

proporcionalidade, aplicada universalmente, destrói os diferentes níveis do sistema jurídico (constituição, estatuto, regulamento, ordem, ato administrativo, decisão judicial, contrato, etc.), o que leva a uma superconstitucionalização de todo o ordenamento jurídico.

3.2.2 Respondendo às críticas ao teste da proporcionalidade

Com a pretensão de afirmar a importância da utilização do teste da proporcionalidade como critério metodológico capaz de verificar se os argumentos utilizados para fundamentar as restrições aos direitos fundamentais estão racionalmente justificados, são elencadas algumas das respostas contra as principais críticas ao teste da proporcionalidade, que remetem à irracionalidade, à incomensurabilidade e à subjetividade da fórmula peso.

3.2.2.1 Irracionalidade

Gavião Filho (2011) em resposta à objeção da irracionalidade apresentada por Habermas (2012) argumenta que a ponderação não pode ser considerada irracional e que configura perigo à segurança jurídica pelo fato de autorizar ao intérprete a decidir conforme valores e intuições. Para o autor, os juízos de valor estão presentes na aplicação das normas jurídicas, por exemplo, quando se explica termos jurídicos indeterminados como o termo ‘saúde’ e ainda assim podem ser sustentados por bons argumentos. As objeções contra a racionalidade da ponderação podem ser respondidas se forem observados os passos da ponderação e cumpridas as “regras da estrutura e as regras da razão da ponderação” (Gavião Filho, 2015, p. 152).

São quatro as regras da estrutura da ponderação. A primeira regra é a própria lei da ponderação, ela diz como o juiz deve decidir. “R.P.1 - Quanto mais alto é o grau de intensidade de intervenção em um princípio, tanto maior deve ser o grau de importância de realização de outro princípio” (Gavião Filho, 2015, p.153).

A segunda regra - R.P.2, é a atribuição de graus. Ela é realizada em três passos, sendo que o primeiro e segundo passos dizem o que o juiz deve fazer: “O grau de intensidade de intervenção e o grau de importância de realização em um princípio deve ser atribuído e justificado”. O terceiro passo, diz o resultado: “O grau de intensidade da

intervenção em um princípio deve ser justificado pelo grau de importância de realização de outro princípio” (Gavião Filho, 2015, p. 153).

Devem ser apresentadas as razões que justificam a intensidade de intervenção em um princípio por meio de premissas empíricas seguras e confiáveis, com a indicação da comparação em casos similares e com a intensidade da afetação sobre a eficácia, a duração, a probabilidade e a extensão da medida da intervenção (Gavião Filho, 2015).

A terceira regra da estrutura da ponderação diz que: “R.P.3 - Determinado o grau de intensidade de intervenção em um princípio e o grau de importância de realização de outro princípio, eles devem ser postos em uma relação de prevalência” (Gavião Filho, 2015, p. 158). Deve ser respondido se o grau de intensidade de intervenção em um princípio e o grau de importância de realização de outro princípio podem ser comparados.

Alexy (2011) afirma que a comparabilidade é referente ao significado para a Constituição (e não a comparação imediata de alguns objetos). Trata-se da aplicação da escala triádica no modelo simples ou duplo. Nesse sentido, a objeção da incomparabilidade e da incomensurabilidade são afastadas pela possibilidade de comparação.

Após a atribuição de graus, se o resultado da relação de prevalência é a primazia de um princípio sobre o outro, é formulada a regra: “R.P.4 - Quando da relação de precedência condicionada resulta a precedência de um princípio sobre o outro, está ordenada a consequência jurídica do princípio ganhador da primazia” (Gavião Filho, 2015, p. 160).

Contudo, não basta a indicação do resultado da precedência de um princípio sobre o outro. Para fundamentar como o juiz definiu os graus de intensidade de intervenção e de importância de realização dos princípios e/ou direitos constitucionalmente protegidos, é sugerida a utilização das regras da razão da ponderação.

São cinco as regras da razão da ponderação. Elas devem observar as regras da justificação interna, relação das premissas empregadas e a justificação externa: “R.P.5 - As razões da ponderação devem ser dadas conforme as regras da argumentação prática geral e da argumentação jurídica” (Gavião Filho, 2015, p. 163-165). As razões devem ser apresentadas de forma uniforme, clara e precisa e devem ser apresentadas razões que suportem o juízo de valor ou de dever. Assim, as regras: “R.P.6 - Os juízos de valor e de dever usados nas razões da ponderação devem ser passíveis de universalização” e, “R.P.7

- Os juízos de valor e de dever usados nas razões da ponderação devem ser saturados” (Gavião Filho, 2015, p. 163-165).

Para apoiar as proposições valorativas e normativas, bem como, os argumentos interpretativos, devem ser elencados um conjunto completo de razões e deve ser observada a *primazia prima facie* dos argumentos semânticos, genéticos e sistemáticos sobre os argumentos práticos gerais, assim como observar o princípio da universalidade. Assim, as regras: “R.P.8 - Os juízos de valor e de dever usados nas razões da ponderação devem observar as regras e as primazias dos argumentos jurídicos interpretativos” e, “R.P.9 - Os juízos de valor ou de dever das razões da ponderação que se afastam das proposições dos precedentes devem ser justificados” (Gavião Filho, 2015, p.168).

Com referência ao uso dos precedentes, cabe o entendimento da argumentação jurídica de que havendo um precedente a favor ou contra uma decisão, ele deve ser mencionado. Isso ordena que sejam consideradas as razões da ponderação anteriormente realizadas nos precedentes, em virtude ao princípio da universalização e isonomia. Por outro lado, para o juiz não seguir o precedente, deverá lançar mão da carga da argumentação. O juiz, então, poderá rejeitar o precedente, justificando que não há semelhança e/ou relevância com o caso comparado, ou poderá afastar o precedente, rejeitando-o pela justificativa de que não se aplica mais aquela interpretação, devido à evolução do direito.

As regras da razão pretendem o alcance da racionalidade da proporcionalidade. Se juízes e tribunais consolidam um juízo sobre um determinado grau de intensidade de interferência em um princípio, em determinada situação da vida que tem como base razões universalizáveis ajustadas em premissas consistentes e coerentes, haverá maior racionalidade e menor espaço para ações subjetivas e irracionais.

3.2.2.2 *Incomensurabilidade*

Para responder às objeções referentes à incomensurabilidade apresentadas por Tsakyrakis (2009b) quando afirma que a ponderação não explica como os interesses devem ser ponderados, sugerindo uma forma de utilitarismo como teoria moral, Klatt e Meister (2012, p. 64) chamam essa tese de “argumento da falta de neutralidade moral”. A ponderação é moralmente neutra; dessa forma, estabelecer que a ponderação deve

adotar uma teoria moral exclusiva em vez de ser moralmente neutra, significaria um enfraquecimento do teste da proporcionalidade.

Tsakyraakis (2009b) apresenta a objeção de que no primeiro subteste do teste da proporcionalidade, tanto os direitos fundamentais quanto o interesse público, são considerados interesses que podem ser pesados um contra o outro no mesmo nível e, então, interesses menores poderiam prevalecer sobre os direitos fundamentais. Klatt e Meister (2012), aceitam a crítica de que esta abordagem não protege adequadamente os direitos fundamentais. Respondem que é necessário compreender a aplicação do teste da proporcionalidade no modelo de interesses, no qual, na análise do primeiro subteste, o objetivo legítimo é qualquer objetivo legal. Assim, qualquer interesse legítimo pode ser perseguido por uma medida estatal que infrinja um direito fundamental, tanto os direitos constitucionais como todos os interesses públicos concorrem no mesmo nível. “O direito fundamental pode, portanto, ser, pelo menos teoricamente, superado por qualquer interesse legal, mesmo que menor” (Klatt; Meister, 2012, p.16), não sendo o modelo de interesse um modelo convincente.

Entretanto, quando Tsakyraakis (2009b) afirma que os direitos fundamentais deveriam ter prioridades sobre os interesses públicos, como resposta é apresentado o modelo de “trunfos fraco, que contém três *firewalls*” (Klatt; Meister, 2012, p.25), o qual garante a eficácia da proteção constitucional. De forma contrária ao modelo de interesse, somente objetivos legítimos constitucionalmente são considerados adequados para concorrer com um direito fundamental no primeiro subteste da proporcionalidade. Assim, estariam excluídos os interesses menores; os interesses públicos precisam ter status constitucional para ser capaz de anular um direito fundamental. A não priorização dos direitos fundamentais sobre os interesses públicos constitucionais não constitui falta de adequação da prioridade dentro da estrutura da proporcionalidade. De acordo com a fórmula de peso, existe a possibilidade de atribuir pesos abstratos diferentes aos direitos e interesses públicos. Portanto, na análise do caso concreto, direitos fundamentais podem receber prioridade sobre outros direitos individuais, bens coletivos ou interesses públicos de menor importância (Klatt; Meister, 2012).

Tsakyraakis (2009a) levanta a crítica de que se a proteção conferida pela constituição é condicional às circunstâncias do caso concreto e o resultado vai depender da ponderação entre os interesses; essa ponderação vai levar à insegurança jurídica.

Este argumento não é convincente. A ponderação oferece a melhor previsibilidade possível, uma vez que todos os interesses conflitantes são considerados de forma clara e aberta em cada caso, de acordo com a lei da ponderação (Alexy, 2012). Ainda que haja a incerteza quanto ao resultado da ponderação, porque ele não é previsível, pois vai depender das particularidades do caso concreto, a incerteza é reduzida ao mínimo (Klatt; Meister, 2012).

A objeção de que o teste da proporcionalidade impede qualquer raciocínio moral (Tsakyrakis, 2009a) é aceita como verdadeira. “Somente uma abordagem muito ingênua chegaria à conclusão de que qualquer raciocínio jurídico poderia ser livre de valores e privado de quaisquer considerações morais” (Klatt; Meister, 2012, p. 52), porém, não é verdade que a ponderação tende a disfarçar os fundamentos morais do teste da proporcionalidade. A partir da justificação interna e externa, a teoria da argumentação jurídica esclarece a relação entre a argumentação moral e a argumentação jurídica. A justificação interna está relacionada a estrutura formal da ponderação, conforme apresentado pela fórmula do peso onde o resultado é deduzido dos valores que foram atribuídos às variáveis, seguindo as regras da aritmética. A argumentação moral é realizada na justificação externa, onde a ponderação estará subordinada a avaliação de intensidades e pesos, o que implica em considerações morais (Klatt; Meister, 2012).

Tsakyrakis (2009b) argumenta, ainda, que o cálculo da ponderação não apresenta uma precisão, uma métrica quantitativa e mecanicista. A resposta para essa crítica é o modelo de ponderação de Alexy (2012) que aceita a inclusão de números na fórmula peso. Entretanto, é advertido que não se trata de uma atividade mecânica ou matemática. Os números da fórmula peso são “uma ferramenta heurística que representa avaliações de, por exemplo, uma infração com um direito como leve, moderada ou grave, que ajudam a tornar explícita a estrutura interna da ponderação, dando mais racionalidade ao processo” (Klatt; Meister, 2012, p. 57).

Por último, Tsakyrakis (2009b) sustenta que se a objeção da incomensurabilidade estivesse errada e “se todos os valores fossem redutíveis a uma métrica comum, então a necessidade de um método de ponderação se dissolve” (Tsakyrakis, 2009b, p. 471). O contra-argumento tem como base as três etapas da ponderação, que exigem o estabelecimento: do grau de não satisfação de um princípio; da importância de satisfazer o princípio concorrente; e, de qual dos dois princípios tem o

maior peso concreto, ou seja, estabelecer se a importância de satisfação de um princípio justifica a não realização do outro princípio colidente.

O modelo de ponderação apresenta o que é relevante para estabelecer a ponderação juridicamente correta dentro das possibilidades do caso concreto, ou seja, justificar racionalmente as proposições sobre intensidades de interferência e grau de importância. Além disso, é preciso ter ciência de que o procedimento da ponderação em três etapas representa apenas o modelo simples. Ao incorporar mais variáveis para representar os pesos abstratos dos princípios, bem como, a certeza epistêmica das premissas empíricas e normativas usadas na ponderação, “o modelo de ponderação será muito mais complexo, e assim, a alegação de abandonar a ponderação uma vez que uma escala comum seja concedida está completamente fora de questão” (Klatt; Meister, 2012, p. 66).

Pulido (2007) sustenta que as objeções relativas à indeterminação conceitual, a incomparabilidade e a incomensurabilidade, podem ser refutadas com a lei da ponderação e a fórmula do peso de Alexy. Klatt e Meister (2012, p. 63) alertam para o entendimento de que a “incomensurabilidade não implica incomparabilidade”, a comparabilidade pode ser estabelecida pela escala triádica, assim, a ponderação será realizada desde que a comparação entre os princípios colidentes seja estabelecida, “não importando se os princípios são incomensuráveis no sentido forte ou fraco ou em qualquer outro sentido” (Klatt; Meister, 2012, p. 63). Assim, não se aplicam as objeções à incomensurabilidade da ponderação.

3.2.2.3 Subjetividade da fórmula peso

Para responder a crítica da subjetividade da fórmula peso, Alexy (2015) lança mão do significado metaético para intuicionismo. Na esfera metaética, é alegado que a classificação da intensidade da interferência e dos pesos abstratos estabelecidos pela fórmula peso são nada além de manifestações de experiências de evidências. Essas manifestações de experiências de evidências são, no final das contas, subjetivas. Para essa alegação, é respondido que não se trata de experiências de evidências, mas sim de juízos, e que esses “juízos são racionais na medida em que discursos práticos racionais são possíveis” (Alexy, 2015, p. 219).

Alexy (2012) concorda com o argumento de Jestaedt (2012) de que a doutrina da proporcionalidade implica, em princípio, que toda relação jurídica pode ser construída como uma colisão de direitos constitucionais uns com os outros ou com bens coletivos. Porém, Alexy discorda quando Jestaedt (2012) afirma que tudo é ou exigido ou garantido pela Constituição (destruindo os níveis do sistema legal), e complementa: “um dos principais pontos da fórmula peso é de que uma discricção considerável cabe ao legislador” (Alexy, 2012, p. 335).

A resposta de Alexy (2012) para a objeção de que a doutrina da proporcionalidade é irremediavelmente fora de proporção é diametralmente oposta às alegações de Jestaedt (2012): a doutrina da proporcionalidade, conforme resumida na fórmula peso, é a base de uma abrangente teoria universal de direitos fundamentais. Referente à objeção dirigida à fórmula peso, Alexy (2012) concorda que, de fato, a fórmula peso não diz como os pesos concretos que devem ser inseridos na fórmula são identificados, medidos e comparados, mas diz o que deve ser estabelecido ou justificado, ou seja, a intensidade da interferência, os pesos abstratos e a confiabilidade das premissas relevantes.

Os valores que devem ser substituídos pelas variáveis da fórmula peso representam proposições sobre esses três fatores em ambos os lados do processo de ponderação, “por exemplo, a proposição de que a violação do direito de personalidade em certo caso é grave. Tal proposição pode ser justificada e, é claro, deve ser justificada” (Alexy, 2012, p. 334). Isso só pode ser feito por meio de argumentos. Assim, a fórmula peso resulta ser uma forma argumentativa do discurso jurídico racional. Por esta razão, a fórmula peso é exatamente “o inverso de uma mera ilusão, uma quimera metodológica ou uma fachada retórica” (Alexy, 2012, p. 335) .

A fórmula peso é uma tentativa de demonstrar a estrutura da ponderação, com a ajuda de um modelo matemático, na solução de casos em que ocorre a colisão de princípios colidentes. Nesse contexto, com o objetivo de contribuir na justificação das razões utilizadas na ponderação evitando a discricionarieidade e a insegurança jurídica, a fórmula peso tem a pretensão de racionalidade.

3.2.3 A pretensão de racionalidade da fórmula peso

A racionalidade do teste da proporcionalidade será atingida caso seja possível a demonstração de proposições racionais sobre o grau de não-cumprimento ou prejuízo de um princípio ou direito constitucionalmente protegido, sobre o grau de importância de realização do outro princípio colidente ou da medida estatal restritiva.

Para auxiliar na fundamentação dos argumentos escolhidos quando ocorre a restrição de um direito fundamental é indicada a fórmula peso Alexy. A representação dos conceitos na fórmula peso, é sugerida através de símbolos, conforme demonstrado a seguir (Alexy, 2011):

- a) os princípios em colisão são representados por P_i e P_j ;
- b) a intensidade da intervenção e o grau de importância de cumprimento nos princípios é representada por IP_i e IP_j ou simplesmente I_i e I_j ;
- c) o peso concreto de um princípio, P_i , relativamente ao outro princípio, P_j , é representado por $G_{i,j}$.

Para definir a intensidade de intervenção no P_i (I_i) e o grau de importância do cumprimento no P_j (I_j), são atribuídos os graus leve, médio ou grave, conforme as circunstâncias do caso concreto.

Alexy (2011) propõe a representação dos pesos da escala triádica por valores em escala geométrica, utilizando os valores 2^0 , 2^1 e 2^2 , o que significa 1, 2 e 4. Essa consequência geométrica diferencia-se da aritmética pelo fato dos intervalos entre os graus serem crescentes e não iguais. Assim, os princípios com intensidade de intervenção ascendente terão mais força. Ao peso leve será atribuído o grau 1; ao peso médio, o grau 2; e, ao peso grave, o grau 4.

Os pesos abstratos dos princípios são estabelecidos antes de considerar as particularidades do caso concreto e somente são incluídos se possuem valores diferentes, pois se são iguais, se neutralizam (Alexy, 2011).

O grau de segurança das suposições empíricas, ou segurança epistêmica, representa o que a medida a ser aplicada significa para a não realização de um princípio e para a realização do outro (Leivas, 2015). Nesse contexto, Alexy propõe a segunda lei da ponderação, a qual refere que “quanto mais grave uma intervenção em um direito fundamental pesa, tanto maior deve ser a certeza das premissas apoiadoras da

intervenção”. Como essa lei não está direcionada para a importância material das razões que apoiam a intervenção ela é chamada de “lei da ponderação epistêmica” (Alexy, 2011, p. 150).

Para a valoração dos graus, na lei de ponderação epistêmica também é proposto por Alexy (2011) uma escala triádica, composta por três graus epistêmicos: certo ou seguro; sustentável ou plausível; e, não evidentemente falso. Esses graus são representados por uma escala geométrica decrescente - 2^0 , 2^{-1} , e 2^{-2} -, assim, respectivamente, representada pelos valores 1, $\frac{1}{2}$ e $\frac{1}{4}$. A escala decrescente significa que quanto menor a segurança empírica menor será o valor adicionado à fórmula. Se existe certeza das premissas apoiadoras da intervenção em um princípio, o valor será 1, o que não afetará no resultado. Por outro lado, se as premissas são consideradas plausíveis ou não verdadeiramente falsas, os valores serão menores que 1 ($\frac{1}{2}$ e $\frac{1}{4}$) e, dessa forma, a incerteza prejudica a força de ataque.

A representação da “fórmula peso completa” (Alexy, 2011, p.151) é a seguinte:

$$G_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i}{I_j \cdot G_j \cdot S_j}$$

Onde $G_{i,j}$ é o peso concreto dos princípios (i, j) , I é a intensidade da intervenção, G representa o peso abstrato dos princípios e S diz respeito à segurança das suposições. Após o emprego dos valores na fórmula peso, um resultado com cociente maior que 1, dirá que P_i tem prevalência sobre P_j ; em um cociente menor que 1, P_j terá a prevalência sobre P_i ; e, se ocorrer um resultado igual a 1, haverá o empate de ponderação, no qual nenhum dos princípios terá a prevalência (Alexy, 2011). O empate representa uma abertura estrutural, onde a ponderação não seria útil. Quando o resultado da fórmula peso é o empate, nasce um espaço de ponderação estrutural, cria um espaço de decisão para o aplicador do direito que decidirá a prevalência de um princípio sobre o outro (Klatt; Meister, 2015).

Alexy (2011) continua a defesa da proporcionalidade em sentido estrito trazendo exemplos. Um desses exemplos para comprovar que é racional a aplicação da proporcionalidade quanto aos graus de intervenção nos princípios, refere-se a uma decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão aos produtores de tabaco. Na decisão,

os produtores de tabaco foram obrigados a inserir advertências sobre os malefícios do tabaco à saúde. Os princípios ponderados foram a liberdade de profissão e a proteção da população frente aos perigos à saúde. Inserir advertências nos produtos do tabaco foi considerada uma intervenção relativamente leve na liberdade de profissão e o grau de importância de informar a população foi considerado alto. “O fundamento da intervenção grave justifica a intervenção leve” (Alexy, 2011, p. 134). Assim, o resultado da aplicação do teste da proporcionalidade em sentido estrito restou aceitável.

No Brasil, um exemplo que evidencia a aplicação do teste da proporcionalidade como critério para a avaliação da justificativa das medidas restritivas é citado por Gavião Filho (2022a). O tema é referente às justificativas do Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 811, quanto às restrições que afetaram a liberdade religiosa no período da pandemia de COVID-19 (Brasil, 2021d). Com o objetivo de evitar a aglomeração de pessoas e, assim, minimizar a contaminação do vírus, houve a proibição temporária de cultos, missas e outras atividades religiosas coletivas. A proibição representa uma restrição ao direito fundamental da liberdade religiosa em favor do direito fundamental à saúde

A proposta a seguir é a demonstração da utilização da fórmula peso no caso concreto para comprovar que é racional a aplicação da proporcionalidade quanto aos graus de intervenção nos princípios.

Primeiramente, realiza-se a identificação dos princípios fundamentais ou direitos em colisão. O primeiro princípio é o direito fundamental à liberdade religiosa; ele será representado por P_i . A liberdade religiosa é um direito fundamental, garantido no artigo 5º, inciso VI, da Constituição Federal do Brasil de 1988 (Brasil, 2023a); o segundo direito fundamental trata da proteção à saúde, que será representada por P_j . Refere-se ao direito fundamental à saúde que está positivado no artigo 196 da Constituição Federal do Brasil de 1988 (Brasil, 2023a).

O passo seguinte é determinar o grau de intensidade (leve, médio ou grave) de intervenção em cada princípio e/ou direito constitucionalmente protegido e, então, colocar um em relação ao outro. Nas razões do voto, o Ministro Gilmar Mendes traz a distinção entre a dimensão subjetiva interna e externa da liberdade de consciência religiosa, afirmando que a dimensão interna vinculada a consciência de religião não pode ser restringida, porém, a dimensão subjetiva externa que diz respeito à participação de

cultos, poderia ser limitada em casos excepcionais como a pandemia (Gavião Filho, 2022a). Assim, a intensidade de intervenção em Pi pode ser classificada como leve, pois o direito à liberdade religiosa não estaria sendo restringido em sua totalidade, no sentido de uma convicção religiosa, mas limitado apenas em parte, no que tange à participação presencial em cultos, missas e outras atividades religiosas.

Por outro lado, foi considerada alta a importância de realização da proteção à saúde pública e das pessoas. Esse grau de importância encontra justificção na gravidade do contágio do vírus da COVID-19, no aumento de casos e mortes motivadas pela doença e pela não capacidade de atendimento dos órgãos de saúde para atender a demanda.

Definidas as atribuições de graus e pontuadas através da escala triádica, onde o peso leve representa 1, o peso médio representa 2 e o peso grave representa 4, posteriormente, deve ser colocado um princípio em relação ao outro e, assim, o resultado diz qual é a relação de precedência condicionada.

Assim, tem-se a representação na fórmula peso, Ii leve ou fraco e Ij grave:

$$G_{i,j} = \frac{l_i}{l_j} \quad G_{i,j} = \frac{1}{4} = 0,25$$

Na relação de precedência condicionada Pj prevaleceu sobre Pi. Isso significa que o direito à saúde pública e da pessoa teve primazia sobre o direito de liberdade religiosa. Continuando a representação para a fórmula peso completa, faz-se necessário adicionar o peso abstrato de cada princípio colidente e o grau de segurança das suposições empíricas sobre a realização e a não realização dos princípios. Os pesos abstratos dos princípios em discussão não possuem valores diferentes. Não há razão para afirmar que o direito à liberdade religiosa tem um peso superior ao direito à saúde ou vice-versa. Nesse caso em que os pesos abstratos dos princípios possuem o mesmo valor eles se neutralizam e são representados da seguinte maneira na fórmula:

$$G_{i,j} = \frac{l_i \cdot G_i}{l_j \cdot G_j} \quad G_{i,j} = \frac{1 \cdot \cancel{1}}{4 \cdot \cancel{1}} = 0,25$$

A próxima variante a ser incluída na fórmula é o grau de segurança das suposições empíricas que apoiam a intervenção. Os valores numéricos para a importância das suposições empíricas também seguem uma escala triádica: certo ou seguro, equivale a 1, sustentável ou plausível, equivale a $\frac{1}{2}$ e, não evidentemente falso, equivale a $\frac{1}{4}$.

No caso em estudo, sugere-se que o grau de segurança das suposições empíricas que apoiam a intervenção no princípio da liberdade de religião é apenas sustentável ou plausível. A proibição da realização de cultos presenciais não prejudica a total liberdade religiosa. Já o grau de segurança das suposições que apoiam a intervenção em P_j é considerado seguro, pois restou configurada a necessidade de evitar aglomerações para o enfrentamento da crise sanitária, a fim de garantir o direito fundamental à saúde.

A intervenção leve em P_i , (I_i) seria apenas sustentável ou plausível; a intervenção em P_j , (I_j) pelo contrário, seria segura. Completando a fórmula peso, tem-se o seguinte:

$$G_{i,j} = \frac{l_i \cdot G_i \cdot S_i}{l_j \cdot G_j \cdot S_j} \quad G_{i,j} = \frac{1 \cdot \cancel{1} \cdot \frac{1}{2}}{4 \cdot \cancel{1} \cdot 1} = 0,125$$

O valor final é menor que 1, assim o P_j tem prevalência sobre o P_i . O resultado da fórmula peso, nesse caso concreto, autoriza a restrição ao direito à liberdade religiosa em prevalência do direito à saúde pública e da pessoa, igualmente à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

A fórmula peso, por si só, não basta para justificar a restrição. Ela é uma forma de demonstrar, matematicamente, o resultado da ponderação a partir das razões que foram utilizadas para justificar a intervenção no direito fundamental e, após a verificação de premissas empíricas seguras e confiáveis.

Apesar do uso de números, importante observar que a fórmula peso não é de forma alguma uma tentativa de substituir a ponderação por mero cálculo matemático. A fórmula peso “é uma ferramenta formal que permite tornar explícita a estrutura inferencial dos princípios da ponderação, assim como as ferramentas lógicas permitem tornar explícita a estrutura inferencial da subsunção de acordo com o silogismo legal” (Klatt; Meister, 2012, p. 13).

Para Gavião Filho, na análise da decisão do Supremo Tribunal Federal, apesar de não ser observado um rigor no cumprimento de todos os subtestes do teste da proporcionalidade “foi possível perceber grande esforço argumentativo no sentido de uma fundamentação racional da aplicação do teste da proporcionalidade” (Gavião Filho, 2022a, p. 33).

De toda a sorte, a ilustração da aplicação da fórmula peso de Alexy no caso apresentado, demonstra que é possível defender a racionalidade do teste da proporcionalidade em sentido estrito e, assim, responder a objeção da irracionalidade da ponderação.

A partir das respostas apresentadas, é possível ressaltar que as objeções contra a racionalidade da ponderação podem ser respondidas se forem observados os passos da ponderação e cumpridas as regras da estrutura e as regras da razão da ponderação. Além disso, as objeções relativas ao intuicionismo e subjetividade podem ser refutadas com a lei da ponderação e a fórmula peso de Alexy.

Por fim, a aplicação do teste da proporcionalidade pode ser racional se forem satisfeitos os requisitos dos quatro subtestes e para justificar as restrições e/ou limitações aos direitos fundamentais. Logo, a aplicação do teste da proporcionalidade é o critério metodológico que contribui para verificar se os argumentos utilizados na justificação das medidas restritivas no escopo de proteção dos direitos fundamentais estão justificados racionalmente. Esse critério tem sido amplamente utilizado pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão e já se percebe a utilização, ainda que de forma tímida, nas decisões do Supremo Tribunal Federal do Brasil.

3.3 ANÁLISE QUANTI-QUALITATIVA DA APLICAÇÃO DO TESTE DA PROPORCIONALIDADE PELO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO E SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DO BRASIL

O propósito da presente seção é analisar quanto o teste da proporcionalidade, como instrumento para avaliar as justificativas das intervenções e limitações nos direitos fundamentais, tem sido utilizado nas decisões do Tribunal Constitucional Federal Alemão e no Supremo Tribunal Federal do Brasil.

É de conhecimento, por ter sido originado no direito alemão, a utilização de forma mais sistemática do teste da proporcionalidade pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão e, no Brasil, a aplicação do teste ainda se manifesta de forma tímida, em grande parte não sistematizada e sequencial. Para confirmar essas informações, a seguir, será apresentada uma análise quanti-qualitativa da aplicação do teste da proporcionalidade na prática do Tribunal Constitucional Federal Alemão e do Supremo Tribunal Federal do Brasil.

3.3.1 O teste da proporcionalidade na prática do Tribunal Constitucional Federal Alemão

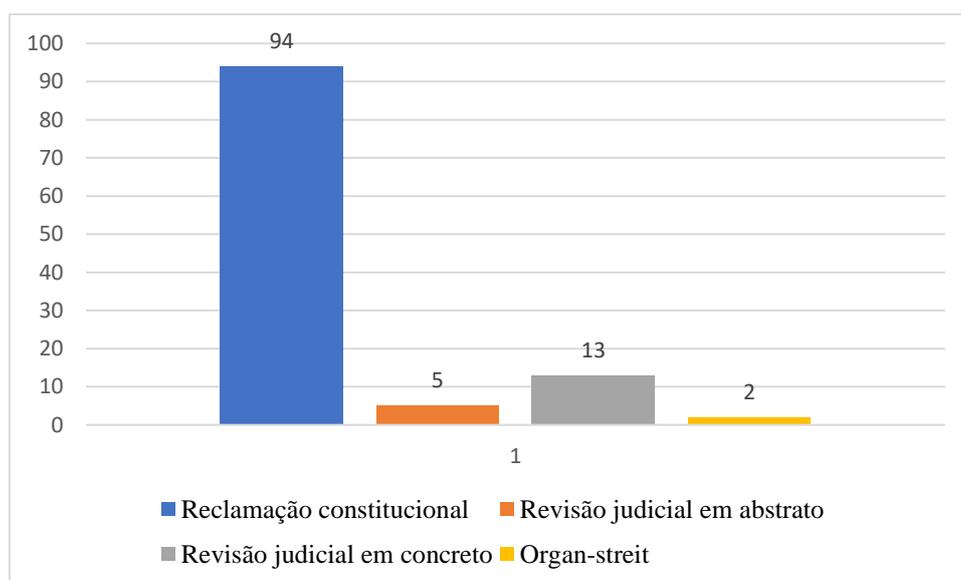
Kremnitzer, Steiner e Lang (2020) apresentam uma extensa e valiosa pesquisa quanti-qualitativa referente a aplicação do teste da proporcionalidade na Alemanha. A análise propõe apresentar como é aplicado o teste da proporcionalidade na prática do Tribunal Constitucional Federal Alemão. O sistema alemão de revisão constitucional segue o modelo centralizado de revisão judicial da Europa continental, a jurisdição do tribunal especializado limita-se a decidir questões constitucionais e só ele tem o poder de anular a legislação.

Os principais procedimentos previstos na Lei Básica Alemã que podem ser utilizados contra a violação dos direitos fundamentais são: a reclamação constitucional é um procedimento previsto no artigo 93(1) n.º4, inciso a (Alemanha, 2022) que autoriza a interposição de recursos de inconstitucionalidade por todo cidadão sob a alegação de ter sido prejudicado pelo poder público nos seus direitos fundamentais; o procedimento de revisão judicial em concreto é referido no artigo 100(1) (Alemanha, 2022) que vincula as decisões do tribunal constitucional com o judiciário; quando um tribunal considerar uma lei, de cuja validade dependa a decisão, como inconstitucional, ele terá de suspender o processo e submeter a questão à decisão do tribunal específico, de um Estado, ou à decisão do Tribunal Constitucional Federal, quando se tratar da violação desta Lei Fundamental; o procedimento de revisão judicial em abstrato está previsto no artigo 93(1) n.º 2 (Alemanha, 2022) que determina ao Tribunal Constitucional Federal decidir em caso de divergências ou dúvidas a respeito da compatibilidade formal e material da legislação federal ou estadual com a presente Lei Fundamental ou da compatibilidade da legislação

estadual com outras leis federais. Isso permite ao tribunal rever a constitucionalidade dos estatutos, na íntegra e independentemente dos fatos de um caso específico e resolver questões constitucionais antes que elas sejam encaminhadas à Corte. E, os procedimentos Organ-streit, artigo 93 I Nr. 1 BL.43 (Alemanha, 2022) são utilizados para resolver litígios entre órgão e instituições federais específicas.

Na pesquisa realizada por Kremnitzer, Steiner e Lang (2020), no período de investigação compreendido entre 2000-2017, foram encontrados 114 casos que aplicam o teste da proporcionalidade de forma sistemática. Dos 114 casos, 94 (82%) foram iniciados com o procedimento de reclamação constitucional; 5 casos (4%) iniciaram com a revisão judicial em abstrato; 13 casos (12%) referente aos procedimentos de revisão constitucional em concreto; e, 2 casos (2%) referente ao procedimento de Organ-streit. A Figura 1 apresenta a aplicação do teste da proporcionalidade por tipo recurso.

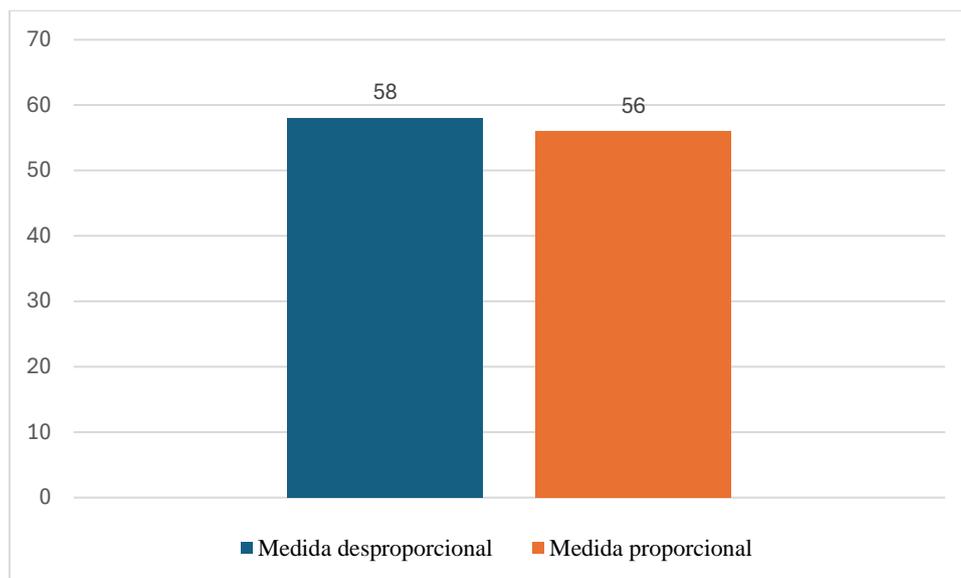
Figura 1 - Aplicação do teste da proporcionalidade por tipo de recurso



Fonte: elaborada pela Autora, com base em dados de Kremnitzer, Steiner e Lang (2020).

Destes 114 casos, para 58 deles (51%) o Tribunal confirmou a desproporcionalidade da medida, conforme Figura 2. Importante salientar que, para todos esses casos, em nenhum deles o Tribunal Constitucional Federal Alemão considerou que toda a lei era inconstitucional, ou seja, a legislação examinada foi considerada “apenas parcialmente desproporcional” (Kremnitzer; Steiner; Lang, 2020, p. 43).

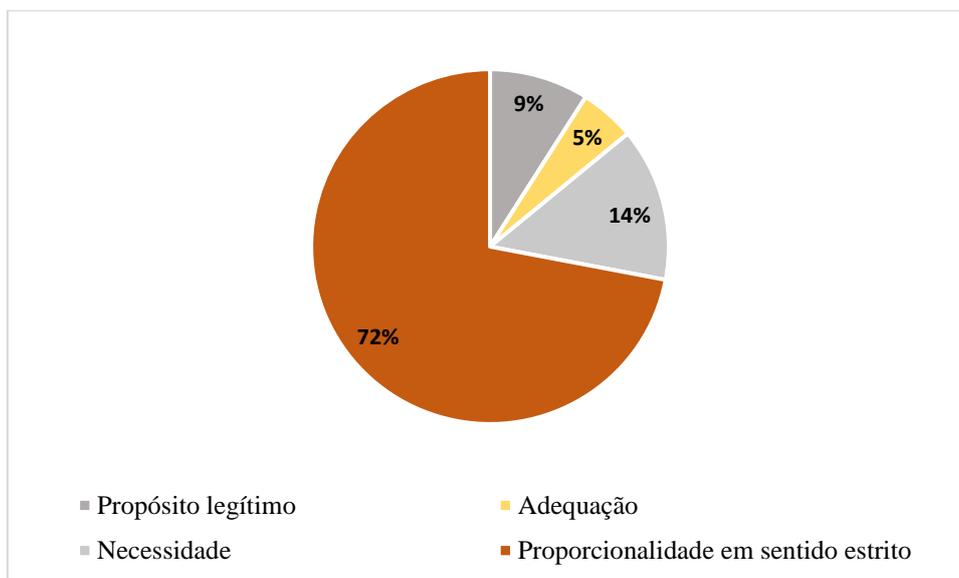
Figura 2 - Proporcionalidade da medida estatal



Fonte: elaborada pela Autora, com base em dados de Kremnitzer, Steiner e Lang (2020).

Para aferir em qual fase do teste existem as falhas que tornaram a medida desproporcional, foi apresentado o indicador de frequência de falhas em cada fase do teste da proporcionalidade. Os resultados demonstraram que em 9% dos casos a medida falhou na primeira fase, da perseguição de um fim digno; para 5% a falha foi observada na segunda fase, da adequação; em 14% dos casos a medida restou desproporcional na terceira fase, da necessidade; e, a grande maioria dos casos, 72%, a falha da medida foi identificada na aplicação da quarta fase do teste, a proporcionalidade em sentido estrito. Esse indicador demonstra que, raramente, uma medida estatal será considerada desproporcional por não perseguir um fim legítimo, por não ser adequada ou não ser o meio necessário para perseguir o fim (Kremnitzer; Steiner; Lang, 2020). A Figura 3 demonstra em que fase a falha da proporcionalidade foi identificada.

Figura 3 – Frequência de falhas em cada fase da análise de proporcionalidade



Fonte: elaborado pela Autora, com base em dados de Kremnitzer, Steiner e Lang (2020).

O teste de propósito digno é o único estágio da estrutura de proporcionalidade que é praticamente sempre abordado pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão. Para a análise da finalidade da lei, o Tribunal mistura elementos subjetivos e objetivos, utilizando como ponto de partida os propósitos declarados pelo legislador e justifica que em uma democracia toda a finalidade é permitida, desde que não seja excluída pela constituição. Não são avaliados os motivos do legislador e sim se a finalidade da lei é constitucional. É concedida uma ampla margem de discricionariedade para que o legislador defina o que é um fim (propósito) legítimo, porém, essa discricionariedade não é isenta de limites, caso um direito fundamental seja violado, o TFCS vai realizar a revisão judicial (Kremnitzer; Steiner; Lang, 2020).

O teste da adequação geralmente utiliza a premissa de que “um meio é adequado se for capaz de atingir o objetivo desejado” (Kremnitzer; Steiner; Lang, 2020, p. 78). Na pesquisa realizada, a medida nessa fase falhou em apenas 3 casos (5%). A interpretação do requisito da adequação é feita de forma branda. O Tribunal limita a avaliação em termos de saber “se a medida é objetivamente inadequada, simplesmente inadequada, geralmente inadequada ou totalmente inadequada para promover o fim perseguido” (Kremnitzer; Steiner; Lang, 2020, p. 78). A opção por essa definição ampla de adequação segue a mesma justificativa para o teste do fim legítimo, o respeito ao processo legislativo democrático. Então, é admitida uma adequação parcial e abstrata.

Não existe exigência de que a medida realmente promova o fim perseguido; pode haver apenas uma possibilidade de atingir o fim. O ponto central é estabelecer de forma plausível a existência de uma causalidade imaginada entre meios e fins e não avaliar evidências empíricas extensas sobre relações sociais complexas. Uma questão levantada é se existiria uma lei que não atendesse ao critério da adequação, uma vez que seria difícil imaginar a criação de uma lei que não fosse adequada para promover um fim constitucionalmente legítimo.

O teste da necessidade (comprometimento mínimo ou teste de meios menos restritivos), apresenta mais que um obstáculo técnico. Na análise quantitativa é demonstrado que em apenas 8 casos (14%) a medida falhou, o que significa um baixo número de casos em que a medida foi considerada desnecessária. O Tribunal considera a medida necessária se não existem outros meios diferentes, mas do mesmo modo adequado, no entanto menos gravosos em relação à violação aos direitos fundamentais. A alternativa menos restritiva escolhida pelo legislador não precisa ser a menos restritiva em todos os casos, mas “apenas em geral” ou como “regra geral”, a exigência pelo Tribunal é que deve estar claramente estabelecido que um meio menos restritivo está disponível” (Kremnitzer; Steiner; Lang, 2020, p. 90). O Tribunal, também, não aceita medidas fiscalmente mais caras, mas menos infratoras de direitos, enfatiza que o Estado não pode assumir um fardo financeiro significativo para aliviar as limitações dos direitos fundamentais, assim uma medida só é menos restritiva se for “tão rentável para o erário público” (Kremnitzer; Steiner; Lang, 2020, p. 90). A maioria das leis que não passaram no teste da necessidade possuíam proibições radicais ou excessivas, que de certa forma lembram “atirar em pardais com canhões” (Kremnitzer; Steiner; Lang, 2020, p. 98).

No teste da proporcionalidade em sentido estrito, o Tribunal Constitucional Federal Alemão avalia de forma concretizada e contextual o peso relativo do propósito perseguido pela lei e a probabilidade de que a lei venha a proteger efetivamente o interesse público em face do grau de violação do direito fundamental. Na pesquisa realizada, ficou demonstrado que a grande maioria das leis, 49 (84%) de um total de 58 casos que declinaram, não passaram nessa última fase. Outro indicador da importância dessa última etapa do teste da proporcionalidade, no direito alemão, é que dos 114 casos analisados, o Tribunal Constitucional Federal Alemão decidiu sobre a constitucionalidade da medida contestada em 106 (93%) casos. A confiança do Tribunal Constitucional Federal Alemão

nessa última etapa, provavelmente decorre da flexibilidade em grau máximo que o Tribunal tem para tomar decisões que ele considera sensatas, de acordo com as particularidades do caso concreto (Kremnitzer; Steiner; Lang, 2020).

Assim, evidencia-se que o Tribunal Constitucional Federal Alemão utiliza de forma sistemática o teste da proporcionalidade, realizando os subtestes de forma sequencial. Observou-se que, dificilmente uma lei federal será declarada inconstitucional; também, há indicação de que a análise do subteste da necessidade tem uma relevância minimizada, dando a entender que o Tribunal não considere esse subteste como determinante.

Por fim, foi demonstrada a preferência na análise no último subteste, o da proporcionalidade em sentido estrito. Nessa etapa, foi verificada a avaliação de forma concreta, o peso relativo do propósito legítimo e a probabilidade de que a lei venha a proteger efetivamente o interesse público em face do grau de violação do direito fundamental. Esse último subteste desempenha um papel fundamental na aplicação do teste da proporcionalidade pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão.

3.3.2 O teste da proporcionalidade na prática do Supremo Tribunal Federal

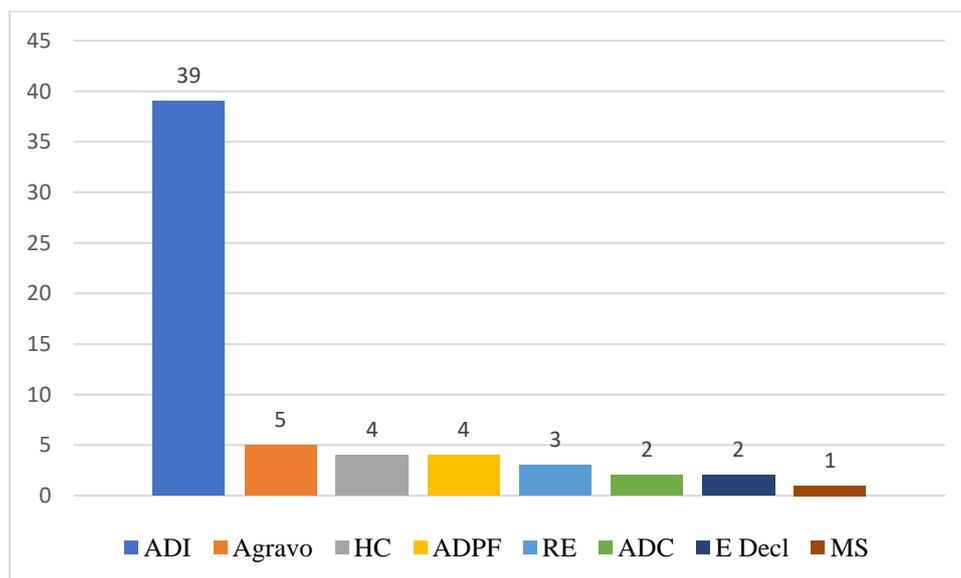
Com o objetivo de conhecer a aplicação do teste da proporcionalidade como ferramenta metodológica para avaliar a justificação de intervenções ao escopo de proteção de direitos fundamentais pela Suprema Corte Brasileira, foi realizada uma pesquisa jurisprudencial via sítio da Internet do Supremo Tribunal Federal (Brasil, 2024). A pesquisa abrange o período de 01 de janeiro de 2014 a 01 de setembro de 2024. Foram utilizadas as seguintes palavras-chave como filtro para a pesquisa: “princípio da proporcionalidade”. A busca pelas palavras-chave resultou em 1028 decisões. Da leitura destas 1028 decisões, nos campos da ementa, observação ou indexação, 60 decisões (6%) apresentavam alguma informação sobre os elementos da proporcionalidade (propósito legítimo, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

Da análise das 60 decisões que citavam os elementos do teste da proporcionalidade podem ser extraídos indicadores quantitativos e qualitativos. Indicadores quantitativos como: divisão por tipos de recursos (ADI, ADC, ADPF, RE, HC, entre outros); número de decisões que apreciaram em ação direta de

inconstitucionalidade (ADI), medidas estatais, federais, e medidas estaduais; o resultado das ações analisadas (procedente, improcedente, provida; não provida e rejeitados). E, indicadores qualitativos como: número e percentual de decisões que abordaram o conceito de teste da proporcionalidade e seus subtestes; divisão por subteste analisado nas decisões (propósito legítimo, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito); número e percentual de decisões por abordagem dos elementos do teste da proporcionalidade.

O indicador que o número de decisões referente a constitucionalidade da medida estatal violadora de um direito fundamental por tipo de recurso, demonstra que a maioria, 39 decisões (65%), são referentes a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI). Os demais 21 recursos (35%) dividem-se em: 5 Agravos (24%); 4 (19%) Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF); 4 (19%) Habeas Corpus (HC); 2 (9,5%) Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC); 2 (9,5%) Embargos Declaratórios; 3 (14%) Recursos Extraordinários; e, 1 (5%) Mandado de Segurança. A Figura 4 demonstra o número de decisões por tipo de recurso.

Figura 4 - Número de decisões por tipo de recurso

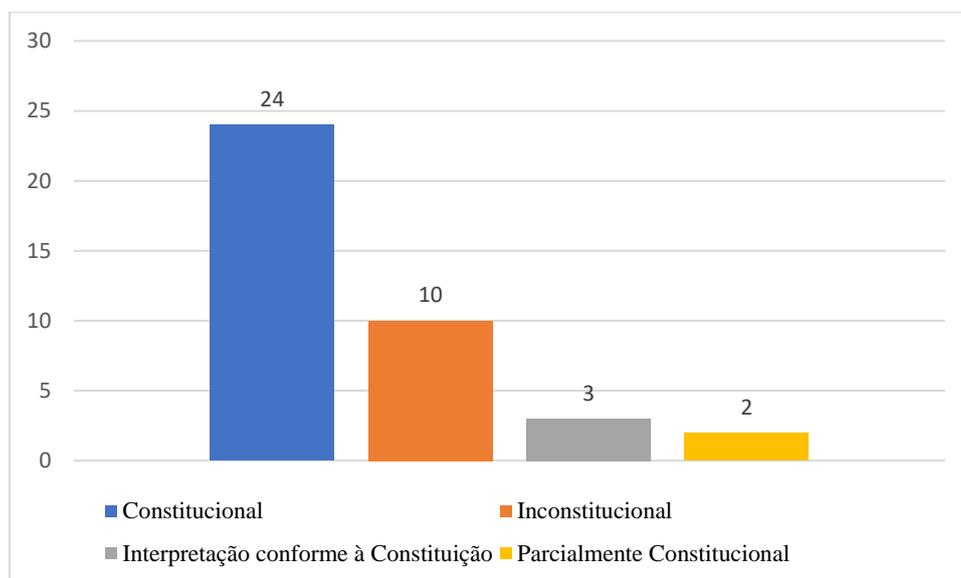


Fonte: elaborado pela Autora, com base em dados da pesquisa jurisprudência STF (Brasil, 2024).

Dos 39 recursos de ADI, a grande maioria, 24 recursos (61%), obteve o resultado improcedente, ou seja, a medida estatal violadora de um direito fundamental foi considerada constitucional; 10 recursos (26%) foram considerados procedentes, ou seja,

inconstitucional; 3 recursos (8%) receberam a interpretação conforme a constituição e 2 recursos (5%) foram julgados parcialmente procedentes, conforme demonstrado na Figura 5.

Figura 5 - Resultado – Ação Direta de Inconstitucionalidade



Fonte: elaborado pela Autora, com base em dados da pesquisa jurisprudência STF (Brasil, 2024).

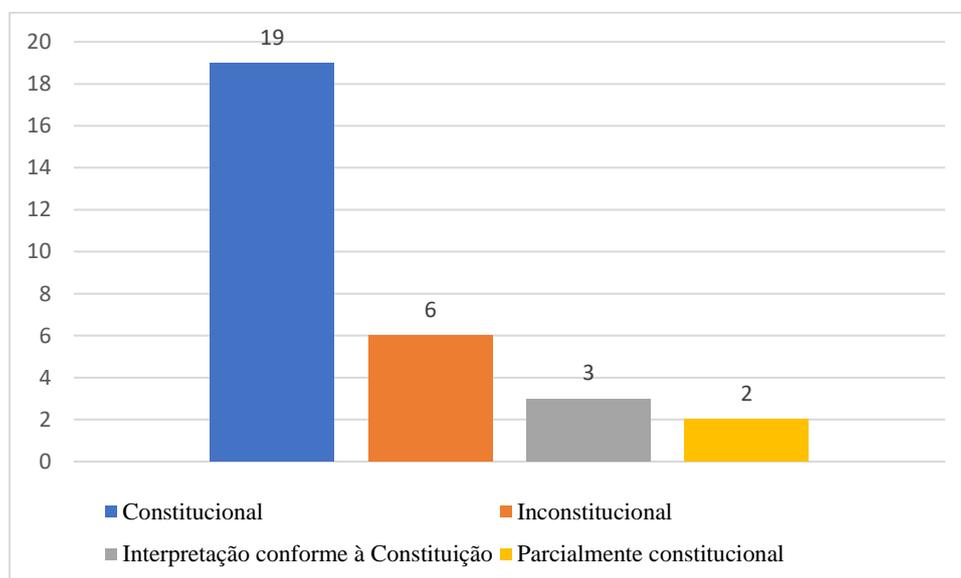
Quando se realiza um recorte desse indicador para verificar como são julgados os recursos de ADI Estaduais e Federais, das 39 decisões, 30 decisões (77%) são referentes a medidas Estatais Federais e 9 decisões (23%) são referentes a medidas Estatais Estaduais.

Das medidas Estatais Federais analisadas (30 decisões), 19 decisões (63%) foram consideradas improcedentes, assim, constitucionais; 6 decisões (20%) consideradas procedentes, assim, inconstitucionais; 2 decisões (7%) parcialmente procedente; e, 3 decisões (10%) para interpretação conforme a Constituição. Já as medidas Estatais Estaduais analisadas (9 decisões), 5 decisões (55%) foram consideradas improcedentes, portanto, constitucionais e 4 decisões (45%) consideradas procedentes, portanto, inconstitucionais.

É possível perceber pelos indicadores que os critérios do teste da proporcionalidade, para a maioria das decisões de ADI, são utilizados para confirmar a constitucionalidade das leis contestadas. No entanto, quando se compara o resultado da legislação federal e estadual, o indicador revela que o número de declaração de

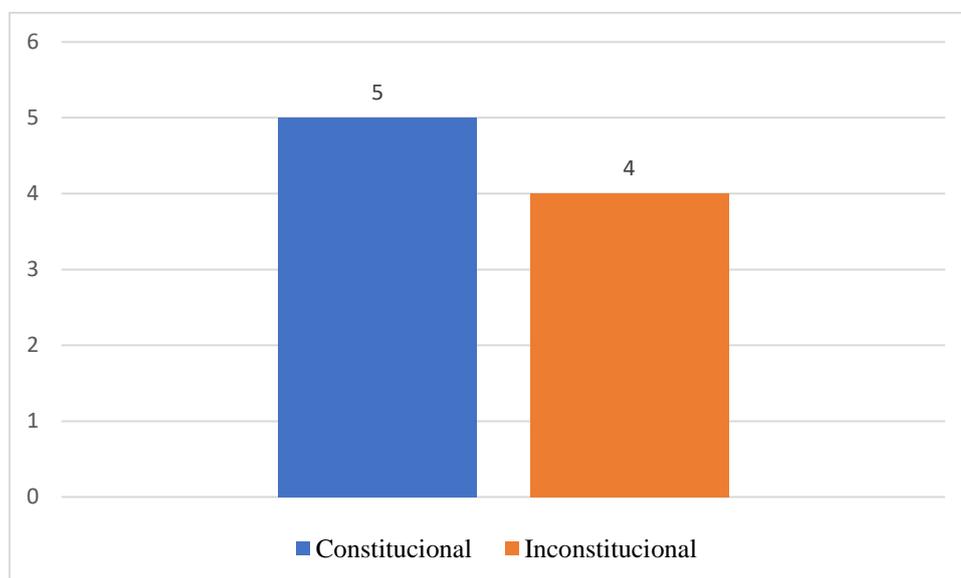
inconstitucionalidade das leis estaduais (45%) é bem superior em relação ao percentual de inconstitucionalidade de leis federais (20%), conforme demonstrado nas Figuras 6 e 7.

Figura 6 - Resultado – Resultado das decisões das ADIs – Medida Estatal Federal



Fonte: elaborado pela Autora, com base em dados da pesquisa jurisprudência STF (Brasil, 2024).

Figura 7 - Resultado – Resultado das decisões das ADIs – Medida Estatal Estadual



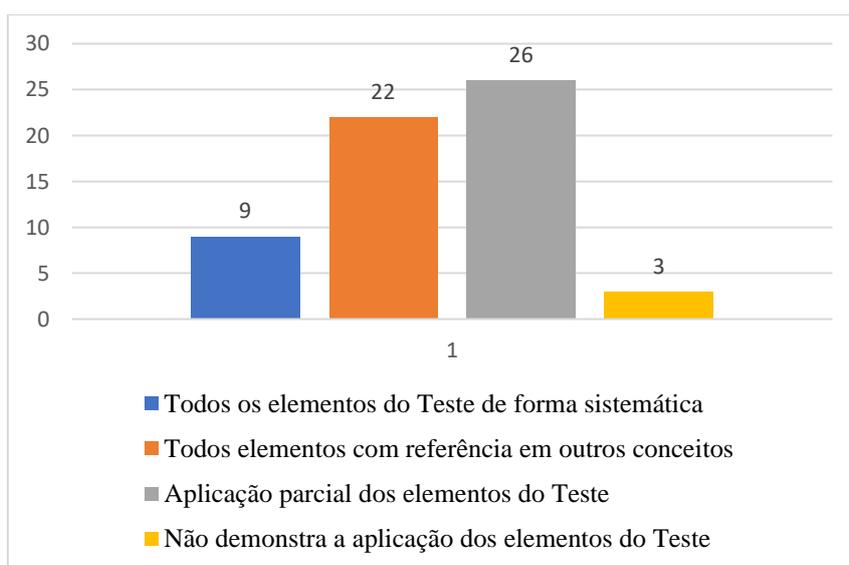
Fonte: elaborado pela Autora, com base em dados da pesquisa jurisprudência STF (Brasil, 2024).

A pesquisa qualitativa buscou compreender a forma de utilização do teste da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Os resultados demonstram que, apesar

do filtro de pesquisa apontar que em 60 das 1028 decisões o teste da proporcionalidade e seus elementos eram abordados, na realidade, após leitura minuciosa de cada decisão, observou-se que a utilização dos elementos do teste da proporcionalidade recebem conceitos e forma de interpretação diversos, nem sempre seguindo a aplicação dos testes de forma sequencial e sistemática.

Das 60 decisões, em 9 decisões (15%) é verificado o conceito do teste da proporcionalidade e a aplicação de seus elementos de forma sistemática. Em 22 decisões (37%), existe a aplicação dos elementos do teste da proporcionalidade como: princípio da proporcionalidade; 14 decisões (63%), subprincípios ou critérios do princípio da proporcionalidade; 5 decisões (23%), exame da proporcionalidade em sentido amplo; e, como proteção do excesso e vedação à proteção insuficiente, 3 decisões (14%). Em 26 decisões (43%), a aplicação da proporcionalidade se dá de forma parcial e algumas vezes é identificada apenas a citação da proporcionalidade. Destas 26 decisões, em 11 decisões (42%) a proporcionalidade faz referência apenas ao último subtteste, da proporcionalidade em sentido estrito; em 10 decisões (38%) a proporcionalidade não é aplicada, apenas citada; em 5 decisões (20%) a proporcionalidade é avaliada na adequação e necessidade como princípio da proporcionalidade na proibição de excesso; por fim, em 3 decisões (5%) a proporcionalidade não é aplicada nem citada. A Figura 8 demonstra a aplicação dos subttestes do Teste da Proporcionalidade.

Figura 8 - Resultado – Aplicação dos subttestes do Teste da Proporcionalidade

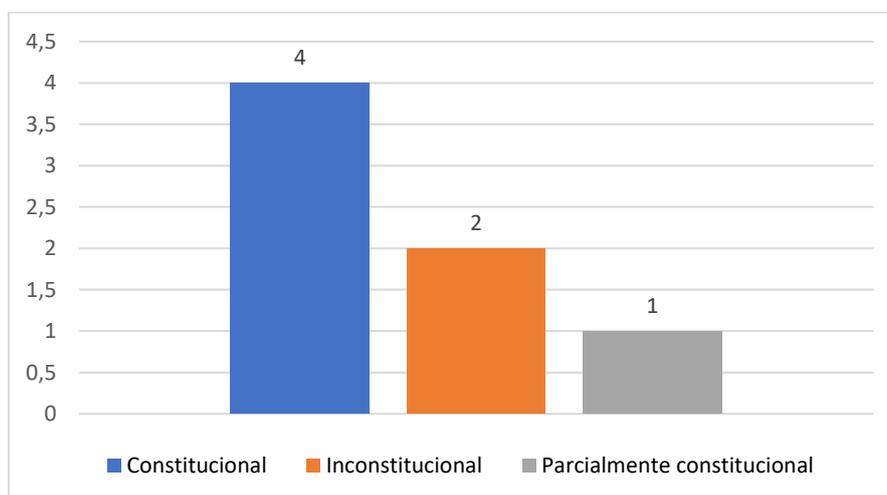


Fonte: elaborado pela Autora, com base em dados da pesquisa jurisprudência STF (Brasil, 2024).

Um indicador de relevância para a pesquisa é a análise das 9 decisões que utilizaram o teste da proporcionalidade e seus elementos de forma sistemática. Dentre essas 9 decisões, em apenas 1 decisão (11%), a ADI 5783, todos os quatro elementos do teste (propósito legítimo, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) foram abordados de forma sequencial. As demais 8 decisões (89%) apresentam o teste da proporcionalidade dividido em 3 subtestes: o da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Das 9 decisões que utilizaram o teste da proporcionalidade, 7 decisões (78%) são referentes ao julgamento de recursos de ADI e 2 decisões (22%) são referentes a ADPF.

No julgamento das ADIs, o Tribunal considerou a maioria das medidas estatais como constitucionais. O resultado para as 7 ADIs foi: 4 decisões (57%) improcedentes¹¹, logo a medida estatal é constitucional; 2 decisões (29%) procedentes¹², assim a medida estatal é inconstitucional, não passando no teste da proporcionalidade; e, 1 decisão (14%) parcialmente procedente¹³, resultando constitucional parte dos dispositivos da lei e outra parte inconstitucional. Na Figura 9 é demonstrado o resultado da aplicação do Teste da Proporcionalidade nas ADIs.

Figura 9 - Resultado da aplicação do Teste da Proporcionalidade nas ADIs



Fonte: elaborado pela Autora, com base em dados da pesquisa jurisprudência STF (Brasil, 2024).

¹¹ ADI 3311/DF (Brasil, 2022b); ADI 4874/DF (Brasil, 2018b); ADI 5122/DF (Brasil, 2018c); ADI 6482/DF (Brasil, 2021b)

¹² ADI 5545/RJ (Brasil, 2023c); ADI 5783/BA (Brasil, 2023d)

¹³ ADI 5886/DF (Brasil, 2021a)

Os resultados das ADPFs foram: 1 decisão (50%) procedente¹⁴, ou seja, a medida estatal foi considerada constitucional e 1 decisão (50%) improcedente¹⁵, logo, a medida não passou no teste da proporcionalidade, sendo declarada a medida estatal inconstitucional.

Na análise qualitativa das decisões que declararam a inconstitucionalidade da medida estatal observou-se, na maioria das decisões, que mesmo quando a falha da medida era identificada no primeiro ou segundo subtteste, a análise incluía outros subttestes com a intenção de fortalecer as justificativas e não deixar dúvidas sobre a inconstitucionalidade da medida atacada, demonstrando, assim, como ocorre no Tribunal Alemão a interação entre os subttestes. A ADI n.º 5886/DF (Brasil, 2021a), declara a inconstitucionalidade da medida após o subtteste da necessidade; já a ADI n.º 5545/RJ (Brasil, 2023c) e ADI n.º 5783/BA (Brasil, 2023d) são exemplos de interação entre os subttestes.

Na ADI n.º 5886/DF (Brasil, 2021a), que foi considerada parcialmente constitucional, a falha da medida foi identificada no subtteste da necessidade, após análise da adequação. A discussão trata de ação ajuizada pela Associação Brasileira de Atacadistas e Distribuidores de Produtos Industrializados (ABAD) questionando a compatibilidade com a Constituição Federal do artigo 25 da Lei n.º 13.606, de 9 de janeiro de 2018, no que inseriu os artigos 20-B, § 3º, inciso II, e 20-E na Lei n.º 10.522, de 19 de julho de 2002, a versarem sobre a possibilidade da Fazenda Pública averbar certidão de dívida ativa nos órgãos de registro de bens e direitos sujeitos a arresto e penhora, tornando-os indisponíveis. A Corte decidiu pela constitucionalidade da averbação da certidão de dívida ativa em registros de bens e direitos em fase anterior ao ajuizamento da execução fiscal e pela inconstitucionalidade material da indisponibilidade de bens do devedor na via administrativa. O teste da proporcionalidade foi mencionado ao justificar a indisponibilidade de bens do devedor em fase pré-executória.

Na análise do subtteste de adequação, a medida estatal mostra-se adequada quando apta a fomentar os fins pretendidos, pressupõe a adoção de meio legítimo capaz de promover objetivo também legítimo. No caso em tela, a averbação pré-executória, “constitui instrumento essencial à implementação do novo modelo de cobrança da dívida

¹⁴ ADPF 449/DF (Brasil, 2019a)

¹⁵ ADPF 811/DF (Brasil, 2021d)

ativa da União, baseado no ajuizamento seletivo de execuções fiscais, na desjudicialização e na racionalização dessa atividade” (Brasil, 2021a). A justificativa para a utilização desse instituto seria a necessidade de responder à avalanche de processos, que praticamente inviabiliza a adequada atuação do Judiciário em todos os graus de jurisdição. Porém, “o meio empregado, ainda que potencialmente adequado à obtenção do fim pretendido, a satisfação do crédito tributário, revela-se ilegítimo por compelir coercitivamente, sob o ângulo político, o devedor ao adimplemento do débito existente” (Brasil, 2021a). A decisão salienta a existência de meios menos gravosos para atingir ao fim pretendido, considerada a atividade econômica desenvolvida pelo contribuinte, à disposição da Fazenda Pública para o recolhimento de tributos. Por fim, destaca a manifestação da Procuradora-Geral da República, Doutora Raquel Elias Ferreira Dodge, em parecer juntado ao processo desta ADI, a qual ressalta que a norma impugnada é uma “tentativa de manipulação do comportamento do contribuinte, a fim de que este cumpra seus débitos” limitando o exercício do direito de propriedade, da livre iniciativa e do livre exercício da profissão, de maneira que não vence o teste da proporcionalidade (Brasil, 2021a).

A falha na lei foi identificada no terceiro subtteste, o da necessidade, “pois há meios menos gravosos a direitos fundamentais do contribuinte que podem ser utilizados para atingir a mesma finalidade, como, por exemplo, o ajuizamento de cautelar fiscal” (Brasil, 2021a). O teste segue subttestes sequenciais, logo, como o terceiro subtteste não foi atendido, não passou para a análise do quarto subtteste. Assim, a desproporcionalidade da medida restritiva contribuiu na justificação para a decisão pela inconstitucionalidade material da indisponibilidade de bens do devedor na via administrativa (Brasil, 2021a).

Na ADI n.º 5545/RJ (Brasil, 2023c) a falha da medida foi detectada no subtteste da adequação, porém, a decisão abordou também o subtteste da necessidade, indicando haver meios menos gravosos para atingir o fim proposto. A decisão trata da inconstitucionalidade da Lei n.º 3.990/2002, do Estado do Rio de Janeiro, que estabelece algumas medidas de segurança na intenção de propiciar a solução futura de investigações sobre eventuais trocas de criança (acidentais ou criminosas). Entre as medidas impostas pela lei, a discussão é referente à obrigação dos hospitais, casas de saúde e maternidades, públicos ou privados, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, realizarem a coleta de forma compulsória de material genético de mães e bebês. O Tribunal considerou que obrigar

todas as mães à coleta de material genético “sem correlacionar à espécie de demanda judicial vinculada à sua propalada finalidade de evitar troca de recém-nascidos e sem qualquer prazo máximo de guarda, não atende ao critério da adequação” (Brasil, 2023c). A decisão ainda ressalva que a medida, apesar de apresentar um propósito de interesse público, possuindo, inclusive, um caráter humanitário, optou por uma solução excessiva, no que diz respeito, especificamente, à questão da coleta do material genético, resultando inadequada para atingir o fim perseguido.

Entre os argumentos da decisão, é destacado que, apesar de ser suficiente a demonstração da inadequação da medida para caracterizar a desproporcionalidade da norma, foi considerada a necessidade “compreendida como a disponibilidade pelo legislador de outro meio eficaz e menos restritivo aos direitos fundamentais” (Brasil, 2023c). Nesse sentido, apresenta razões de que existem ações menos custosas e mais efetivas para atingir o fim proposto pela medida, como: “a identificação da gestante no momento da admissão em conjunto com a posterior identificação do recém-nascido no momento do nascimento, e a permissão da permanência do pai no momento do nascimento da criança” (Brasil, 2023c). A medida estatal também não alertou para a necessidade de atender a legislação referente à proteção de dados, quando da coleta e guarda de dados sensíveis, assim a medida restou desproporcional e inadequada, por violar o direito à intimidade e privacidade das pessoas, sendo declarada inconstitucional.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI n.º 5783/BA (Brasil, 2023d) observa-se a interação do subteste da proporcionalidade em sentido estrito com os subtestes de adequação e da necessidade. A ação foi proposta pelo Procurador-Geral da República, em 2017, questionando a constitucionalidade do art. 3º, § 2º, da Lei n.º 12.910/2013, do Estado da Bahia, que prescreve termo final para a regularização fundiária das terras ocupadas pelas comunidades de fundo e fecho de pasto. Afirma que o legislador estadual, na disciplina da matéria, estabeleceu prazo, data de 31/12/2018, para que as comunidades tradicionais de fundo e fecho de pasto protocolem pedido de certificação de reconhecimento e regularização fundiária e que esse texto legal não guarda consonância com o direito à proteção e à promoção da diversidade cultural, previsto nos arts. 215, § 1º, e 216 da Constituição Federal, nem com os princípios da dignidade da pessoa humana e do pluralismo político, fundamentos estruturantes do Estado democrático de direito brasileiro, conforme o art. 1º, III e V, da Constituição. Defende que o escoamento do

prazo “porá em risco a própria existência das comunidades de fundo e fecho de pasto, dada a ligação indissociável entre elas, o território que ocupam e os riscos de espoliação imobiliária, pela falta do certificado a que a lei se refere”, requerendo a declaração da inconstitucionalidade do artigo 3º, § 2º, da Lei n.º 12.910/2013, do Estado da Bahia (Brasil, 2023d).

O Governador do Estado da Bahia defende a constitucionalidade da norma explicando que “as comunidades legalmente protegidas se inserem num contexto de notória conflituosidade na ocupação das terras rurais, [...] o prazo legal funciona como fator de estabilidade e de pacificação” (Brasil, 2023d). Considera, ainda, que o transcurso do lapso estabelecido não viria a descaracterizá-las culturalmente, mas, apenas sujeitá-las ao direito possessório comum (Brasil, 2023d).

No voto do exame da norma impugnada, a ministra relatora assevera que a análise da restrição que se impõe ao direito fundamental deve considerar: se a restrição se mostra adequada, necessária e proporcional em sentido estrito, ou seja, se atende ao teste da proporcionalidade. A limitação à direito fundamental, diz com a estipulação de prazo certo para que as comunidades apresentem requerimento de certificação de reconhecimento e de regularização fundiária da área tradicionalmente ocupada. Em análise ao subteste da adequação, a restrição consistente no prazo fatal imposto mostra-se inadequada, por não promover o fim almejado pelo legislador estadual. Segundo a Assembleia Legislativa, em suas informações, o prazo visaria à cessação dos conflitos fundiários e à estabilização social respectiva. “Não há qualquer indicativo de diminuição dos conflitos fundiários”. Pelo contrário, o prazo mantido pode, inclusive, agravar as tensões existentes “uma vez que a medida legislativa não pode se sobrepor à realidade que há décadas se desenrola na região” (Brasil, 2023d).

A partir da verificação do primeiro subteste da adequação, adverte a ministra que “já estaria definida a inconstitucionalidade da norma pela inadequação do estabelecimento de um prazo”. De toda a sorte, passa a análise do segundo subteste, o da necessidade. A elevada restrição do direito fundamental das comunidades à proteção territorial e à sua reprodução cultural igualmente impede reconhecer atendido esse segundo quesito do teste da proporcionalidade. A pretendida estabilização dos conflitos fundiários é passível de promoção por outros meios menos restritivos e mais eficazes. Medidas como políticas públicas e ações concretas para combater a violência que sofrem

as comunidades tradicionais. A lógica deve ser a proteção contra qualquer violação. “O que sobressai no presente caso, porém, é a inviabilidade de o complexo problema fundiário ser resolvido justamente com a fixação de prazo para requerer a concessão de uso, em detrimento da parte mais vulnerável” (Brasil, 2023d).

Quanto à análise do terceiro subtteste, a proporcionalidade em sentido estrito, é destacado que a restrição se revela intensa e faz prevalecer a suposta estabilidade social sobre o direito fundamental das comunidades tradicionais de existirem em sua singularidade cultural. “A violência no campo a que se sujeitam essas comunidades tradicionais deve ser coibida por outras ações estatais, e não por mais uma violação de seus direitos” (Brasil, 2023d). Destaca não existir qualquer ponderação pelo legislador, entre o direito das comunidades de fundo e fecho de pasto e outros usos possíveis das terras devolutas. “Não resta identificada qualquer outra destinação que se visaria a dar aos bens públicos para ser sopesada com o direito fundamental objeto da limitação legal” (Brasil, 2023d) Além disso, a importância da proteção territorial para as comunidades tradicionais tem relação com a própria existência. Nesse sentido “o peso de eventual direito outro a cuja tutela se pudesse visar com a atribuição de outro uso às terras devolutas teria de ser absolutamente elevado e dificilmente prevaleceria de modo geral e abstrato” (Brasil, 2023c). Por fim:

A imposição de prazo fatal para que as comunidades apresentem requerimento de certificação de reconhecimento e de regularização fundiária das terras tradicionais traduz limitação constitucionalmente injustificada, que não subsiste ao teste da *proporcionalidade*. Medida (i) inadequada para promover o fim dos conflitos fundiários, (ii) desnecessária para estancar dúvida dominial sobre as terras devolutas e cessar a violência a que sujeitas as comunidades e (iii) manifestamente desproporcional, ao impor ônus excessivo à parte vulnerável, afastando o seu direito de existir e de reproduzir-se culturalmente, que demanda especial proteção” (Brasil, 2023d).

Esse acórdão é um exemplo da utilização do teste da proporcionalidade de forma sistemática, como ferramenta metodológica para avaliar as justificativas de medidas estatais que violam o escopo de proteção de direitos fundamentais.

A pesquisa demonstra que ainda é recente e acanhada a utilização do teste da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, no entanto, já existem decisões, inclusive com análise detalhada de cada subtteste como demonstrado na ADI n.º 5783/BA (Brasil, 2023d).

O presente capítulo apresentou o teste da proporcionalidade como um critério metodológico, composto por uma estrutura de quatro subtestes que auxiliam no exame da medida violadora de um direito fundamental. Dessa forma, a intenção na aplicação do teste da proporcionalidade é estabelecer o quanto uma intervenção estatal violadora de um direito fundamental pode avançar, ou seja, o quanto um direito fundamental pode ser restringido. Em outras palavras, é um instrumento utilizado para avaliar as justificativas das intervenções e/ou limitações nos direitos fundamentais.

O teste da proporcionalidade possui diversas objeções, principalmente, referente a falta da racionalidade, incomensurabilidade e subjetividade da ponderação, porém todas as objeções foram rechaçadas.

Quando é analisada a aplicação do teste da proporcionalidade, é evidenciado que na prática do Tribunal Constitucional Federal Alemão, num período de 17 anos, o teste foi aplicado sistematicamente em 114 casos. Na prática do Supremo Tribunal Federal do Brasil, num período de 10 anos, apesar de muitas decisões citarem o teste da proporcionalidade, apenas em 9 decisões é verificado o conceito do teste da proporcionalidade e a aplicação de seus subtestes de forma sistemática. Esses indicadores evidenciam o quanto o Tribunal brasileiro ainda está num estágio inicial da aplicação do teste da proporcionalidade.

Na pesquisa qualitativa das decisões pelo Supremo Tribunal Federal, ficou demonstrado que, apesar de poucas decisões utilizarem o teste da proporcionalidade e seus subtestes de forma sequencial e completa, existe um grande esforço argumentativo, como por exemplo a ADI n.º 5783/BA (Brasil, 2023d) para justificar se a medida estatal que restringe um direito fundamental resta proporcional, utilizando como base as exigências dos quatro subtestes do teste da proporcionalidade.

Assim, a partir da demonstração da aplicabilidade do teste da proporcionalidade, a intenção é analisar casos concretos relacionados à restrição de direitos fundamentais no ambiente digital, notadamente os direitos de liberdade de expressão e direitos de personalidade, e verificar se é aplicado o teste da proporcionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal e cortes internacionais, para avaliar as justificativas das medidas restritivas de direitos no contexto da era tecnológica.

4 AMBIENTE DIGITAL: CASOS DE VIOLAÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O TESTE DA PROPORCIONALIDADE

Na atual era tecnológica, as restrições aos direitos fundamentais passam a ocorrer também no ambiente digital. Os direitos fundamentais de liberdade de expressão/manifestação do pensamento e direitos de personalidade são os principais direitos a sofrerem restrições e/ou a colidirem entre si. Conforme apresentado no capítulo anterior, quando princípios fundamentais são violados ou entram em colisão com outros princípios constitucionalmente protegidos, a resolução é realizada de acordo com as circunstâncias do caso concreto com o apoio do critério metodológico do teste da proporcionalidade.

Neste último capítulo, a intenção é exemplificar a aplicação do teste da proporcionalidade analisando casos concretos, decididos por tribunais internacionais, como o Tribunal de Justiça da União Europeia, a Suprema Corte Norte-Americana, a Corte Constitucional da Colômbia e o Supremo Tribunal Federal do Brasil.

Serão apresentados casos que discutem: o direito fundamental à proteção de dados e imagem *versus* o direito à liberdade de expressão e informação no ambiente digital, Caso TU e RE *versus* Google, julgado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia; o algoritmo de recomendação e a responsabilidade civil das plataformas digitais, Caso Twitter *versus* Taamneh, julgado pela Suprema Corte Norte-Americana; o direito fundamental à liberdade de expressão *versus* o direito fundamental à honra e ao bom nome nas redes sociais, Caso Camila *versus* Pedro, julgado pelo Tribunal Constitucional da Colômbia; e, o direito fundamental à liberdade de informação *versus* direito ao esquecimento, Caso Xuxa *versus* Google, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça do Brasil.

O principal objetivo deste capítulo é apresentar de forma concreta como o teste da proporcionalidade pode ser aplicado na análise de casos e, com isso, verificar se são proporcionais as razões apresentadas para as restrições de direitos fundamentais de personalidade e de liberdade de expressão e manifestação do pensamento, no ambiente digital.

4.1 A PROTEÇÃO DE DADOS E IMAGENS NA ‘ERA DIGITAL’ - TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA: CASO TU e RE *VERSUS* GOOGLE

O caso TU e RE *versus* Google (União Europeia, 2022) apresenta o debate sobre a proteção de dados pessoais no ambiente digital, a colisão com os direitos de liberdade de expressão e informação e a responsabilidade das plataformas de redes sociais. O objeto da ação é referente a um pedido de supressão de referências a determinadas hiperligações de resultados que conduzem a artigos que identificam os demandantes. Esses artigos estão em parte ilustrados com fotografias dos demandantes, assim, o pedido consiste também na cessação de exibição das referidas fotografias sob a forma das denominadas imagens de pré-visualização (*thumbnails*).

Para a decisão do caso, é realizado um pedido de decisão prejudicial nos termos do artigo 267º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), apresentado pelo Bundesgerichtshof, Supremo Tribunal de Justiça Federal da Alemanha, em setembro de 2020, sendo a decisão prolatada em dezembro de 2022. O pedido de decisão prejudicial é um procedimento contencioso, previsto no artigo 267º do TJUE, que tem como finalidade garantir a uniformidade na interpretação e aplicação do Direito da União Europeia. Esse procedimento é utilizado pelos Estados-membros, sempre que está em jogo um litígio nacional sujeito à interpretação de tratados ou sobre a validade e a interpretação dos atos adotados pelas instituições, órgãos ou organismos da União. Assim, a competência para decidir uma questão prejudicial é do Tribunal de Justiça da União Europeia (União Europeia, 2016b).

No caso TU e RE *versus* Google, o pedido de decisão prejudicial tem por objeto a interpretação do artigo 17º, n.º 3, alínea a, do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 2016, relativo à proteção das pessoas particulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, da Diretiva n.º 95/46/CE (artigo 12º, alínea b, e artigo 14º, parágrafo 1º, alínea a, à luz dos artigos 7º, 8º, 11º e 16º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE).

No litígio apresentado, os demandantes, TU e RE em face da empresa Google LLC, solicitam a supressão dos resultados apresentados na sequência de uma pesquisa efetuada a partir dos seus nomes e, também, a supressão de resultados de uma pesquisa

de imagem de fotografias que os representam que são exibidas sob a forma de pré-visualização (*thumbnails*).

TU é membro do conselho de administração e acionista único de uma sociedade de investimentos, bem como, administrador em diversas sociedades que prestam serviços financeiros. RE é a ex-companheira de TU, também mandatária de uma dessas sociedades.

A reclamação de TU e RE é devido a publicação na página website www.g...net (sítio g-net), nas datas de 27 de abril, 04 de junho e 16 de junho de 2015, referente a três artigos que apresentavam de uma forma crítica o modelo de investimento implementado por algumas das sociedades. Além da crítica, a publicação do dia 04 de junho incluía três fotografias de TU, respectivamente, ao volante de um automóvel de luxo, numa cabina de helicóptero e à frente de um avião, bem como com uma fotografia de RE num automóvel conversível (União Europeia, 2022). Os artigos publicados podem suscitar dúvidas quanto à seriedade do modelo de investimento, e as fotografias, em conjugação com os artigos, podem sugerir que TU e RE desfrutam de luxo financiado por terceiros.

Ao realizar pesquisa no operador de busca da Google com os apelidos e os nomes próprios dos autores, tanto isoladamente como em conjunto com determinados nomes de sociedades, a Google exibia na lista de resultados de pesquisa os artigos de 04 de junho de 2015 e de 16 de junho de 2015, bem como o artigo de 27 de abril de 2015, quando se introduziam determinados nomes de sociedades, e remetia para esses artigos através de uma hiperligação. Adicionalmente, ao pesquisar imagens nesse operador de busca, a Google exibia na lista de resultados sob a forma de imagens de pré-visualização as fotografias dos recorrentes constantes do artigo de 4 de junho de 2015, o que deixou de suceder a partir de setembro de 2017. E, desde 28 de junho de 2018, também deixou de ser possível consultar os artigos referenciados na g-net (União Europeia, 2020b).

TU e RE solicitaram à Google, que era a responsável pelo tratamento de dados pessoais efetuado pelo seu operador de busca, que suprimisse da lista dos resultados de pesquisa as hiperligações para os artigos, por conterem alegações inexatas e opiniões difamatórias, e que retirasse as imagens de pré-visualização da lista dos resultados de pesquisa. A Google recusou dar seguimento ao pedido dos autores, argumentando o seu

desconhecimento quanto à pretensa inexatidão das informações que esses artigos continham (União Europeia, 2020b).

Com a negativa da empresa Google, em 2015, TU e RE propuseram uma ação no Landgericht Köln - Tribunal Regional de Colônia, que decidiu, em 2017, pela improcedência da demanda. Foi interposto recurso dessa sentença para o Oberlandesgericht Köln - Tribunal Regional Superior de Colônia, que negou provimento em novembro de 2018. Assim, foi interposto recurso de revisão no Tribunal Constitucional Federal Alemão.

O Tribunal Constitucional Federal Alemão ressalta que, para decisão do recurso, se faz necessária a interpretação do direito da União, submetendo, então, o pedido da questão prejudicial ao TJUE. Para o pedido de supressão dos artigos do caso TU e RE *versus* Google é aplicado o artigo 17º, n.º 1, do RGPD, bem como o artigo 12º, alínea b, e o artigo 14º, n.º 1, alínea a, da Diretiva 95/46 (União Europeia, 1995) são aplicáveis às imagens de pré-visualização. Apoiado nessa legislação, o órgão jurisdicional responde separadamente a duas questões: quanto à supressão dos artigos e quanto à supressão de imagens.

A seguir, é proposta a análise da aplicação do teste da proporcionalidade e seus subtestes de acordo com os argumentos do Tribunal para a decisão das duas questões apresentadas. Os três primeiros subtestes (propósito legítimo, adequação e necessidade) são justificados de forma ampla para as duas questões; já, referente ao subteste da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, a ponderação, o Tribunal apresenta argumentos separadamente para responder cada questão.

a) Propósito legítimo

O pedido de TU e RE está apoiado nos termos do artigo 17º, n.º 1 do RGPD (União Europeia, 2016a) que autoriza o direito ao apagamento dos dados pessoais (direito a ser esquecido). Porém, o Tribunal adverte que no n.º 3, alínea a, do mesmo diploma, o direito à proteção de dados pode ser afastado na medida em que o tratamento de dados realizado pelo operador de busca se revele necessário ao exercício da liberdade de expressão e de informação (União Europeia, 2016a). Logo, o artigo 17º, n.º 3, alínea a, do RGPD, coloca expressamente a exigência de uma ponderação entre, por um lado, os direitos fundamentais ao respeito pela vida privada e à proteção dos dados pessoais,

consagrados nos artigos 7º e 8º da CDFUE, e por outro, o direito fundamental à liberdade de informação, garantido no artigo 11º da CDFUE (União Europeia, 2020a).

Nesse sentido, a negativa da empresa Google de suprimir os artigos sob a afirmação de desconhecer a veracidade das informações tem a intenção de proteger os direitos fundamentais de liberdade de expressão e de informação. O primeiro subteste, do propósito legítimo, é satisfeito, pois o art. 17º, n.º 3, alínea a, do RGPD, que restringe o escopo de proteção do direito fundamental à proteção de dados (artigo 8º da CDFUE), persegue um fim que é legítimo constitucionalmente, o exercício da liberdade de expressão e de informação, previsto no art. 11º da CDFUE (União Europeia, 2022).

b) Adequação

A realização do segundo subteste é justificada na medida em que a restrição ao direito fundamental de proteção de dados pessoais guarda relação com a finalidade perseguida, ou seja, a não supressão de referências dos conteúdos publicados nos artigos e dos resultados da pesquisa de imagens é adequada, porque tem a finalidade de proteger o direito à liberdade de expressão e informação (União Europeia, 2022).

c) Necessidade

O terceiro subteste que trata da avaliação da necessidade da medida restritiva e da análise de meios alternativos menos gravosos não é identificado na discussão do caso apresentado. A pergunta é se o legislador não poderia eleger outro meio igualmente adequado, que limitasse menos o direito fundamental da proteção dos dados pessoais de TU e RE.

d) Proporcionalidade em sentido estrito

O quarto e último subteste, o da ponderação ou do exame da proporcionalidade em sentido estrito, é relevante na análise do Tribunal, sendo nesse subteste evidenciada uma grande carga argumentativa. Primeiro, é destacado que o direito à proteção dos dados pessoais não é absoluto, devendo ser considerado em relação à sua função na sociedade e ser equilibrado com outros direitos fundamentais, em conformidade com o princípio da proporcionalidade (União Europeia, 2020b). Nessa fase da ponderação, o Tribunal apresenta argumentos para responder as duas questões separadamente, analisando a colisão entre o direito à proteção de dados pessoais e o direito à liberdade de expressão e informação.

Para a primeira questão, que trata do pedido de supressão dos artigos, o Tribunal assevera que a ponderação deve basear-se em todos os elementos pertinentes do caso concreto e tomar em consideração a gravidade da ingerência nos direitos fundamentais de TU e RE, por um lado, os direitos fundamentais da Google, os interesses dos seus utilizadores e do público, bem como, os direitos fundamentais dos fornecedores dos conteúdos exibidos nas hiperligações de resultados impugnadas, por outro, sendo a base da ponderação na atuação do serviço de pesquisas da Google (União Europeia, 2020b).

O pedido de supressão de referências realizado por TU e RE está apoiado na falta de veracidade das afirmações constantes dos três artigos. A empresa Google em sua defesa assegura que não consegue avaliar a veracidade das afirmações contestadas. Assim, o Tribunal afirma que a ponderação entre os direitos fundamentais de TU e RE ao respeito pela vida privada e familiar, bem como, à proteção de dados pessoais, consagrados nos artigos 7º e 8º da CDFUE (União Europeia, 2020a), e a proteção do direito à liberdade de expressão e informação nos termos do artigo 17º, n.º 3, alínea a, do RGPD, depende da veracidade das afirmações de fato constantes dos artigos referenciados (União Europeia, 2020b).

A ponderação segue duas premissas: primeiro, se as informações divulgadas são verdadeiras existe um interesse legítimo de informação do público, do operador de busca, do fornecedor de conteúdos e dos utilizadores, assim, o direito à liberdade de expressão e de informação e liberdade de empresa, artigos 11º e 16º da CDFUE (União Europeia, 2020a), prevaleceriam em relação aos direitos de TU e RE. Segundo, se as informações divulgadas não são verídicas, como afirmam TU e RE, prevaleceriam os direitos à vida privada e proteção de dados protegidos pelos artigos 7º e 8º da CDFUE (União Europeia, 2020b).

Ocorre que a empresa Google informou que não tinha conhecimento sobre a veracidade das afirmações contestadas por TU e RE para avaliar o pedido de supressão de referências e ponderar entre os direitos e interesses em conflito decorrentes dos artigos 7º e 8º da CDFUE, por um lado, e os artigos 11º e 16º da mesma carta por outro. Não há obrigatoriedade do demandante em esclarecer a veracidade das alegações e nem da empresa em verificar se os conteúdos são verdadeiros. Dessa forma, a questão central do litígio é saber quais as obrigações de cada parte quando está em discussão a veracidade

dos conteúdos referenciados pelo operador de busca, no âmbito de um pedido de supressão de referências e, que tal questão ainda não foi esclarecida a nível do direito da União (União Europeia, 2022).

O Tribunal argumenta que não é possível defender uma solução que considere um único responsável. Na hipótese de considerar que o interessado tem a obrigação de fazer prova perante o operador de busca da falta de veracidade dos conteúdos referenciados, é identificado um risco particularmente relevante no âmbito da prova de um fato negativo, ou seja, quando o interessado tiver que provar que não fez algo. O direito de supressão de referências nos termos do artigo 17º, n.º 1, do RGPD, tornar-se-ia, nestes casos, inútil em termos práticos (União Europeia, 2020b).

Por outro lado, não é possível impor ao operador de busca a responsabilidade de investigar os fatos a fim de obter os elementos relativos à exatidão do conteúdo apresentado. Tal obrigação ocasionaria um ônus que ultrapassa o que é razoável à luz das responsabilidades, competências e possibilidades do operador de busca, além de admitir um sério risco de supressão de conteúdos de informação legítima e preponderante do público. Se o operador de busca procedesse à supressão de referências de modo quase sistemático a fim de evitar o ônus de investigar os fatos pertinentes para determinar o caráter exato ou não do conteúdo apresentado, implicaria em um risco real ao exercício da liberdade de expressão e de informação (União Europeia, 2020b).

Nesse sentido, o operador de busca estará obrigado a deferir o pedido de supressão de referências se a pessoa que solicitou o pedido apresentar elementos de provas pertinentes e suficientes para fundamentar o seu pedido e demonstrar o caráter inexato das informações do conteúdo apresentado ou, pelo menos, de uma parte relevante dessas informações (União Europeia, 2020b). Nessa ponderação, o direito à liberdade de expressão e de informação seria afastado em detrimento do direito à proteção de dados que receberia maior importância no caso concreto.

Em contrapartida, no caso de não serem apresentadas informações que comprovem o caráter inexato do conteúdo divulgado, ou na situação em que só certas informações de menor importância em relação à totalidade do conteúdo são consideradas inexatas, o operador de busca não está obrigado a deferir o pedido de supressão de referências, dificultando o acesso do conteúdo na Internet. Nessa circunstância, será atribuído um grau de maior importância ao direito à liberdade de expressão e de

informação em detrimento do direito de proteção de dados que seria afastado (União Europeia, 2020b).

Respondendo a primeira questão, o Tribunal assevera que prevalece o direito ao apagamento dos dados (direito a ser esquecido) e o operador de busca deve suprimir as referências a informações que figuram no conteúdo referenciado quando o requerente apresentar elementos de prova pertinentes e suficientes para fundamentar o seu pedido e demonstrar o caráter, manifestamente, inexato das informações

A segunda questão analisada pelo Tribunal trata do pedido de supressão dos resultados da pesquisa de imagens, que ao pesquisar os nomes de TU e RE, exibem fotografias sob a forma de imagens de pré-visualização que ilustram o artigo publicado no sítio g-net, em 4 de junho de 2015.

Quando é apresentado um pedido de supressão de referências destinado a suprimir dos resultados de uma pesquisa de imagens efetuada a partir do nome de uma pessoa, fotografias exibidas sob a forma de imagens de pré-visualização, para a ponderação de direitos é indispensável verificar se a exibição das fotografias é necessária ao exercício do direito à liberdade de informação dos internautas potencialmente interessados nessas imagens, através da referida pesquisa. Isso decorre devido a imagem ser um dos principais atributos da personalidade, o direito à proteção da própria imagem constitui uma das condições essenciais da realização pessoal e pressupõe que a pessoa possui o controle sobre a sua imagem, o qual compreende a possibilidade de recusar a divulgação da mesma (União Europeia, 2020b).

Nesse sentido, na ponderação entre o direito à liberdade de expressão e de informação, que compreende, incontestavelmente, a publicação de fotografias e o direito à privacidade, é possível que o direito à privacidade assuma uma importância singular, pois as imagens podem conter informações particularmente pessoais, ou mesmo íntimas, sobre uma pessoa.

No entanto, o Tribunal ressalta a importância de saber em que contexto são apresentadas as imagens de pré-visualização. Na medida em que o operador de busca exhibe fotografias da pessoa em situação fora do contexto em que são publicadas na página Internet, muitas vezes para ilustrar os elementos textuais contidos nessa página, há que determinar se este contexto deve, contudo, ser tido em consideração na ponderação dos direitos e dos interesses concorrentes (União Europeia, 2020b).

Quando a empresa Google, que é a responsável por um operador de busca de imagens, expõe na página de visualização dos resultados as denominadas imagens de pré-visualização relacionadas com o conceito pesquisado, torna estas imagens acessíveis de forma independente e procede a um tratamento de dados autónomo. Contudo, a exposição independente das imagens de pré-visualização não permite, por si só, reconhecer o contexto da publicação original, logo, a imagem de pré-visualização na hiperligação de resultados é neutra quanto ao seu contexto (União Europeia, 2020b).

Na sequência, o Tribunal definiu que é decisivo saber se deve ter em conta apenas o valor informativo das imagens de pré-visualização enquanto tais no contexto neutro da lista de resultados, ou se há igualmente que ter em consideração o contexto original da publicação das fotografias (União Europeia, 2020b) para que seja realizada a ponderação dos direitos e interesses decorrentes dos artigos 7º (respeito pela vida privada e familiar), 8º (proteção de dados pessoais), 11º (liberdade de expressão e de informação) e 16º (liberdade de empresa) da CDFUE, a realizar no âmbito dos artigos 12º, alínea b, (direito ao tratamento de dados), e 14º, n.º 1, alínea a, (direitos ao tratamento e apagamento de dados) da Diretiva 95/46 (União Europeia, 1995), e 17º, n.º 3, alínea a, do Regulamento 2016/679 (recusa ao apagamento de dados se necessária a proteção ao direito à liberdade de expressão e manifestação) (União Europeia, 2016a). E concluiu que as imagens de TU e RE apresentam um baixo valor informativo quando aparecem, exclusivamente, sob a forma de imagens de pré-visualização na lista de resultados da pesquisa efetuada pelo operador de busca.

Não obstante, se deve ser deferido o pedido de supressão de referências do artigo de 4 de junho de 2015, a exibição, sob a forma de imagens de pré-visualização das fotografias contidas no artigo, deve ser suprimida também, pois, em caso contrário, o efeito da decisão ficaria comprometido, uma vez que os internautas continuariam a ter acesso à totalidade deste último através da hiperligação que as imagens de pré-visualização contêm para a página Internet na qual está publicado o artigo (União Europeia, 2020b).

A resposta do Tribunal para a segunda questão é que, para o julgamento de um pedido de supressão de referências dos resultados de uma pesquisa de imagens, deve ser considerado o valor informativo das fotografias que são exibidas sob a forma de imagens de pré-visualização, independentemente do contexto da sua publicação na

página Internet da qual foram retiradas, porém, que os elementos textuais que acompanhem diretamente a exibição das referidas fotografias sejam capazes de esclarecer o valor informativo das mesmas (União Europeia, 2022).

Aplicando o último subteste, da proporcionalidade em sentido estrito, tem-se que é baixo o valor informativo das imagens quando são exibidas sob a forma de imagens de pré-visualização na lista de resultados da pesquisa efetuada pelo operador de busca de maneira exclusiva. Assim, utilizando o argumento do baixo valor informativo das imagens, será atribuído um peso de maior importância ao direito fundamental à liberdade de expressão e de informação, prevalecendo esse direito no caso concreto e afastando a proteção aos direitos referentes ao respeito à vida privada e à proteção dos dados. Nessa linha, a solicitação de TU e RE para a supressão de referências do artigo deve ser indeferida.

Na análise do Caso TU e RE *versus* Google, observou-se que o Tribunal apresenta um vasto debate sobre a ponderação dos direitos fundamentais entre a liberdade de expressão e informação e direito à vida privada e proteção de dados no ambiente digital.

O primeiro ponto da discussão gira em torno da veracidade das informações divulgadas, pois, sendo verdadeiras, existe um interesse da sociedade em acessá-las. Assim, o valor adicionado a cada direito fundamental vai depender do conteúdo divulgado no ambiente digital estar comprometido com a verdade. O segundo ponto debatido procura estabelecer o quanto vale a informação divulgada, ou seja, a mensuração do valor informativo do conteúdo. A atribuição de valores como baixo, alto ou médio do conteúdo divulgado é que vai diferenciar a necessidade ou não de deixar a informação disponível. A partir da análise desses dois pontos, o Tribunal passa a decidir qual o direito terá prevalência sobre o outro.

Foi possível identificar a aplicação do teste da proporcionalidade pelo Tribunal, porém não de forma estruturada. Não foram contemplados, por exemplo, argumentos referentes ao terceiro subteste que trata da necessidade da medida para justificar a restrição ao direito de proteção de dados e imagens. O maior esforço na argumentação do Tribunal é direcionado para a proporcionalidade em sentido estrito, o último subteste.

Essa forma de aplicação do teste da proporcionalidade demonstra coerência com a pesquisa apresentada no capítulo 3, a qual evidenciou que, apesar do teste apresentar falhas nos primeiros subtestes, o Tribunal, na maioria dos casos, se abstém de declarar a inconstitucionalidade adiando essa determinação para a análise do último subteste. Isso devido ao subteste da proporcionalidade em sentido estrito exercer o papel central na resolução dos casos de colisão entre direitos fundamentais, enquanto os demais subtestes ocupam uma função limitada na análise do teste da proporcionalidade.

4.2 A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PLATAFORMAS DE REDES SOCIAIS E O ALGORITMO DE RECOMENDAÇÃO - SUPREMA CORTE NORTE-AMERICANA: CASO TWITTER *VERSUS* TAAMNEH

Um dos itens abordados no capítulo 3 é a regulação aplicada para responsabilizar as plataformas digitais em relação ao uso indiscriminado das redes sociais como uma ameaça aos direitos fundamentais. O caso *Twitter versus Taamneh* (Estados Unidos da América, 2023) apresenta a discussão sobre a responsabilização de plataformas digitais utilizadas pelo Facebook, Google e Twitter em decorrência do uso de sistemas de *machine learning*¹⁶, ou algoritmo de recomendação de conteúdo.

Twitter versus Taamneh refere-se a um ataque terrorista à boate Reina em Istambul/Turquia, realizado em 2017, por Abdulkadir Masharipov, em nome do Estado Islâmico do Iraque e da Síria, uma organização terrorista estrangeira, denominada ISIS. Nascido no Uzbequistão, Masharipov recebeu treino militar na Al Qaeda, no Afeganistão, em 2011, e afiliou-se no ISIS. Em 2016, o ISIS ordenou que Masharipov viajasse para a Turquia e lançasse um ataque em Istambul na véspera de Ano Novo. Após planejar o ataque, no dia 1º de janeiro de 2017, Masharipov entrou na boate Reina e disparou mais de 120 vezes, em uma multidão de mais de 700 pessoas.

No ataque terrorista, foram mortas 39 pessoas e 69 ficaram feridas. No dia 02 de janeiro o ISIS reivindicou a responsabilidade pelo ataque e duas semanas após Masharipov foi preso. Uma das vítimas fatais do ataque foi o jordaniano Nawras Alassaf. Familiares americanos de Alassaf, Mehier Taamneh e outros, moveram ação com base na

¹⁶ O *machine learning* (ML) é o subconjunto da inteligência artificial (IA) que se concentra na construção de sistemas que aprendem, ou melhoram o desempenho, com base nos dados que consomem (Oracle, 2024).

Lei Antiterrorismo, 18 U.S. Code § 2333, Anti-Terrorism Act – ATA (Estados Unidos da América, 2016a) que permite aos cidadãos americanos que tenham sido feridos em razão de um ato de terrorismo internacional, promover uma ação civil para reparação dos danos.

No entanto, em vez de processar diretamente o ISIS sob § 2333 (Estados Unidos da América, 2016b), Taamneh e outros ajuizaram a ação invocando a JASTA, Lei da Justiça Contra Patrocinadores do Terrorismo § 2333 (d)(2) (Estados Unidos da América, 2016b), que é uma extensão da lei ATA, para processar três das maiores empresas de mídia social - Facebook, Twitter e Google (proprietário do YouTube) - sob a alegação de ajudar e encorajar o ISIS ao ataque terrorista.

Taamneh e outros alegam que as empresas Twitter, Facebook e Google ajudaram e encorajaram o ISIS das seguintes maneiras: primeiro, forneceram plataformas de mídia social, disponíveis ao público usuário da Internet, onde o ISIS conseguiu fazer *upload* de conteúdo para essas plataformas e conectar-se com terceiros. Em segundo lugar, os algoritmos de recomendação das empresas associaram o conteúdo relacionado ao ISIS aos usuários com maior probabilidade de interesse nesse conteúdo. E, terceiro, as empresas sabiam que o ISIS estava enviando esse tipo de informação, mas não removeram o conteúdo. Alegam, ainda, que ISIS usou as redes sociais das empresas Twitter, Facebook e Google para recrutar novos terroristas e angariar fundos para terrorismo; nesse sentido, pedem pela responsabilização das plataformas pelo ataque terrorista (Estados Unidos da América, 2023).

A Suprema Corte Norte-Americana em análise inicial consignou que grande parte dos pedidos seriam barrados pela Seção 230 da Lei de Decência nas Comunicações (Communications Decency Act - CDA), exceto os pedidos de responsabilização da plataforma pelo alegado compartilhamento da receita proveniente da publicidade do ISIS. Na sequência, destaca em seu parecer que é de conhecimento geral que as três empresas - Facebook, Google e Twitter - correspondem às maiores plataformas da Internet¹⁷ e, além disso, o modelo básico dessas empresas está relacionado com o lucro de anúncios divulgados por terceiros e colocado à disposição de milhões de usuários. No entanto, para organizar e apresentar os anúncios, as plataformas digitais desenvolvem algoritmos de recomendação que combinam, automaticamente, anúncios e conteúdo com cada usuário;

¹⁷ Em janeiro de 2017, o Facebook tinha mais de 2 bilhões de usuários ativos por mês, o YouTube tinha mais de 1 bilhão e o Twitter tinha cerca de 330 milhões de usuários ativos (Estados Unidos da América, 2023).

os algoritmos geram os resultados com base em uma ampla gama de informações sobre o usuário (Estados Unidos da América, 2023).

Os algoritmos de recomendação definem os conteúdos a serem visualizados de acordo com os interesses dos usuários, por exemplo, se um jovem assiste jogos online no YouTube terá maior probabilidade de ver vídeos e anúncios sobre jogos do que outro jovem que goste de assistir clips de músicas. Porém, qualquer conteúdo pode ser definido pelos algoritmos de recomendação.

Taamneh e outros, destacam que o ISIS e os seus simpatizantes abriram contas no Facebook, YouTube e Twitter e “usaram essas plataformas durante anos como ferramentas para recrutamento, arrecadação de fundos e divulgação de sua propaganda” (Estados Unidos da América, 2023, p. 4) e, também, divulgavam vídeos e mensagens celebrando o terrorismo e recrutando novos terroristas, como por exemplo, vídeos que arrecadavam fundos para aquisição de armas e mostravam execuções brutais de soldados e civis. Afirmam, ainda, que as plataformas tinham conhecimento das atividades do ISIS nas redes sociais. Por fim, alegam que as plataformas ajudaram e incentivaram o grupo terrorista ao consentir, conscientemente, que ele e seus apoiadores utilizassem suas plataformas e benefícios dos seus algoritmos de recomendação e que, supostamente, obtiveram lucro com os anúncios colocados nos *tweets*, postagens e vídeos do ISIS (Estados Unidos da América, 2023).

A demanda da ação realizada por Taamneh e outros requer a resolução do caso com base na interpretação do § 2333 (d)(2), da ATA, que trata da responsabilidade secundária por lesões causadas por ato de terrorismo internacional (Estados Unidos da América, 2016a).

A Suprema Corte Norte-Americana inicia a análise da ação destacando a promulgação da Lei Contra o Terrorismo para impor responsabilidade civil a qualquer pessoa “que ajude e seja cúmplice, fornecendo conscientemente assistência substancial ou que conspire com a pessoa que cometeu tal ato de terrorismo internacional” (Estados Unidos da América, 2016a) e uma condição adicional que “ato de terrorismo internacional deve ter sido cometido, planejado ou autorizado por uma organização que tenha sido designada como organização terrorista estrangeira” no ato do ocorrido (Estados Unidos da América, 2023).

As empresas Facebook, Google e Twitter não contestam que os três primeiros componentes do §2333(d)(2) foram adequadamente alegados: o ataque à boate Reina foi um ‘ato de terrorismo internacional’; foi ‘cometido, planejado ou autorizado’ pelo ISIS; e, o ISIS foi ‘designado como uma organização terrorista estrangeira’ na data do ataque à Reina. A questão a ser abordada, então, é se a conduta das empresas de mídia social ofereceu ajuda e estimulou ou encorajou de forma consciente e sob assistência substancial para o ataque à boate Reina, a fim de serem responsabilizadas pelos danos causados

O texto da lei §2333 apresenta duas questões: o que significa ‘ajudar e encorajar’? e, o que exatamente as empresas devem ter ajudado e encorajado? Não existe definição para os termos ‘ajudar e encorajar’, no entanto, são termos familiares do direito consuetudinário. Nesse contexto, é citada uma extensa pesquisa realizada pela Suprema Corte Norte-Americana quando do julgamento do caso *Halberstam versus Welch* (Estados Unidos da América, 1983) no que se refere à ajuda e cumplicidade e, assim, sintetizou em três elementos principais: (1) deve haver um ato ilícito causando uma lesão pela pessoa a quem o réu ajudou; (2) no momento em que foi realizado o ato, o réu deve estar “consciente do seu papel como parte do ato realizado”; e, (3) o réu deve ter “ajudado consciente e substancialmente à violação principal” (Estados Unidos da América, 1983).

Os dois primeiros elementos foram satisfeitos, ocorreu o ato ilícito, ou seja, o ataque à boate Reina pelo ISIS e as plataformas digitais tinham conhecimento de qual era a atividade desenvolvida pelo ISIS. No entanto, o terceiro elemento que deve demonstrar que as empresas ajudaram de forma consciente e substancial no ataque à boate, não foi comprovado.

Assim, a Suprema Corte Norte-Americana cita as formulações do caso *Halberstam versus Welch* (Estados Unidos da América, 1983), articuladas em seis fatores para ajudar a determinar se a assistência do réu foi ‘substancial’. Os seis fatores são: (1) a natureza do ato assistido; (2) o montante da assistência prestada; (3) se o réu estava presente no momento do ato ilícito principal; (4) a relação do réu com o ato ilícito; (5) o estado de espírito de réu; e, (6) a duração da assistência prestada. Em *Halberstam versus Welch* (Estados Unidos da América, 1983) também ficou esclarecido que aqueles que ajudam e incentivam “um ato ilícito podem ser responsabilizados” não apenas pelo ato em si, mas também “por outros atos razoavelmente previsíveis praticados em conexão

com ele” (Estados Unidos da América, 1983). Essas formulações não são imutáveis, devendo ser adaptadas à medida que novos casos testem a sua utilidade.

Ocorre que, em Halberstam *versus* Welch, a decisão foi referente à ajuda substancial para um ladrão em série e seu parceiro de crime. E, no caso em debate, o tema é a responsabilidade de plataformas digitais e redes terroristas internacionais. Nesse sentido, parece que aplicar os três elementos e os seis fatores de Halberstam não é inteiramente adequado. Por exemplo, em Halberstam *versus* Welch foi reconhecido que incentivar verbalmente, gritando ‘Mate-o!’ poderia ser uma ajuda substancial, mas que assistir passivamente a um ataque depois de ouvir um agressor ameaçar a provável vítima não seria (Estados Unidos da América, 2023).

Então, para definir quais seriam os limites de uma assistência substancial no caso das plataformas de redes sociais é abordado o que seria ‘ajudar e encorajar’. A lei JASTA determina que há responsabilidade a qualquer pessoa “que ajude e seja cúmplice, fornecendo conscientemente assistência substancial, ou que conspire com a pessoa que cometeu tal ato de terrorismo internacional” (Estados Unidos da América, 2016b). A lei também restringe a responsabilidade secundária ao exigir que ato de terrorismo internacional tenha sido “cometido, planejado ou autorizado por um estrangeiro, organização terrorista designada como tal” na data em que ocorreu o ato (Estados Unidos da América, 2016b). Para resumir, o texto exige que os réus tenham ajudado e encorajado o ato de terrorismo internacional que feriu os demandantes, embora não exija nexo rigoroso entre a assistência e o ato terrorista.

A Suprema Corte Norte-Americana destaca que as alegações da ação ficam aquém das exigências das formulações de Halberstam. Primeiro, porque o ISIS esteve ativo nas plataformas de mídia social, que estão disponíveis para o público em geral, que usa a Internet com pouca ou nenhuma triagem inicial realizada pelas plataformas digitais. Significa dizer que o ISIS conseguiu enviar conteúdo para as plataformas e conectar-se com terceiros, apenas todo e qualquer usuário das redes (Estados Unidos da América, 2023).

Em segundo lugar, as plataformas digitais por meio dos algoritmos de recomendação, ajustavam o conteúdo relacionado com o ISIS aos usuários com maior probabilidade de estarem interessados nesse tipo de conteúdo, igualmente como faz para qualquer outro conteúdo. E, terceiro, porque é fraca a alegação de que as empresas sabiam

que o ISIS carregava conteúdo para a realização de ataques terroristas, mas não adotaram medidas suficientes para garantir que os apoiadores do grupo terrorista e pessoas relacionadas com o conteúdo fossem bloqueadas em suas plataformas (Estados Unidos da América, 2023).

A Suprema Corte Americana sustenta que não foi alegado que o ISIS usou as plataformas digitais para planejar ou coordenar o ataque à boate Reina; “na verdade, eles não alegam que o próprio Masharipov alguma vez tenha usado o Facebook, o YouTube ou o Twitter” (Estados Unidos da América, 2023, p. 22). A única conduta que as empresas supostamente cometeram foi a criação de plataformas e a configuração de algoritmos para exibir conteúdo relevante de acordo com o histórico do usuário. Não foi alegado que as plataformas ofereceram qualquer tratamento especial ou palavras de encorajamento ao ISIS (Estados Unidos da América, 2023).

A mera criação dessas plataformas não representa a culpa das empresas, Facebook, Google e Twitter. A plataforma foi utilizada para fins ilegais e até mesmo abominável, como o terrorismo. Porém, “o mesmo pode ser dito dos telefones celulares, do e-mail ou da Internet em geral” (Estados Unidos da América, 2023, p. 22). No entanto, os fornecedores de serviços de Internet ou de celulares não são considerados apoiadores e cúmplices, por exemplo, de negócios ilegais de drogas, ainda que as funcionalidades de teleconferência ou videochamada do fornecedor tornassem a venda mais fácil (Estados Unidos da América, 2023).

Na alegação é afirmado que os algoritmos de ‘recomendação’ dos réus vão além da ajuda passiva e constituem uma assistência ativa e substancial, porém a Suprema Corte Norte-Americana discorda e argumenta que não foram apresentadas fortes razões que sustentem que as empresas Facebook, Google e Twitter atuaram de forma ativa para a realização do ataque à boate Reina; que a relação das empresas com o ISIS e os seus apoiadores parece ter sido a mesma relação com seus mais de um bilhão de outros usuários; que não foram oferecidas justificativas para pensar que as empresas ajudaram ou participaram do ataque de forma consciente. “O que foi retratado, basicamente, é que as empresas agiram de forma passiva enquanto o ISIS executava os seus esquemas nefastos” (Estados Unidos da América, 2023, p. 24).

A Suprema Corte Norte-Americana concluiu, no entanto, que as alegações de Taamneh e outros são insuficientes para estabelecer que as plataformas digitais ajudaram

e incentivaram o ISIS ao ataque em Istambul, de forma intencional e substancial, ou de outra forma, que participaram conscientemente ou ao menos que ajudaram o ISIS de forma generalizada e sistemática a ponto de torná-las responsáveis pelo ataque à boate Reina. Dessa forma, as alegações foram consideradas fracas e o pedido foi indeferido por não cumprir as exigências da lei JASTA (Estados Unidos da América, 2023).

Na análise do caso Twitter *versus* Taamneh (Estados Unidos da América, 2023) não é identificado, explicitamente, a aplicação do teste da proporcionalidade. Assim, na sequência será demonstrado como é sugerida a aplicação do teste de acordo com os argumentos da Suprema Corte para a decisão das questões apresentadas.

Inicialmente, cabe esclarecer que o debate gira em torno da responsabilidade das empresas responsáveis por plataformas digitais e o pedido de reparação de danos em decorrência da falta de atuação das empresas. Dessa forma, para a aplicação do teste da proporcionalidade é assumido que está em jogo por um lado, o direito à liberdade empresarial e, por outro lado, o direito à segurança das pessoas, e assim deve ser realizada a ponderação entre esses direitos.

A Suprema Corte Norte-Americana refere-se à proteção das empresas e a não responsabilização por conteúdos divulgados por terceiros com embasamento legal na Seção 230 da Lei de Decência nas Comunicações (Communications Decency Act - CDA)¹⁸. A Seção 230, aprovada em 1996, diz que provedores de serviços interativos na Internet não podem ser responsabilizados pelo que é publicado por terceiros, com exceção para conteúdos pirateados ou pornográficos. Isso significa que as plataformas possuem uma proteção legal para moderar o que é postado pelos usuários no ambiente digital (CRS, 2024).

A análise do teste da proporcionalidade será realizada com base nos argumentos da decisão da Suprema Corte Norte-Americana que indeferiu o pedido de

¹⁸ “(2) Responsabilidade civil: Nenhum fornecedor ou utilizador de um serviço informático interativo será responsabilizado por: (A) qualquer ação tomada voluntariamente e de boa fé para restringir o acesso ou a disponibilidade de material que o provedor ou usuário considera obsceno, lascivo, imundo, excessivamente violento, assediante ou de outra forma censurável, independentemente de esse material ser protegido constitucionalmente ou não; ou (B) qualquer ação tomada para permitir ou disponibilizar aos provedores de conteúdo de informação ou outros os meios técnicos para restringir o acesso ao material descrito no parágrafo (1)” (Columbia University, 2024).

reparação de danos, restringindo, assim, um direito constitucional relacionado à segurança das pessoas contra atos terroristas:

a) Propósito legítimo

Taamneh e outros ajuizaram ação em face das empresas Facebook, Twitter e Google, com objetivo de reparação de danos sob a alegação de que as empresas ajudaram e encorajaram o ISIS ao ataque terrorista na boate Reina, que causou a morte de um familiar. Na ação, foi alegado que o ISIS violou a lei antiterrorismo (JASTA) ao permitir que algoritmos de recomendação do conteúdo do grupo fosse associado aos usuários com maior probabilidade de interesse nesse conteúdo.

A decisão da Suprema Corte foi com base na base na Lei da Justiça Contra Patrocinadores do Terrorismo §2333 (d)(2) (Estados Unidos da América, 2016a), JASTA, que é uma extensão da lei ATA:

O propósito desta Lei é fornecer aos litigantes civis a base mais ampla possível, consistente com a Constituição dos Estados Unidos, para buscar reparação contra pessoas, entidades e países estrangeiros, onde quer que atuem e onde quer que sejam encontrados, que forneceram apoio material, direta ou indiretamente, a organizações ou pessoas estrangeiras que se envolvem em atividades terroristas contra os Estados Unidos (Estados Unidos da América, 2016b).

E na seção §2333 (d) a lei estabelece a responsabilidade por auxílio e incentivo em ações civis relacionadas a atos terroristas.

(2) RESPONSABILIDADE. Em uma ação sob a subseção (a) por uma lesão decorrente de um ato de terrorismo internacional cometido, planejado ou autorizado por uma organização que foi designada como uma organização terrorista estrangeira sob a seção 219 da Lei de Imigração e Nacionalidade (8 USC 1189), a partir da data em que tal ato de terrorismo internacional foi cometido, planejado ou autorizado, a responsabilidade pode ser afirmada quanto a qualquer pessoa que auxilie e estimule, fornecendo conscientemente assistência substancial, ou que conspire com a pessoa que cometeu tal ato de terrorismo internacional. (b) EFEITO SOBRE A LEI DE IMUNIDADES SOBERANAS ESTRANGEIRAS. Nada na emenda feita por esta seção afeta a imunidade de um estado estrangeiro, como esse termo é definido na seção 1603 do título 28, Código dos Estados Unidos, de jurisdição (Estados Unidos da América, 2016b).

O propósito da lei, conforme descrito acima, é consistente com a Constituição dos Estados Unidos, na proteção do direito fundamental à segurança das pessoas que autoriza a reparação de danos causados por atos terroristas. Assim, o primeiro subteste do

teste da proporcionalidade estaria satisfeito para prosseguir na análise dos demais subtestes.

b) Adequação

O segundo subteste do teste da proporcionalidade é satisfeito pois a lei é adequada para promover o fim constitucionalmente legítimo, ou seja, o direito fundamental à segurança com a reparação de danos por lesões causadas por um ato de terrorismo internacional.

c) Necessidade

O terceiro subteste é satisfeito se a medida estatal violadora de direito é a menos restritiva entre todas as alternativas que igualmente promovem o fim constitucionalmente legítimo. Não foram apresentadas outras medidas menos restritivas que a imposição da reparação de danos, que pudessem ser utilizadas com a finalidade de garantir o direito à segurança das pessoas por danos causados por atos terroristas.

d) Proporcionalidade em sentido estrito

No último subteste da ponderação, é possível constatar a carga da argumentação realizada para justificar a decisão da Suprema Corte Norte-Americana.

A lei antiterrorismo em debate, ao mesmo tempo que busca o direito à segurança das pessoas autorizando a reparação de danos por atos terroristas quando se trata da responsabilidade secundária no caso das plataformas digitais, pode incidir na violação da liberdade de atuação dessas empresas.

A ponderação realizada verifica se existem boas razões que justifiquem as consequências da aplicação da lei antiterrorismo, que é a condenação das empresas de redes sociais à reparação de danos por atos terroristas. Nesse contexto, a Suprema Corte Norte-Americana aprofunda a análise da interpretação dos requisitos da lei, definindo que para que a lei fosse aplicada na proteção do direito à segurança das pessoas, com a reparação de danos provocados por atos de terrorismo internacional, é necessário o cumprimento dos elementos constantes no Quadro 2.

Quadro 2 - Elementos para definir se houve ‘Ajuda e Cumplicidade’

Elementos a serem identificados	Identificação dos elementos no caso <i>Twitter versus Taamneh</i>
(1) deve haver um ato ilícito causando uma lesão pela pessoa a quem o réu ajudou	Ataque à boate Reina pelo ISIS
(2) quando foi realizado o ato, o réu deve estar consciente do seu papel como parte do ato realizado	As plataformas digitais tinham conhecimento de qual era a atividade desenvolvida pelo ISIS
(3) o réu deve ter ajudado consciente e substancialmente à violação principal	Não foi comprovado

Fonte: elaborado pela Autora com base em Halberstam *versus* Welch (Estados Unidos da América, 1983)

Como o terceiro elemento não foi comprovado, a Suprema Corte Norte-Americana buscou as seis formulações do caso Halberstam *versus* Welch (Estados Unidos da América, 1983) para determinar o que é assistência substancial, porém reconheceu que não é possível aplicar as formulações pela disparidade entre os casos. Halberstam *versus* Welch refere-se a um assassino em série e seu cúmplice, enquanto Twitter *versus* Taamneh envolve a responsabilidade das plataformas de redes sociais. Dessa forma, os fatores que determinam a assistência substancial devem ser adaptados para a realidade da era digital.

Aplicando o subteste da proporcionalidade em sentido estrito para justificar a atribuição de um peso com maior relevância à liberdade empresarial das plataformas digitais, a Suprema Corte Norte-Americana argumentou que: o ISIS estava ativo nas plataformas de mídia social e conseguia enviar conteúdo para as plataformas e conectar-se com terceiros, como todo e qualquer usuário das redes sociais; as plataformas digitais, por meio dos algoritmos de recomendação, ajustavam o conteúdo relacionado com o ISIS aos usuários com maior probabilidade de estarem interessados nesse tipo de conteúdo, igualmente como faz para qualquer outro conteúdo; e, não foi comprovado qualquer tratamento especial ou palavras de encorajamento ao ISIS pelas plataformas. Por fim, foi argumentado que “as empresas agiram de forma passiva enquanto o ISIS executava os seus esquemas nefastos” (Estados Unidos da América, 2023, p. 24). Logo, a importância de realização do direito das pessoas na reparação aos danos provocados pelo ataque terrorista restou afastado.

Como crítica a essa decisão, destaca-se que foi possível observar nos argumentos apresentados pela Suprema Corte Norte-Americana uma inclinação para a

defesa das plataformas de redes sociais no sentido de evitar uma responsabilização pelos atos de omissão e passividade. Esse tema é bastante controverso, pois a falta de uma regulação que determinasse maiores responsabilidades às plataformas de redes sociais, como é o caso da legislação americana, é uma ameaça aos direitos fundamentais no ambiente digital.

Quando é assumido que as empresas Facebook, Twitter e Google tinham conhecimento do tipo de conteúdo que o ISIS carregava em vídeos, anúncios e mensagens que exaltam o terrorismo e recrutam novos terroristas, e ainda assim não adotaram medidas suficientes para garantir a restrição e/ou bloqueio desses conteúdos, é extremamente grave.

Nesse ponto, poderia, por exemplo, exigir que as plataformas de redes sociais realizassem a moderação de conteúdos, conforme permite a Seção 230 da Lei de Decência nas Comunicações (Communications Decency Act) quanto à conteúdos censuráveis, que nesse caso está incluído conteúdos de incentivo ao terrorismo. O agente passivo também é agente e pode ser responsabilizado.

O argumento de que a ‘única conduta’ que as empresas supostamente cometeram foi a criação de plataformas e a configuração de algoritmos para exibir conteúdo relevante de acordo com o histórico do usuário, parece ter a intenção de diminuir a gravidade das consequências na criação de algoritmo de recomendação no caso de temas como o terrorismo internacional. Os algoritmos de recomendação definem os conteúdos a serem visualizados de acordo com os interesses dos usuários, o problema é que não é qualquer conteúdo e muito menos qualquer usuário, trata-se de conteúdo de incitação à violência e ao terrorismo e o usuário é um grupo terrorista internacional.

A falta de controle e moderação dos conteúdos disseminados nas redes sociais pode sim alimentar a violência e aumentar o extremismo como foi evidenciado no caso Twitter *versus* Taamneh.

A apresentação da decisão do caso Twitter *versus* Taamneh é um exemplo de como a Suprema Corte Norte-Americana aborda a responsabilidade civil das plataformas digitais em relação à disseminação de conteúdos, inclusive de incitação ao terrorismo, demonstrando prudência nas decisões que, em última análise, possam impactar na restrição à liberdade de expressão no ambiente digital.

4.3 ALERTA NO FACEBOOK: O ESCRACHE COMO DISCURSO CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO. CASO CAMILA *VERSUS* PEDRO - TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA

O caso Camila *versus* Pedro (Colômbia, 2023) é referente a colisão entre os direitos fundamentais de liberdade de expressão e manifestação e os direitos de personalidade, notadamente direito à honra e ao bom nome, nas redes sociais. Trata-se de uma ação de tutela, proposta em janeiro de 2022, onde Pedro alega que teve a honra, a imagem e o bom nome violados a partir de uma publicação feita por perfil criado na rede social Facebook, sob o nome de Alejandra e republicado por outro perfil com nome de María. A publicação veiculava a foto de Pedro, com título de “estuprador” e contendo uma mensagem que o denunciava por violência sexual, física e psicológica contra várias mulheres. A publicação alertava a comunidade da rede social, em especial as mulheres, que Pedro era perigoso e que não merecia confiança (Colômbia, 2023).

Pedro alega que a publicação contém informações falsas, utiliza sua imagem sem autorização, constitui crimes de calúnia e, portanto, constitui uso ilegítimo da liberdade de expressão. Consequentemente, ajuizou a ação e solicitou como medida de proteção aos direitos à imagem, à honra e ao bom nome, que a administradora do perfil Alejandra fosse condenada a retirar a referida publicação e retificar as informações publicadas.

No processo de revisão perante o Tribunal Constitucional da Colômbia, Camila foi identificada como administradora do perfil Alejandra e informou que criou também o perfil de María (dois perfis anônimos) e ressaltou que fez as publicações porque foi vítima de violência sexual, física e psicológica por parte de Pedro, esclarecendo as ocasiões em que ocorreram as violências. Em decorrência desses fatos, Camila, apresentou duas denúncias à Procuradoria-Geral da República, além de solicitar sigilo de sua identidade e medidas de segurança para proteção de sua vida e integridade pessoal.

O Tribunal destaca duas questões para a análise do caso Camila *versus* Pedro: é considerada violação aos direitos à honra, ao bom nome e à imagem de terceiro uma publicação anônima sobre supostos atos de violência sexual, física e psicológica que ele tenha cometido, quando a denunciante tenha sido vítima de tais formas de violência? Ou, nessas circunstâncias, a denúncia anônima de violência sexual, psicológica e física com

a intenção de manifestar abusos contra as mulheres, é um exercício legítimo da liberdade de expressão? (Colômbia, 2023).

Para a solução dessas questões, o Tribunal apresenta considerações gerais sobre os direitos fundamentais de personalidade (direito à imagem, honra e bom nome) e de liberdade de expressão e informação e o impacto da liberdade de expressão nas redes sociais:

a) Direitos fundamentais de personalidade

Os direitos à imagem, à honra e ao bom nome são reconhecidos no artigo 15 da Constituição que se refere à proteção de todas as pessoas à sua intimidade pessoal e familiar e a seu bom nome, sendo dever do Estado respeitar e fazê-los respeitar (Colômbia, 1991). O direito fundamental ao bom nome sugere a proteção da reputação e a garantia de que não sejam apresentadas expressões ofensivas, injuriosas, degradantes ou falsas que geram a perda de respeito pela imagem pessoal de cada pessoa. A análise desse direito também irá considerar a situação social e o comportamento de cada pessoa (Colômbia, 2023).

A violação ao direito ao bom nome ocorre quando sem justificativa são difundidas informações falsas ou errôneas que distorcem o conceito que uma pessoa construiu na sociedade; é um direito relacionado à vida pública. De forma diversa, o direito à honra está ligado a aspectos da vida privada; é o respeito que cada pessoa deve receber em virtude da sua dignidade humana. Nesse sentido, a violação do direito à honra acontece quando há um dano grave à valorização ou ao respeito que os outros têm de uma pessoa ou mesmo quando a pessoa vê a sua própria imagem gravemente afetada.

O direito a imagem decorre do artigo 16 da Constituição, que estabelece o direito ao livre desenvolvimento da personalidade (Colômbia, 1991). O Tribunal descreve a definição desse direito com base em três aspectos. O primeiro está relacionado a construção da autoimagem da pessoa, como ela deseja se ver e ser vista pelos outros. O segundo aspecto tem relação com a decisão da pessoa em relação à divulgação de sua imagem pessoal, inclui a autorização da divulgação ou não de sua imagem. O terceiro aspecto envolve a proteção da identidade da pessoa no contexto social (Colômbia, 2023).

O nível de exposição das pessoas também é fator de avaliação para compreender o alcance do direito à imagem. Pessoas com maior exposição da imagem, como as que têm funções públicas, têm menor proteção do direito do que as pessoas que

não têm uma exposição pública. O Tribunal conclui que o direito à própria imagem poderá ser violado quando a mensagem transmitida não for verídica, quando a exibição da imagem não for autorizada pelo titular ou quando houver intervenção de terceiro na imagem de uma pessoa, sem sua autorização (Colômbia, 2023). Portanto, para avaliar a violação ao direito à imagem devem ser consideradas as circunstâncias do caso concreto e o nível de exposição da imagem pessoal.

b) Direito à liberdade de expressão e informação

O direito à liberdade de expressão e informação estão protegidos no artigo 20 da Constituição, ao afirmar que é garantido a toda a pessoa a liberdade de expressão e difusão de seu pensamento e opiniões, de informar e receber informações verdadeiras e imparciais (Colômbia, 1991).

O direito à liberdade de expressão inclui duas formas de desenvolvimento: por um lado, a liberdade de informação e, por outro, a liberdade de opinião. Enquanto a liberdade de opinião protege a transmissão de pensamentos, opiniões, ideias e informações pessoais de quem os expressa, a liberdade de informação protege a comunicação sobre fatos, acontecimentos, pessoas, grupos e situações em geral. O poder de denunciar crimes publicamente é um tipo de liberdade de expressão que possui alguns limites, pois podem gerar efeitos irreparáveis nos direitos pessoais das pessoas acusadas. Assim, os denunciadores devem estar comprometidos com a verdade e a imparcialidade (Colômbia, 2023). Esse comprometimento deve ser observado ainda mais quando a denúncia é divulgada por meio de redes sociais, devido as suas características de ampla acessibilidade e rápida difusão da informação.

c) Direito à liberdade de expressão nas redes sociais

As redes sociais são consideradas o meio de comunicação mais utilizado atualmente. Dessa forma, em decorrência do amplo espaço para manifestação de opiniões são identificados discursos públicos, da mídia tradicional e também dos usuários das redes sociais, que as tornam um ambiente propício ao exercício do direito à liberdade de expressão. Assim, a informação publicada através das redes sociais possui características particulares, como a ampla acessibilidade, a determinação do conteúdo de forma autônoma por quem faz a publicação, a rapidez e o alcance da informação, e uma vez divulgada, em muitos casos, a informação deixa de estar disponível ao remetente podendo ser amplamente difundida por outros usuários da rede social. Por essas características

deve ser considerada a possibilidade de limitação do direito de expressão no contexto do ambiente digital (Colômbia, 2023).

Outro ponto relevante tratado pelo Tribunal para a decisão do caso é o “escrache como discurso constitucionalmente protegido” (Colômbia, 2023, p. 31). Com as redes sociais surgiu uma variedade de grupos com iniciativas feministas, com a finalidade de tornar visível o discurso das mulheres nas questões de desigualdade no acesso às oportunidades, violação de direitos, e violências de todos os tipos. Essas reclamações, chamadas de escraches, foram reconhecidas pelo Tribunal como um exercício de liberdade de expressão e como um mecanismo legítimo para as mulheres denunciarem publicamente atos de violência de que são vítimas, através de meios não institucionais. Dessa forma, “escrache” é considerado um mecanismo de denúncia não apenas para o exercício de liberdade de expressão, mas também como um instrumento de denúncia que visa exigir respostas e proteção das instituições do Estado para a proteção das mulheres contra a violência (Colômbia, 2023).

A proteção do “escrache” foi estabelecida pelo Tribunal em decisão (Colômbia, 2021) onde o autor Cesar alegou violação de seus direitos ao bom nome e à honra, por ocasião de algumas publicações feitas por uma mulher, chamada Amanda, nas redes sociais. Amanda, que realizou as publicações, afirmou ter sido vítima de abuso sexual por parte de Cesar. Assim, o Tribunal decidiu negar a proteção dos direitos fundamentais de Cesar e destacou que as denúncias de Amanda fazem parte de um discurso protegido constitucionalmente que corresponde ao direito das mulheres de desfrutar de uma vida livre de violência; também restou estabelecido que, nos casos de escrache em que a vítima direta é quem faz a denúncia, não são aplicáveis os ônus da veracidade e da imparcialidade (Colômbia, 2021).

A partir dessas considerações é reconhecido um ambiente propício para a colisão entre os direitos de liberdade de expressão e direitos de personalidade nas redes sociais, que precisa ser decidido com base na ponderação.

Para o julgamento da colisão entre esses direitos o Tribunal apresenta um juízo de ponderação construído pelo Tribunal em decisão de 2019, que estabelece o cumprimento de três passos específicos: o primeiro passo aborda da determinação do grau de impacto que a publicação, informação ou opinião causa aos direitos à honra e ao bom nome da pessoa afetada; o segundo passo é a definição do alcance ou grau de proteção

que a liberdade de expressão confere à informação publicada; e, o terceiro passo trata da determinação de qual direito deve ter precedência a partir da comparação entre o impacto sobre os direitos ao bom nome e à honra com o grau de proteção que a liberdade de expressão concede à informação publicada (Colômbia, 2019).

No terceiro passo onde é determinada a precedência de um direito sobre o outro, o Tribunal ressalta que, para justificar a limitação da proteção constitucional do direito à liberdade de expressão, é necessário satisfazer três requisitos: primeiro, a medida deve apontar para a consecução de fins constitucionais; segundo, as restrições ao direito de liberdade de expressão devem ser apropriadas, necessárias e proporcionais; e, terceiro, deve ser ponderado o impacto que a restrição à publicação poderia ter no ambiente das redes sociais (Colômbia, 2023).

O Quadro 3 apresenta um esquema de como o juiz constitucional deve proceder para solucionar os casos em que sejam questionadas reclamações através das redes sociais, referenciado como juízo de ponderação.

Quadro 3 - Ponderação no caso de colisões entre os direitos à liberdade de expressão e direitos à honra e ao bom nome

Primeiro passo	
Ação do juiz	Crítérios a serem considerados
Determinar o grau de impacto que a publicação e divulgação das expressões ou informações causa ao bom nome	1. Conteúdo da mensagem; 2. O grau de incerteza ou controvérsia quanto ao seu conteúdo difamatório; 3. O impacto da divulgação: - O remetente da mensagem; - O assunto afetado pela publicação; - O meio de divulgação utilizado; - A periodicidade da publicação.
Segundo passo	
Ação do juiz	Crítérios a serem considerados
Determinar o grau de proteção que a liberdade de expressão confere à expressão ou informação publicada	1. A qualidade da pessoa com direito à liberdade de expressão (indivíduo, funcionário público, jornalista ou sujeito de proteção especial); 2. O aspecto da liberdade de expressão exercido no caso concreto (liberdade de opinião <i>versus</i> liberdade de informação) e responsabilidades aplicáveis; 3. O conteúdo do discurso; 4. Veracidade do conteúdo (<i>exceptio veritatis</i>).
Terceiro passo	
Ação do juiz	Crítérios a serem considerados
Estabelecer a relação de precedência condicional no caso específico	Comparar o impacto entre ambos os direitos para determinar se o dano à honra é compensado pela satisfação que a publicação da informação representa para a liberdade de expressão.

Quando a liberdade de expressão viola os limites da proteção constitucional	<ol style="list-style-type: none"> 1. Que a medida esteja orientada para a consecução de fins constitucionais; 2. Que as limitações impostas à liberdade de expressão sejam apropriadas, necessárias e estritamente proporcionais; e, 3. Pesar o impacto que a restrição à publicação poderia ter na capacidade da Internet e das redes sociais.
Adotar o recurso judicial menos lesivo aos direitos em questão	Teste tripartido.

Fonte: elaborado pela Autora com base em Colômbia (2023).

A ideia à seguir é apresentar os argumentos do Tribunal quando realiza a aplicação do juízo de ponderação, no caso *Camila versus Pedro*, bem como a interface com o teste da proporcionalidade e seus subtestes, notadamente no segundo e no terceiro passo do juízo de ponderação.

Conforme descrito no primeiro tópico, o caso *Camila versus Pedro* refere-se a uma ação de tutela, com pedido de exclusão de publicação realizada na plataforma de rede social do Facebook, por perfis anônimos, na qual Pedro foi acusado de esturador e indicado como tendo praticado atos de violência sexual, física e psicológica contra mulheres. O Tribunal, a partir da ponderação entre a proteção dos direitos à honra, ao bom nome e à imagem de Pedro e o exercício de liberdade de expressão da Camila (criadora dos perfis Alejandra e María), deve decidir sobre a precedência de um direito fundamental sobre o outro (Colômbia, 2023).

O Tribunal realiza a aplicação do juízo de ponderação para analisar o grau de impacto nos direitos colidentes. Inicia com o exame do grau de impacto nos direitos à honra e ao bom nome do autor, após verifica o grau de proteção da publicação e, se a referida denúncia constitui um uso legítimo do direito à liberdade de expressão (propósito legítimo e adequação). Por último, determina se o dano à honra de Pedro é compensado pela importância da denúncia apresentada por Camila no exercício do seu direito à liberdade de expressão (proporcionalidade em sentido estrito).

No primeiro passo, são analisados os elementos necessários para estabelecer o grau de impacto no direito de Pedro ao bom nome e à honra. São verificados o conteúdo, a veracidade e o impacto da divulgação da mensagem:

Queixa pública: denuncio este homem, é Pedro, mora em La Tapa, denuncio-o por ter abusado sexualmente e por ter cometido abusos físicos e psicológicos contra várias mulheres; estou fazendo esta denúncia para alertar toda a comunidade sobre os abusos que este homem tem cometido contra as mulheres e também, para alertar todas as mulheres, adolescentes e meninas, por favor

não confiem nele, ele é muito perigoso e a qualquer momento pode atacar um de nós novamente. Vamos quebrar o silêncio e as injustiças. #metoomovimento (Colômbia, 2023, p. 46).

A análise do conteúdo revela que o remetente, de forma anônima, apresenta a publicação como uma reclamação pública com a intenção de alertar sobre o perigo de uma pessoa, identificando os dados e localização do acusado sem revelar um episódio específico. Quanto a veracidade da mensagem, ao remetente dizer “pode atacar um de nós novamente” (Colômbia, 2023, p. 46) está afirmando que já foi atacado por Pedro, assim não levanta debate sobre a veracidade da informação, apresenta o fato como verdadeiro. Desse modo, é uma mensagem que impacta o direito ao bom nome.

O impacto da divulgação da mensagem é verificado com base no emissor da mensagem, no assunto abordado, no meio de divulgação e periodicidade. O Tribunal avaliou que a publicação não causou impacto particularmente excessivo no direito ao bom nome de Pedro, pois a denúncia que é apresentada em termos gerais e de forma anônima, compartilhada apenas por dois perfis do Facebook, sendo eliminada da rede social logo após a sua publicação, não afetando o ambiente de trabalho ou pessoal de Pedro, que em resposta ao Tribunal explicou “que trabalha com produção audiovisual, toca violão e é professor de música em uma academia, e em nenhum desses espaços foi afetado pela publicação” (Colômbia, 2023).

a) Propósito legítimo e adequação

O propósito legítimo e a adequação são identificados na aplicação do segundo passo realizado pelo Tribunal com base no juízo de ponderação. A análise é quanto ao grau de proteção que a liberdade de expressão confere à informação publicada por Camila no Facebook. São verificados o remetente da mensagem, o tipo de liberdade de expressão exercida (liberdade de opinião ou de informação) e o tipo e discurso utilizado. O Tribunal considerou que Camila (remetente da mensagem) deve ter especial proteção constitucional por ser suposta vítima de violência sexual, física e psicológica; que o tipo de liberdade de expressão exercida é o da informação, uma vez que a mensagem narra um fato como verdadeiro; e, que o tipo de discurso utilizado (escrache) é uma denúncia anônima realizada pela própria vítima, não sendo aplicáveis os critérios de veracidade e imparcialidade e devendo observar a confidencialidade da vítima (Colômbia, 2023).

Nessa análise é identificada a satisfação do propósito legítimo (primeiro subteste do teste da proporcionalidade), pois o direito que afasta a proteção ao bom nome

de Pedro possui um fim que é legítimo constitucionalmente, ou seja, o direito da Camila referente à liberdade de expressão e difusão de seu pensamento e opiniões, de informar e receber informações verdadeiras e imparciais, protegido no artigo 20 da Constituição (Colômbia, 1991). No mesmo sentido é adequado, pois busca promover a realização do fim perseguido, ou seja, o direito da Camila a realizar uma denúncia pelas redes sociais.

b) Necessidade

A necessidade de restrição ao direito ao bom nome de Pedro (artigo 15 da Constituição) resta satisfeita, pois o impacto na violação desse direito de personalidade de Pedro foi considerado menos lesivo para promover a finalidade da Camila de expressar sua liberdade de expressão, realizando sua denúncia por meio das redes sociais. Por outro lado, não foram apresentadas outras medidas, igualmente adequadas para a promoção da liberdade de expressão da Camila, que fossem menos prejudiciais ao direito ao bom nome e imagem de Pedro.

c) Proporcionalidade em sentido estrito

Na aplicação do terceiro passo do juízo de ponderação pelo Tribunal é realizada a comparação entre o grau de impacto nos direitos colidentes. Fazendo a interface com o quarto subteste da proporcionalidade, deve ser estabelecida uma relação de precedência condicionada entre princípios, com a lei da ponderação, que diz: quanto maior é o grau de descumprimento ou interferência em um princípio, maior deve ser a importância do cumprimento do outro princípio (Alexy, 2015).

Quanto ao direito ao bom nome de Pedro, o Tribunal considerou que a denúncia realizada gerou um impacto, porém não é um impacto excessivo, uma vez que a publicação foi apresentada em termos gerais, não teve ampla circulação (já foi eliminada das redes sociais) e não causou impacto importante na vida cotidiana nem profissional de Pedro (Colômbia, 2023). Esses argumentos justificam o primeiro momento da proporcionalidade em sentido estrito, a comprovação do grau de não cumprimento ou prejuízo do direito fundamental (Alexy, 2015).

O segundo momento é a demonstração da importância do cumprimento do direito contrário, ou da medida estatal que restringiu o direito fundamental (Alexy, 2015). Nesse ponto, na avaliação da importância do direito à liberdade de expressão da Camila, o Tribunal considerou que a denúncia apresentada representa um exercício do direito à liberdade de informação, que recebe proteção constitucional especial. A proteção especial

é devido a denúncia ser realizada por mulher que afirma ter sido vítima de violência sexual, física e psicológica; a denúncia estar baseada em questão de gênero e ter sido publicada diretamente pela vítima Camila (Colômbia, 2023), são argumentos que justificam a realização do direito à liberdade de expressão.

O terceiro momento da proporcionalidade em sentido estrito é a comprovação se a importância do cumprimento do direito colidente justifica o prejuízo ou o não cumprimento do outro direito constitucionalmente protegido.

Avaliando a colisão entre os direitos, o Tribunal assevera que parece claro que o eventual impacto no direito à honra e ao bom nome de Pedro é menor do que o impacto aos direitos fundamentais de liberdade de expressão da Camila que solicitam a eliminação da publicação e a retificação da denúncia pública. O Tribunal afirma que não há impactos importantes na vida pessoal de Pedro que pudessem ocasionar prejuízos de forma intensa, exagerada ou desproporcional na sua reputação (Colômbia, 2023).

Por outro lado, solicitar a retificação da publicação exigida por Pedro (a eliminação não é mais aplicável porque a publicação já foi deletada), poderia ocasionar um maior prejuízo ao direito à liberdade de expressão e informação da Camila, uma vez que poderia desencorajar a exigência de justiça, gerar um ambiente de revitimização e questionamentos sobre a história da vítima e fechar um espaço de promoção de debates na proteção dos direitos das mulheres (Colômbia, 2023).

Por fim, o Tribunal, após o julgamento de ponderação que comparou o grau de impacto nos direitos à honra e ao bom nome de Pedro e o grau de proteção à liberdade de expressão que a denúncia publicada por Camila possui, concluiu que não há razões para ordenar a retificação da publicação requerida por Pedro, pois a denúncia da Camila é uma forma de exercício do direito fundamental à liberdade de expressão. Assim, no caso analisado, a proteção ao direito ao bom nome restou desproporcional.

No julgamento do caso *Camila versus Pedro* foi possível identificar a aplicação do teste da proporcionalidade e seus subtestes de forma estruturada e sistemática pelo Tribunal Constitucional da Colômbia. Além dos argumentos da decisão, também as referências citadas pelo Tribunal demonstram a solidez e clareza das justificativas.

Restou comprovado que o direito fundamental de liberdade de expressão e direito ao bom nome, não são absolutos, podendo sofrer limitações ou restrições. A

aplicação do teste da proporcionalidade e seus subtestes de forma metódica e sequencial, utilizada pelo Tribunal, contribuiu para a construção de argumentos racionais na justificação da legitimidade do fim perseguido, da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido restrito. Dessa forma, a limitação ao escopo de proteção do direito fundamental ao bom nome foi considerada proporcional e justificada em razão da maior relevância e importância à satisfação da proteção ao direito de liberdade de expressão e informação no caso *Camila versus Pedro*.

Destaca-se que o Tribunal Constitucional da Colômbia na aplicação do teste da proporcionalidade de forma sequencial e rigorosa, demonstra a viabilidade de atingir a pretensão do teste da proporcionalidade que é identificar a clareza e transparência na fundamentação da justificativa de intervenção no escopo de proteção de um direito fundamental.

4.4 AMOR ESTRANHO AMOR. DIREITO AO ESQUECIMENTO OU À LIBERDADE DE INFORMAÇÃO? SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: CASO XUXA *VERSUS* GOOGLE

O caso *Xuxa versus Google* (Brasil, 2012b) aborda a colisão entre direitos fundamentais de liberdade de expressão e informação e os direitos de personalidade (direito à imagem e direito ao esquecimento), além de tratar as questões da responsabilidade civil dos provedores de serviço de Internet.

Maria da Graça Xuxa Meneghel, denominada Xuxa, propõe ação ordinária com pedido de tutela antecipada em face da empresa Google Brasil Internet Ltda. O objetivo da ação é a retirada do sistema de busca da Google (Google Search), resultados que envolvam o nome Xuxa, relacionado às expressões “pedofilia” ou pedófila”, assim como qualquer outra busca que associe ao seu nome, de forma parcial ou não, independente da grafia, a qualquer prática criminosa (Brasil, 2012b).

O pedido de Xuxa decorre de resultados de busca no Google referente a sua participação, em 1982, no elenco de um filme denominado ‘Amor Estranho Amor’. Na época, Xuxa tinha 19 anos e no filme de longa metragem, interpreta Tamara, uma personagem de 15 anos de idade que seduz o menino Hugo, que tinha 12 anos na época das filmagens. No filme, Xuxa aparece nua ao lado do menino, sugerindo um ato sexual

(Amor estranho amor, 201-). Tempos depois, Xuxa passa a ser apresentadora de programas infantis, com grande notoriedade nacional, assim, a apresentadora por temer que a polêmica do filme interferisse e atrapalhasse sua carreira com o público infantil, tenta impedir a comercialização e produção do filme, em ações judiciais em face da empresa Cinearte Produções. Em decorrência dessa luta para evitar que o filme fosse assistido, é provocada a curiosidade das pessoas que passam a procurar pelo seu nome nas redes sociais. A procura no site da Google é constantemente aliada à prática de pedofilia, prejudicando a imagem de Xuxa que é um ídolo no meio infantil. Assim, Xuxa buscou apoio no judiciário para preservar o livre desenvolvimento da sua personalidade, após ter tentado, ao longo de muitos anos, inibir a circulação do filme, sem sucesso devido a abrangência da Internet (Cruz et al., 2014).

Dessa forma, o caso Xuxa *versus* Google, em decisão de primeira instância, tem o pedido de tutela antecipada deferido, determinando que a empresa Google fosse privada de disponibilizar aos seus usuários, no site de buscas, quaisquer resultados/links a partir dos critérios de busca “Xuxa”, “pedófila”, “Xuxa Meneghel”, ou qualquer outra grafia que se assemelhe a estas, de forma isolada ou não, com ou sem aspas, sob pena de multa cominatória de R\$ 20.000,00 por cada resultado positivo disponibilizado ao usuário (Brasil, 2012b).

A empresa Google, em sede de agravo de instrumento, impugnou a decisão. O Tribunal decidiu pelo parcial provimento, restringindo a liminar “apenas às imagens expressamente referidas pela parte agravada”, ainda assim sem “exclusão dos links na apresentação dos resultados de pesquisas” (Brasil, 2012b, p. 5). Tanto a Xuxa quanto a empresa Google interpuseram embargos de declaração que foram rejeitados pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJ/RJ). Assim, a empresa Google interpôs Recurso Especial, que foi provido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), que é objeto deste estudo e passa a ser analisado.

O Superior Tribunal de Justiça destaca que a discussão abrange a determinação dos limites da responsabilidade das plataformas de site de pesquisa, via Internet, pelo conteúdo dos respectivos resultados. Afirma o Superior Tribunal de Justiça que é indiscutível a importância dos sites de pesquisa na Internet, onde milhares de pessoas buscam por informações, mas que, muitas vezes, o acesso às informações pode se tornar muito difícil sem a utilização de pesquisas que os sites de busca oferecem. Por

outro lado, essa ferramenta pode ser usada para localizar sites de conteúdo ilícito (Brasil, 2012b).

Para analisar a responsabilidade das plataformas digitais é realizada uma abordagem sobre: 1) a sujeição dos serviços de Internet ao CDC (Brasil, 1990); 2) a natureza jurídica do serviço de pesquisa via Internet; 3) os limites da responsabilidade dos provedores de pesquisa; e, 4) a hipótese dos autos.

Na primeira abordagem, quanto a sujeição dos serviços de Internet ao CDC, o Tribunal afirma que a relação de consumo não é distorcida pelo fato de o serviço prestado pelo provedor ser gratuito não pois o “termo ‘mediante remuneração’, artigo 3º, § 2º, do CDC (Brasil, 1990), deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor” (Brasil, 2012b, p. 9). Também, deve ser considerado que, apesar de serem gratuitas as pesquisas realizadas via sites de busca, como o Google Search, são vendidos espaços publicitários (*cross marketing*) e ordem de preferência na lista de resultados. Logo, não há dúvidas de que existe relação de consumo nos serviços de Internet (Brasil, 2012b).

A segunda abordagem que trata da natureza jurídica do serviço de pesquisa via Internet, o Tribunal ressalta que os provedores de serviços digitais, como os sites de busca, fornecem serviços ligados ao funcionamento da rede mundial de computadores, ou por meio dela. Assim, os sites de busca realizam a disponibilização de ferramentas para que o usuário realize pesquisas de qualquer natureza ou conteúdo existente na *web* (Brasil, 2012b).

Essa busca ocorre a partir dos critérios vinculados ao resultado da pesquisa, indicados pelo usuário e assim recebe as respostas com os respectivos links das páginas onde a informação pode ser localizada. Dessa forma, a “pesquisa constitui uma espécie do gênero provedor de conteúdo, pois esses sites não incluem, hospedam, organizam ou de qualquer outra forma gerenciam as páginas virtuais indicadas nos resultados” (Brasil, 2012b, p. 10-11); a pesquisa é realizada a partir dos conteúdos indicados pelo próprio usuário, assim, o serviço é limitado à indicação de links (Brasil, 2012b).

Quanto aos limites da responsabilidade dos provedores de pesquisa, a terceira abordagem, essa deve ficar restrita à natureza da atividade por eles desenvolvida, ou seja, a disponibilidade de ferramenta de pesquisa que facilita a localização de informações na

Internet. Assim, está abrangida a garantia do sigilo das informações, a segurança e a inviolabilidade dos dados pessoais e das buscas realizadas pelos usuários (Brasil, 2012b).

Esclarece o Tribunal que não está relacionada à atividade intrínseca do serviço prestado pelos provedores a filtragem do conteúdo das pesquisas realizadas, não se aplicando assim, os termos do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor que se referem em que circunstâncias é considerado um serviço defeituoso (Brasil, 1990). Também, que é impossível definir parâmetros para que os provedores autorizem ou rejeitem determinada informação ou página, por conteúdo ofensivo, assim como não é possível falar em risco da atividade por danos decorrentes das buscas realizadas por usuários, devendo o artigo 927, parágrafo único, do Código Civil (Brasil, 2002) ser interpretado com prudência. As atividades desenvolvidas por provedores de serviços de Internet não são de risco pela sua natureza, portanto, o dano moral não pode ser considerado um risco inerente a esse serviço. Logo, a imputação de responsabilidade aos provedores de pesquisa pelo conteúdo resultante das buscas feitas pelos usuários não é legítima (Brasil, 2012b).

A partir dessas considerações, o Tribunal passa a analisar a razoabilidade da restrição aos provedores de pesquisa imposta pela decisão de primeiro grau de jurisdição, determinando que a empresa Google “se abstenha de disponibilizar aos seus usuários, no site de buscas Google quaisquer resultados/links na hipótese de utilização dos critérios de busca “Xuxa”, “pedófila”, “Xuxa Meneghel” (fl. 71, e-STJ) (Brasil, 2012b, p. 15).

O Tribunal destaca dois itens: o primeiro item diz que impor critérios objetivos para limitação de pesquisas aos provedores, além de ser pouco efetivo, pode produzir um efeito negativo, na medida que a imposição de limitar o acesso a determinado conteúdo poderia encorajar a ação de *hackers* para contornar essa limitação e ter acesso ao conteúdo. Essa medida também seria ineficaz por não alcançar provedores de outras nacionalidades.

O segundo item a ser analisado é que a censura iria impedir a localização de qualquer página com o termo proibido, sem considerar se o conteúdo é ilegal ou não, o que restringiria o direito à informação. Exemplos de como pode ser lesiva tal imposição aos provedores de serviço de busca é que se fossem proibidos resultados a partir da pesquisa da expressão pedofilia ligada ao nome da Xuxa, essa restrição impediria o acesso dos usuários “a difusão de entrevista concedida recentemente pela própria recorrida,

abordando a pedofilia e que serve de alerta para toda a sociedade. [...] dificultaria até mesmo a divulgação do próprio resultado do presente julgamento” (Brasil, 2012b, p. 16).

Aqui, o Tribunal realiza a ponderação entre os direitos à informação de toda a sociedade, garantia constitucional prevista no artigo 220, § 1º, da Constituição Federal/1988 (Brasil, 2023a) e o direito ao esquecimento decorrente do direito à imagem e intimidade garantido no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal/1988 (Brasil, 2023a) requerido por Xuxa, e assevera que a Internet representa um relevante meio de comunicação de massa, assim prepondera o direito da coletividade à informação.

Na última abordagem, é avaliada a viabilidade da supressão de resultados que apontem para uma foto ou texto específico. O Tribunal assevera que, para ser admissível, a supressão de resultados deverá ser acompanhada de ordem judicial, mostrando-se inviável a simples notificação extrajudicial, de forma a não delegar aos provedores de serviço de Internet o juízo quanto ao potencial ofensivo de texto ou imagem alegado pela vítima. A necessidade de ordem judicial deve ser atendida mesmo quando o pedido de supressão de resultados da lista de busca seja acompanhado da indicação da URL correspondente (Brasil, 2012b).

O último ponto destacado na análise da responsabilidade dos provedores de serviços foi a hipótese dos autos. No caso *Xuxa versus Google*, a decisão foi obrigar a Google à exclusão dos resultados de pesquisa do seu site de busca determinadas imagens, sem a necessidade de indicação dos URL's das páginas. Uma determinação tecnicamente impossível, assim é incompatível a multa fixada por violação do artigo 461, § 4º, do CPC (Brasil, 2015). E, se na decisão fosse exigido da vítima a indicação dos URL's, isso implicaria ausência de interesse de agir, pois ela própria poderia ajuizar ação contra quem divulgou as imagens e não em face do provedor de serviços de busca na Internet (Brasil, 2012b).

Nesse contexto, o Tribunal decide que os provedores de pesquisa não são responsáveis pelo conteúdo do resultado das buscas realizadas por seus usuários; não podem ser obrigados a exercer um controle prévio do conteúdo dos resultados das buscas; da mesma forma que não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, foto ou texto específico, independentemente da indicação do URL da página onde este estiver inserido.

Assim, a decisão pelo provimento ao recurso especial para cassar a decisão que antecipou os efeitos da tutela, ressalta, no argumento final, que foi avaliado “de uma forma ampla o descabimento de se impor aos provedores de pesquisa qualquer restrição nos resultados das buscas realizadas por seus sistemas, sob pena de afronta ao direito constitucional de informação” (Brasil, 2012b, p. 20).

Após proferida a decisão pelo Superior Tribunal de Justiça, Xuxa ajuizou ação reclamatória (Brasil, 2014b) com pedido de medida liminar, na qual sustenta que a decisão teria desrespeitado o enunciado da Súmula Vinculante n.º 10 do Supremo Tribunal Federal (Brasil, 2008) que trata da violação do artigo 97 da CF (Brasil, 2023a), sobre a cláusula de reserva. Sugere, na reclamação, que a decisão abordou inconstitucionalidade de lei ao afastar a incidência da norma ordinária para decidir com base em critérios extraídos da Constituição.

Ao analisar a reclamação da Xuxa, o Supremo Tribunal Federal destacou que o acórdão “não declarou a inconstitucionalidade das normas legais nele examinadas nem afastou, mesmo implicitamente, a sua incidência, para decidir a causa sob critérios diversos alegadamente extraídos da Constituição” (Brasil, 2014b) não foi verificada a existência de qualquer juízo disfarçado de inconstitucionalidade da norma legal apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça, que decidiu a questão apresentada com base no ordenamento infraconstitucional. Portanto, o Supremo Tribunal Federal manteve a decisão do Superior Tribunal de Justiça que levou em consideração o direito à liberdade de informação.

O caso Xuxa *versus* Google envolve o debate da responsabilidade civil dos provedores de serviços de busca na Internet e decorrente dessa questão verificou-se a colisão entre dois direitos constitucionalmente protegidos: o direito de personalidade, no que tange a preservação da imagem e direito ao esquecimento, e o direito à liberdade de informação.

Nos argumentos da decisão, o Superior Tribunal de Justiça não evidencia um debate aprofundado sobre a colisão dos direitos fundamentais, até pelo fato de que se assim o fizesse estaria violando a cláusula de reserva. Logo, a prevalência do direito da coletividade à liberdade de expressão é mencionada de forma superficial.

A ideia a seguir é a proposta de aplicação do teste da proporcionalidade com a análise de seus subtestes no caso *Xuxa versus Google*, notadamente na colisão dos direitos fundamentais.

a) Propósito legítimo

A finalidade da medida estatal é a garantia da liberdade de informação no ambiente digital. Trata da não limitação da divulgação de conteúdos apresentados a partir da busca de resultados na plataforma Google.

A liberdade de informação é um direito constitucional, previsto no artigo 220, da Constituição Federal/1988, que proíbe a restrição à manifestação do pensamento, criação, expressão e informação sob qualquer forma, processo ou veículo de comunicação. Ainda, no parágrafo 1º, em observância ao disposto no artigo 5º, incisos IV, V, X, XIII e XIV da CF/88, “nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social” (Brasil, 2023a).

O propósito legítimo, primeiro subteste do teste da proporcionalidade, é satisfeito quando a medida estatal que restringe um direito fundamental busca um fim legítimo. No caso *Xuxa versus Google*, à medida que restringiu o direito fundamental à imagem e ao esquecimento, busca um fim legítimo, que é a liberdade de informação (artigo 220 CF/88), portanto o primeiro subteste está satisfeito.

b) Adequação

Para satisfazer o segundo subteste do teste da proporcionalidade, é necessário demonstrar que a medida estatal é adequada para atingir o fim legítimo. Para que a liberdade de informação no ambiente das plataformas digitais, a partir da utilização de ferramentas de buscas por expressões, termos ou imagens, seja respeitada, não pode haver restrições ou supressão de termos.

Desse modo, a medida estatal que proibiu qualquer tipo de restrição aos resultados de busca da Google Search, que envolvam o nome Xuxa, relacionado às expressões “pedofilia” ou pedófila” assim como qualquer outra busca que associe ao nome Xuxa, de forma parcial ou não, independente da grafia, a qualquer prática criminosa, está adequada para garantir a proteção à liberdade de informação, que é o fim pretendido.

c) Necessidade

A verificação da necessidade da medida estatal é o terceiro teste do teste da proporcionalidade. Ele restará satisfeito se não houver outras medidas menos lesivas, mas que sejam da mesma forma adequadas para atingir o fim legítimo. A finalidade perseguida é o direito fundamental à liberdade de informação e a restrição da medida estatal afetou o direito de imagem e direito ao esquecimento requerido por Xuxa.

Nesse ponto, pode ser advertido que poderiam ser tomadas outras medidas menos restritivas ao direito ao esquecimento de Xuxa. A medida estatal proibiu qualquer tipo de restrição aos resultados de busca realizados na Google Search para atingir a finalidade de acesso da coletividade à informação, trazendo grave violação ao direito de personalidade.

Entretanto, se a medida restritiva estivesse apoiada na desindexação do conteúdo, e não na exclusão do conteúdo, estaria igualmente alcançando o fim perseguido do acesso à informação, pois o conteúdo continuaria disponível nos sítios de origem da publicação, porém, com menor gravidade ao direito de personalidade de Xuxa, no sentido em que os resultados não estariam indexados ao seu nome e imagem.

Evidencia-se que há outra medida menos restritiva da que fora apresentada. A coletividade continuaria a ter acesso à conteúdos, expressões e imagens a partir das ferramentas de busca nos sites de origem da publicação. Portanto, a medida que proibiu a restrição aos resultados de busca da Google Search que envolvam o nome Xuxa é uma medida desnecessária, sendo identificada outra medida que atinja o fim perseguido da liberdade de informação e que seja da mesma forma adequada e menos lesiva ao direito de imagem e ao direito ao esquecimento no caso Xuxa *versus* Google.

Não sendo satisfeito o terceiro subteste, a medida estatal que restringiu os direitos de personalidade da Xuxa é considerada desproporcional. A rigor, não seria necessária a avaliação do último subteste, no entanto, será analisado de forma a confirmar a desproporcionalidade da medida.

d) Proporcionalidade em sentido estrito

O último subteste do teste da proporcionalidade, a proporcionalidade em sentido estrito, ou ponderação, será examinada ainda que os demais subtestes do propósito legítimo, adequação e necessidade já tenham sido satisfeitos. Nesse subteste será

verificado se a importância da medida estatal que restringiu os direitos à imagem e ao esquecimento da Xuxa, é justificada pela satisfação do direito à liberdade de informação.

Assim, é realizada a ponderação entre a colisão de dois direitos constitucionalmente protegidos: direito à liberdade de informação (artigo 220, CF/88) e o direito à imagem e ao esquecimento (artigo 5º, CF/88).

A proteção ao direito à imagem e ao esquecimento refere-se ao pedido de retirada do sistema de busca da Google dos resultados que envolvam o nome Xuxa relacionado às expressões ‘pedofilia’ ou ‘pedófila’ em decorrência de sua participação no filme ‘Amor estranho amor’, em 1982.

A preocupação com a imagem da Xuxa decorre de sua atuação como apresentadora na televisão comandando programas infantis; nesse sentido, a apresentadora não quer ver seu nome vinculado à conteúdos que denigrem sua imagem, como fotos de cenas do filme e a própria capa do DVD do filme ‘Amor estranho amor’, em que ela aparece nua. O conteúdo, então divulgado nas pesquisas de busca em sites da Internet trazem prejuízo à imagem de Xuxa que requer o direito de que eles sejam excluídos da lista de resultados das buscas pela ferramenta Google Search, garantindo assim o seu direito à imagem e ao esquecimento.

Por outro lado, deve ser ponderado o direito da coletividade de ter acesso à informação. Na defesa da proteção do direito à liberdade de informação, foi argumentado no acórdão do Superior Tribunal de Justiça que a censura impediria a localização de qualquer página com o termo proibido, sem considerar se o conteúdo é ilegal ou não.

Todo e qualquer conteúdo vinculado aos termos ‘pedofilia’, ‘pedófila’ e ao nome ‘Xuxa Meneghel’, ou qualquer outra busca que associe qualquer prática criminosa ao nome ‘Xuxa’, de forma parcial ou não, independente da grafia, seria suprimido das listas de busca. A consequência seria uma séria restrição ao direito de informação da coletividade, pois nem a divulgação do julgamento em questão seria possível.

Ponderando os pesos concretos dos direitos fundamentais colidentes, é atribuído uma importância maior ao direito à liberdade de informação para garantir à coletividade o acesso irrestrito à conteúdos e informações nas listas dos sites de busca na Internet, conforme preceitua o artigo 220 da CF/88. A importância da satisfação do direito à liberdade de informação justificou a restrição ao direito de imagem e direito ao esquecimento, que no caso concreto restou afastado, sendo considerada desproporcional

a decisão de primeira instância que ordenava a restrição aos conteúdos elencados acima pela Google.

Destaca-se que, apesar de não ter sido tratada a colisão dos direitos constitucionais de forma clara no presente acórdão, é possível construir um raciocínio para aplicação do teste da proporcionalidade a partir dos argumentos apresentados na decisão. Se o teste da proporcionalidade fosse aplicado para a decisão do caso *Xuxa versus* Google haveria a possibilidade do resultado ser diferente, pois no terceiro subteste seria verificada a desproporcionalidade da medida estatal.

Analisando o caso *Xuxa versus* Google foi possível perceber que a proteção ao direito ao esquecimento é um tópico que ainda carece de amadurecimento nos tribunais brasileiros. Em 2021, o Supremo Tribunal Federal firmou tese no tema 786, Caso Aida Curi (Brasil, 2021e) estabelecendo que é incompatível com a Constituição o direito ao esquecimento “entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais” (Brasil, 2021e).

A tese do tema 786 do Supremo Tribunal Federal parece sugerir um aceno ao que seria possível alegar como direito a ser esquecido, porém, apenas como reflexão, mesmo que os fatos sejam verídicos e lícitos, se o indivíduo deseja retirar do ambiente digital essas informações a seu respeito porque não poderia? Talvez seja necessária uma análise mais profunda baseada em critérios do que pode ou não ser esquecido, como exemplo do que vem ocorrendo nos países integrantes da União Europeia, apresentado no capítulo 2, pelo Relatório de Transparência da Google (Google, 2023).

Nesse sentido, Chala (2021) sustenta a possibilidade de justificar o reconhecimento do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro a partir da ponderação de cinco critérios: a veracidade da informação; o conteúdo prejudicial violador de um dos direitos da personalidade; a falta de relevância contemporânea; a falta de relevância histórica; e, o esgotamento da relevância informativa. Os critérios propostos são uma forma de auxiliar, junto com o teste da proporcionalidade, na verificação da medida que restringiu o direito ao esquecimento.

Esse é um tema que necessita de amadurecimento; é preciso permitir o livre desenvolvimento da personalidade no ambiente digital, sem a prévia condenação de estar preso a um passado indesejado.

A apresentação dos casos deste último capítulo tem como objetivo a reflexão sobre a limitação, à qual os direitos fundamentais de liberdade de expressão e direitos à personalidade estão cada vez mais propensos nas redes sociais. Assim, a aplicação do teste da proporcionalidade como critério de racionalidade é fundamental na verificação dos argumentos que justificam a violação no escopo de proteção dos direitos fundamentais no ambiente digital.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, na atual ‘era da Internet’ os direitos fundamentais, em especial os relacionados à liberdade de expressão e os direitos de personalidade, apesar do amplo escopo de proteção constitucional que lhes é outorgado, estão propensos às limitações decorrentes do uso das redes sociais como principal meio de interação entre as pessoas.

As justificativas para as limitações aos direitos fundamentais devem estar balizadas em argumentos racionais, para tanto, a proposta desta dissertação versou sobre os limites aos direitos fundamentais de liberdade de expressão e direitos de personalidade no constitucionalismo digital e o teste da proporcionalidade como critério de racionalidade. Nesse contexto, buscou-se responder se é possível atingir uma racionalidade argumentativa, comprometida com a proteção dos direitos fundamentais e a intervenção mínima no direito afastado utilizando, na decisão judicial, o teste da proporcionalidade como critério metodológico.

No primeiro capítulo foi abordado o desenvolvimento de um constitucionalismo digital decorrente da crescente utilização da Internet e das redes sociais. A rigor, não haveria a necessidade de conceituar um novo constitucionalismo, mas sim identificar dentro do constitucionalismo tradicional a proteção dos direitos fundamentais no ambiente digital.

Também, foram identificados os direitos de liberdade e expressão e direitos de personalidade no constitucionalismo digital, bem como os desafios que a era digital apresenta para o exercício desses direitos fundamentais. Concluiu-se que, no ambiente digital, existe uma grande probabilidade de os direitos fundamentais serem restringidos ou limitados por atos do Estado, do legislativo e das grandes empresas de tecnologia digital. Verificou-se que não existe, no cenário brasileiro, uma legislação robusta para a proteção dos direitos fundamentais, em especial no que tange à responsabilidade civil pela atuação das empresas de plataformas digitais.

Assim, sugere-se que a definição de uma regulação específica para tratar das responsabilidades das plataformas digitais pode evitar ou, ao menos, minimizar as restrições e violações dos direitos fundamentais no ambiente digital. De toda a sorte, quando ocorre a restrição a um direito fundamental deve ser avaliado se a medida

restritiva de um direito se apresenta justificada racionalmente, se essa medida é ou não proporcional às circunstâncias do caso concreto analisado. Para avaliar se a intervenção ao direito fundamental é ou não proporcional, é sugerida a aplicação do teste da proporcionalidade.

No segundo capítulo foi apresentado o teste da proporcionalidade como o ‘limite dos limites’, um critério de racionalidade que tem a intenção de identificar o quanto um direito fundamental pode ser restringido. Foi abordada a estrutura do teste da proporcionalidade composta de quatro subtestes (propósito legítimo, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) que, se forem cumpridos de forma satisfatória, resultará na proporcionalidade da medida estatal avaliada. E, foi destacada a metodologia do teste da proporcionalidade usada pelo Tribunal Federal Constitucional Alemão. O teste da proporcionalidade, embora tenha a pretensão de ser um critério de racionalidade, recebe críticas que acenam para a irracionalidade, a incomensurabilidade e a subjetividade da ponderação. Porém, as críticas foram respondidas, evidenciando que não há problemas metodológicos na aplicação do teste e sim dificuldades na forma de aplicação do último subteste, da ponderação, e que essas dificuldades podem ser sanadas se forem observadas as exigências e regras da estrutura e da razão e regras da ponderação de acordo com a teoria da argumentação jurídica.

Outro ponto destacado, foi a análise da aplicação do teste da proporcionalidade na prática do Tribunal Federal Constitucional Alemão e do Supremo Tribunal Federal, a partir de uma pesquisa quanti-qualitativa. A pesquisa demonstrou que o Tribunal Constitucional Federal Alemão, num período de 17 anos, utilizou em 114 casos a aplicação do teste da proporcionalidade de forma sistemática e sequencial, ficando evidenciado que o último subteste, o da proporcionalidade em sentido estrito, desempenha um papel fundamental na aplicação do teste da proporcionalidade.

Quanto a aplicação do teste da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, a pesquisa compreendeu o período de 10 anos e analisou 60 decisões que apresentavam alguma informação sobre os elementos da proporcionalidade. Desta análise, foram extraídos indicadores quantitativos e qualitativos. Observou-se que a grande maioria (39 recursos) obtiveram o resultado improcedente, ou seja, a medida estatal violadora de um direito fundamental foi considerada constitucional. Outro indicador relevante é que apenas 9 decisões utilizaram o teste da proporcionalidade e seus

elementos de forma sistemática e que, dentre essas 9 decisões, apenas uma decisão abordou todos os subtestes de forma sequencial. Esses indicadores evidenciam o quanto o Tribunal Brasileiro ainda está num estágio inicial da aplicação do teste da proporcionalidade.

Por último, o quarto capítulo apresentou a análise de decisões que envolvem a limitação dos direitos fundamentais no ambiente digital, com o objetivo de identificar a aplicação do teste da proporcionalidade e, assim, verificar se a medida estatal que restringiu um direito fundamental é proporcional e está racionalmente justificada.

Esse capítulo trouxe a discussão de quatro casos que envolvem importantes temas tratados nos capítulos anteriores: o primeiro caso TU e RE *versus* Google (União Europeia, 2020b), apresentou a decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia com relação ao direito fundamental da proteção de dados e imagens no ambiente digital. Observou-se que o Tribunal apresenta um vasto debate sobre a ponderação dos direitos fundamentais entre a liberdade de expressão e informação e direito à vida privada e proteção de dados no ambiente digital. Para realizar a ponderação e definir a atribuição de pesos para cada direito em colisão, o Tribunal se baseia na veracidade e importância das informações disseminadas no ambiente digital. Foi possível identificar a aplicação do teste da proporcionalidade pelo Tribunal, porém não de forma estruturada. Não foram contemplados, por exemplo, argumentos referentes ao terceiro subteste que trata da necessidade da medida, para justificar a restrição ao direito de proteção de dados e imagens. Evidenciou-se um maior esforço na argumentação na análise do último subteste.

O segundo caso Twitter *versus* Taamneh (Estados Unidos da América, 2023) apresenta a discussão sobre a responsabilização de plataformas digitais utilizadas pelo Facebook, Google e Twitter em decorrência do uso de sistemas de *machine learning*, ou algoritmo de recomendação de conteúdo, decidido pela Suprema Corte Norte-Americana. Não foi possível evidenciar a aplicação do teste da proporcionalidade de forma sistemática; a análise do terceiro subteste, da necessidade, por exemplo, não foi abordada. A Suprema Corte Norte-Americana aprofundou a análise na verificação do último subteste, da proporcionalidade em sentido estrito, apresentando argumentos que defendem a liberdade de expressão e a livre atuação das plataformas digitais. A partir da decisão do caso Twitter *versus* Taamneh (Estados Unidos da América, 2023) percebe-se como a Suprema Corte Norte-Americana aborda a responsabilidade civil das plataformas

digitais em relação à disseminação de conteúdos, inclusive de temas que incluem a incitação ao terrorismo, demonstrando prudência nas decisões que, em última análise, possam impactar na restrição à liberdade de expressão no ambiente digital.

O terceiro caso, *Camila versus Pedro* (Colômbia, 2023) demonstrou como foi decidido pelo Tribunal Constitucional da Colômbia a colisão entre os direitos fundamentais de liberdade de expressão e manifestação e os direitos de personalidade, notadamente direito à honra e ao bom nome, nas redes sociais. No julgamento do caso *Camila versus Pedro* foi possível identificar a aplicação do teste da proporcionalidade e seus subtestes de forma estruturada e sistemática pelo Tribunal Constitucional da Colômbia. Além dos argumentos da decisão, também as referências citadas pelo Tribunal demonstram a solidez e clareza das justificativas.

Restou comprovado que a aplicação do teste da proporcionalidade e seus subtestes de forma metódica e sequencial, utilizada pelo Tribunal Constitucional da Colômbia, contribuiu para a construção de argumentos racionais na justificação da legitimidade do fim perseguido, da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido restrito. Demonstrou, ainda, a viabilidade de atingir a pretensão do teste da proporcionalidade que é identificar a clareza e transparência na fundamentação da justificativa de intervenção no escopo de proteção de um direito fundamental.

No quarto e último caso, *Xuxa versus Google* (Brasil, 2012), foi abordada a colisão entre direitos fundamentais de liberdade de expressão e informação e os direitos de personalidade (direito à imagem e direito ao esquecimento), além de tratar as questões da responsabilidade civil dos provedores de serviço de Internet, decidido pelo Superior Tribunal de Justiça do Brasil. Não foi evidenciada a aplicação do teste da proporcionalidade de forma sistemática nem sequencial na decisão pelo Tribunal. Não obstante, foi possível construir um raciocínio para aplicação do teste da proporcionalidade a partir dos argumentos apresentados na decisão.

Diante de todo o exposto, evidenciou-se que é possível confirmar as hipóteses apresentadas na pesquisa. A primeira hipótese é confirmada, pois a partir da aplicação do teste da proporcionalidade são oferecidas respostas racionais capazes de verificar a justificação da violação no escopo de proteção dos direitos fundamentais no ambiente digital.

Embora nem todos os tribunais pesquisados utilizem o teste da proporcionalidade de forma sistemática e sequencial, é possível reconhecer que o teste da proporcionalidade como critério metodológico atinge uma racionalidade argumentativa, comprometida com a proteção dos direitos fundamentais e a intervenção mínima no direito afastado utilizando na decisão judicial. Esse reconhecimento tem amparo na evidência da construção dos argumentos que seguem a estrutura do teste da proporcionalidade, embora, muitas vezes sem citá-lo. Assim, é afirmada a segunda hipótese que questiona a utilização dos elementos do teste da proporcionalidade para solucionar casos de restrição, limitação ou colisão entre direitos fundamentais.

A presente dissertação não tem a intenção de esgotar o debate sobre o tema, até mesmo porque é ainda recente em termos de aplicação completa e sequencial do teste da proporcionalidade na prática pelos tribunais brasileiros e internacionais, conforme demonstrado no capítulo 4.

Como sugestão, a estrutura teórica do teste da proporcionalidade proposta pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, apresentado no capítulo 3, seção 3.2.1, e o exemplo de aplicação do teste da proporcionalidade utilizado pelo Tribunal Constitucional da Colômbia de forma sistemática e sequencial, demonstrado no capítulo 4, seção 4.3, que demonstra a viabilidade de identificar a clareza e transparência na fundamentação da justificativa de intervenção no escopo de proteção de um direito fundamental.

Por fim, restou concluído que o teste da proporcionalidade é um critério de racionalidade utilizado para avaliar as justificativas das medidas que limitam o escopo de proteção a direitos fundamentais, que pode e deve ser utilizado nas decisões dos tribunais quando das violações aos direitos de liberdade de expressão e direitos de personalidade no ambiente digital.

REFERÊNCIAS

ÁFRICA. **Declaração Africana Sobre Direitos e Liberdades na Internet**. 2021. Disponível em: <https://africanInternetrights.org/pt>. Acesso em: 29 ago. 2024.

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. **BVerfGE 6, 32, 1957**. Abstract of the Federal Constitutional Court's Judgement of 16 January 1957 - 1 BvR 253/56. Scope of protection of Art. 2(1) of the Basic Law must be interpreted broadly (Elfes judgment); Âmbito de proteção do artigo 2.º, n.º 1, da Lei Básica deve ser interpretado de forma ampla (julgamento Elfes). Disponível em: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/1957/01/rs19570116_1bvr025356en.html. Acesso em: 10 ago. 2024.

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. **BVerfGE 7, 198 – 230, 1958**. Abstract of the Federal Constitutional Court's Judgement of 15 January 1958 - 1 BvR 400/5. Freedom of expression permeates private law (Lüth judgment); A liberdade de expressão permeia o direito privado (julgamento Lüth). Disponível em: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/1958/01/rs19580115_1bvr040051en.html. Acesso em: 10 ago. 2024.

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. **BVerfGE 69, 209-220**. Decreto de 12 de março de 1985. Compilação Oficial de decisões. Vol. 60 - 69. (1985a). (bundesverfassungsgericht.de). Disponível em: https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Entscheidungen/Liste/60ff/liste_node.htm l. Acesso em: 05 set. 2024.

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. **BVerfGE 71, 183-202**. Decreto de 19 de novembro de 1985. Compilação Oficial de decisões. Vol. 70 -79. (1985b). (bundesverfassungsgericht.de) Disponível em: https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Entscheidungen/Liste/70ff/liste_node.htm l. Acesso em: 05 set. 2024.

ALEMANHA. Deutscher Bundestag. **Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland**. Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 23 de maio de 1949. Edição de junho de 2022. Disponível em: <https://www.bundestag.de/resource/blob/638342/617306e93cc3eacda9370d2e9f146d56/flyer.pdf>. Acesso em: 06 set. 2024.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

ALEXY, Robert. Comments and Resposts. *In*: KLATT, Matthias. **Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy**. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 319-356.

ALEXY, Robert. **Constitutional Rights and Proportionality**. Revus [online], 22 1 2014. 25 jun. 2014. Disponível em: <http://revus.revues.org/2783>; DOI: 10.4000/revus.2783. Acesso em: 07 jun. 2023.

ALEXY, Robert. **Teoria Discursiva do Direito**. Organização, tradução e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2017.

AMBROZIAK, Adam A. EU's perspective on the functioning of giant online platforms in the digital economy. *In: The European Union Digital Single Market*. 1 ed. London, UK: Routledge, 2022. p. 06-34.

AMOR estranho amor. **Adoro cinema**. [S. l.], [201-]. Disponível em: <https://www.adorocinema.com/pesquisar/?q=amor+estranho+amor>. Acesso em: 20 set. 2024.

ANDRADE, Rosemeri Munhoz. A (In)Constitucionalidade do artigo 19 do Marco Civil da Internet (MCI) e a Responsabilidade Civil dos Provedores de Aplicação: Entre a Liberdade de Manifestação on-line e a proteção dos Direitos de Personalidade. *In: GAVIÃO Filho, Anizio Pires; MOTTA, Francisco José Borges; PAULO, Lucas Moreschi (org.). O Constitucionalismo Digital e a Crise das Democracias Liberais*. São Paulo: Editora Dialética, 2023. p. 119-146.

BARAK, Aharon. Proportionality (2). *In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András. The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Cambridge: University Press, 2012. p. 739-755.

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente Adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. **Revista de Direito Administrativo**, 235, p. 1-36 Jan./Mar. 2004. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v235.2004.45123>. Acesso em: 01 nov. 2023.

BRASIL. Ministério Público Federal (MPF). **Declaração sobre princípios fundamentais relativos à contribuição dos meios de comunicação [...]**. 1978. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/pfdc/temas/legislacao/internacional/declaracao-sobre-principios-fundamentais-relativos-a-contribuicao-dos-meios-de-comunicacao-de-massa-para-o-fortalecimento-da-paz-e-da-compreensao-internacional-para-a-promocao-dos-dh-e-a-luta-contra-o-racismo-o-apartheid-e-o-incitamento-a-guerra-1978>. Acesso em: 03 out. 2023.

BRASIL. **Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. 1990. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm. Acesso em: 10 ago. 2024.

BRASIL. **Lei n.º 9.609, de 19 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9609.htm. Acesso em: 12 out. 2023.

BRASIL. **Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 10 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante n.º 10**. 2008. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=26&sumula=1216>. Acesso em: 08 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 130**. Relator: Min. Carlos Britto. Rgte.(s) : Partido Democrático Trabalhista – Pdt. Argdo.: Congresso Nacional Intdo.(a/s): Federação Nacional dos Jornalistas Profissionais – Fenaj. Intda.: Associação Brasileira de Imprensa – ABI. Brasília, DF, 2009 (2009a). Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur2373/false>. Acesso em: 20 out. 2023

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação cível n.º 2003.70.00.058151-6/PR**. Relatora: Marga Inge Barth Tessler. Apelante: Júlio Cesar Vieira Pereira. Apelado: Empresa Folha da Manhã S/A e outro. TRF4, Curitiba, PR, 2009 (2009b). Disponível em: https://consulta.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=2837871&hash=35c5092f00bc77e97777948de194fe36 Acesso em: 11 nov. 2023.

BRASIL. **Lei n.º 12.737, de 30 de novembro de 2012**. Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências. 2012 (2012a). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112737.htm. Acesso em: 12 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1.316.921/RJ**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Recorrente: Google Brasil Internet Ltda. Recorrida: Maria da Graça Xuxa Meneghel. 29 jun. 2012 (2012b). Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.exe/ITA?seq=1229523&tipo=0&nreg=201103079096&dt=20130429&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 20 set. 2024

BRASIL. **Decreto Lei n.º 12.965, de 23 de abril de 2014**. Marco Civil da Internet. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. 2014 (2014a). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 18 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n.º 15955 MC/RJ**. Relator: Ministro Celso de Mello. Reclte.: Maria da Graça Xuxa Meneghel, Recldo.: Superior Tribunal de Justiça, Intdo.: Google Brasil Internet Ltda. 24 set. 2014 (2014b). Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10241477>. Acesso em: 08 ago. 2024.

BRASIL. **Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm. Acesso em: 10 ago. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Recurso Especial n.º 956396/MG – Minas Gerais**. Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Agravantes: Everson Ferreira Leite; Sônia Regina Calada Ferreira Leite; Rodrigo Azevedo Ferreira Leite; Everton Calado Ferreira Leite. Agravado: Facebook Serviços Online do Brasil Ltda. 2017 (2017a). Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=74688872&num_registro=201601917004&data=20171027&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 29 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema: 987 em Recurso Extraordinário n.º 1037396, SP - São Paulo**. Relator Min. Dias Toffoli. 29 mar. 2017 (2017b). Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5160549&numeroProcesso=1037396&classeProcesso=RE&numeroTema=987>. Acesso em: 7 jul. 2023.

BRASIL. **Lei n.º 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). 2018 (2018a). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em: 18 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI n.º 4874/DF – Distrito Federal**. Relator: Min. Rosa Weber. Repte.(s): Confederação Nacional da Indústria - CNI. Intdo.: Presidente da República, 2018 (2018b). Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur397310/false>. Acesso em: 04 jun. 2024

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI n.º 5122/DF - Distrito Federal**. Relator: Edson Fachin. Repte.(s): Partido Trabalhista do Brasil - PT do B. Intdo.: Tribunal Superior Eleitoral, 2018 (2018c). Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur419208/false> Acesso em: 03 set. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno nos Embargos Declaratórios no Recurso Especial n.º 1471164/MG – Minas Gerais**. Rel. Ministro Agravante: Michel Cristian de Freitas. Agravado: Google Brasil Internet Ltda., 2018 (2018d). Disponível

em:https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=85011471&num_registro=201401852414&data=20180822&tipo=5&formato=PDF. Acesso em 29 ago. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1694405/RJ**. Relatora Ministra Nancy Andriahi. Recorrente: Anna Paula Burlamaqui Soares; Recorrente: Google Brasil Internet Ltda., 2018 (2018e). Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/JurisprudenciaemTeses138-DosDireitosdaPersonalidade-II.pdf. Acesso em 29 ago. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1.660.168/RJ**. Recte.: YAHOO! do Brasil Internet LTDA, GOOGLE Brasil Internet. Relatora: Ministra Nancy Andriahi R.P/Acórdão: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Recdo.: D P N. Interes.: MICROSOFT Informática. Brasília, DF, 2018 (2018f). Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=83459361&tipo=5&nrreg=201402917771&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20180605&formato=HTML&salvar=false>. Acesso em: 20 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 449**. Relator: Min. Luiz Fux. Repte.: Partido Social Liberal. Intdo. Câmara Municipal de Fortaleza. Brasília, DF, 2019 (2019a). Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADPF%20449%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 2 set. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1738628/SE**. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 19/02/2019, DJe 26/02/2019, 2019 (2019b). Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/JurisprudenciaemTeses138-DosDireitosdaPersonalidade-II.pdf. Acesso em: 29 ago. 2024.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n.º 70078781523/RS**. Relator: Eugênio Facchini Neto. Apelante: Adenir Mengue Webber. Apelados: RBS - Zero Hora Editora Jornalística S. A. e Outros; Globo Comunicação e Participações Ltda. TJRS, Nona Câmara Cível, Porto Alegre, RS, 2019 (2019c). Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?tipoConsulta=por_processo&return=proc&client=wp_index&combo_comarca=&comarca=&numero_processo=&numero_processo_desktop=AC%3A+70078781523+&CNJ=S&comarca=&nome_comarca=&OAB=&comarca=&nome_comarca=&nome_parte=. Acesso em: 10 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI n.º 5886/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio. Repte.(s): Associação Brasileira de Atacadistas e Distribuidores de Produtos Industrializados-Abad. Intdo. (a/s): Presidente da República; Intdo. (a/s): Congresso Nacional. Distrito Federal, 2021 (2021a). Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur443405/false>. Acesso em: 03 set. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI n.º 6482/DF**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Reqte.: Procurador Geral da República. Intdo.: Congresso Nacional. Distrito Federal, 2021 (2021b). Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur446745/false>. Acesso em: 03 set. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Reclamação n.º 47212/ PR**. Relator: Min. Roberto Barroso. Agte.(s): Canal T1 Produção de Vídeos e Cursos Ltda; Fernando Alves De Melo. Agdo: Sergio Fernando Moro. Paraná, 2021 (2021c). Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur453572/false>. Acesso em: 08 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 811**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Reqte. Partido Social Democrático – PSD Nacional. Intdo. Governador do Estado de São Paulo. Brasília/DF, 2021 (2021d). Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 02 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 1.010.606/RJ**. Relator: Min. Dias Toffoli. Recte(s): Nelson Curi e outros. Recdo: Globo Comunicação e Participações S/A. Brasília/DF, 2021 (2021e). Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur446557/false>. Acesso em: 06 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 786 em Recurso Extraordinário n.º 1.010.606/RJ**. Relator: Min. Dias Toffoli. Recte(s): Nelson Curi e outros. Recdo: Globo Comunicação e Participações S/A. Brasília/DF, 28 maio 2021 (2021f). Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur446557/false>. Acesso em: 06 nov. 2023.

BRASIL. **Emenda Constitucional n.º 115, de 10 de fevereiro de 2022**. Altera a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais. 2022 (2022a). Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 08 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI n.º 3311/DF**. Relator: Min. Rosa Weber. Reqte.(s): Confederação Nacional da Indústria - CNI. Intdo.: Presidente da República; Intdo.: Congresso Nacional. Distrito Federal, 2022 (2022b). Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur470335/false>. Acesso em: 04 jun. 2024.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Facebook deve indenizar usuária por falha de segurança que permitiu golpe de estelionato**. Imprensa, 2022 (2022c). Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2022/abril/facebook-deve-indenizar-usuaria-por-falha-de-seguranca-que-permitiu-golpe-de-estelionato>. Acesso em: 15 set. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 2023 (2023a). Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 jul. 2023.

BRASIL. **Projeto de Lei n.º 2630, de 2020**. Institui a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet. Autoria: Senador Alessandro Vieira (Cidadania/SE). Brasília/DF: Câmara dos Deputados, 2023 (2023a). Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141944>. Acesso em: 01 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI n.º 5545/RJ**. Relator: Min. Luis Fux. Reqte.: Procurador-Geral da República. Intdo.: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Intdo.: Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2023 (2023c). Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur481932/false>. Acesso em: 03 set. 2024

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI n.º 5783/BA**. Relator: Min. Rose Weber. Reqte.(s): Procurador-Geral da República. Intdo.: Governador do Estado da Bahia Intda.: Assembleia Legislativa do Estado da Bahia. Distrito Federal, 2023 (2023d). Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur491014/false>. Acesso em: 03 set. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6649/DF**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Reqte: Ordem dos Advogados do Brasil; Conselho Federal. Intdo: Presidente da República. Distrito Federal, 2023 (2023e). Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=768683585>. Acesso em: 20 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Reclamação n.º 58048/SC**. Relator: Min. Nunes Marques. Agte.: Defensoria pública do Estado de Santa Catarina. Agdo: Elizete Da Silva Ludwig. Brasília, DF, 2023 (2023f). Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur481896/false>. Acesso em: 08 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pesquisa de Jurisprudência**. 2024. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=TESTE%20DE%20PROPORCIONALIDADE&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 03 set 2024.

CELESTE, Edoardo. Digital constitutionalism: a new systematic theorisation. *In*: Taylor & Francis. **International Review of Law, Computers & Technology**, 33:1, p. 76-99, jan. 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1080/13600869.2019.1562604>. Acesso em: 01 jun. 2023.

CELESTE, Edoardo. **Digital Constitutionalism The Role of Internet Bills of Rights**. First published 2023: Routledge 4 Park Square, Milton Park, Abingdon, Oxon OX14 4RN.

CELESTE, Edoardo. *Constituições Digitais: Origens, Modelos e Papel de um Movimento Inovador*. In: GAVIÃO Filho, Anizio Pires; PAULO, Lucas Moreschi (org.). **Os Direitos Fundamentais no Constitucionalismo Digital**. São Paulo: Editora Dialética, 2024. p. 13-44.

CHALA, Bárbara Guerra. **Direito ao esquecimento na sociedade da informação: critérios para a justificação à luz do teste da proporcionalidade**. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021.

CLÉRICO, Laura. **El Examen de Proporcionalidade en el Derecho Constitucional**. Eudeba: Buenos Aires, 2009.

COLOMBIA. [Constituição (1991)]. **Constitución Política de Colombia de 1991**.

Disponível em:

https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/constitucion_politica_de_la_republica_de_colombia_organized.pdf. Acesso em: 06 out. 2023.

COLOMBIA. República da Colombia. **Corte Constitucional. Sentencia SU-420 de 2019**. Referencia: Expedientes T-5.771.452, T-6.630.724, T-6.633.352 y T-6.683.13. Asunto: Acción de tutela instaurada por JWFC en contra de Google Colombia Ltda. y Google LLC; SMAC en contra de YRV y otros; OJCA en contra de DEM y otro; EHO en contra de CCCG; y RMM en contra de RGRB. Magistrado ponente: José Fernando Reyes Cuartas. Bogotá D.C., doce (12) de septiembre de dos mil diecinueve, 2019. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/SU420-19.htm>. Acesso em: 10 jul. de 2024.

COLOMBIA. República da Colombia. **Corte Constitucional. Sentencia T-289 de 2021**. Referencia: Expediente T-8067840. Asunto: Acción de tutela formulada por el ciudadano CESAR contra la ciudadana Amanda. Magistrado ponente: Alberto Rojas Ríos. Bogotá, D.C., veintisiete (27) de agosto de dos mil veintiuno, 2021. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2021/T-289-21.htm>. Acesso em: 10 jul. 2024.

COLOMBIA. República da Colombia. **Corte Constitucional. Sentencia T-241 de 2023**. Referencia: Expediente T-8.824.838. Asunto: Acción de tutela instaurada por Pedro contra el perfil de “Alejandra” y la red social Facebook de la empresa Meta Platforms Inc. Magistrada ponente: Natalia Ángel Cabo. Bogotá D. C., seis (6) de julio de dos mil veintitrés, 2023. Disponível em: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2023/T-241-23.htm#_ftn144. Acesso em: 06 out. 2023.

COLUMBIA UNIVERSITY. **Communications Decency Act, 47 U.S.C. §230**. 2024.

Disponível em:

<https://www.columbia.edu/~mr2651/ecommerce3/2nd/statutes/CommunicationsDecencyAct.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2024.

COMPANIES MARKET CAP. **Largest tech companies by market cap.** Global ranking. 2024. Disponível em: <https://companiesmarketcap.com/tech/largest-tech-companies-by-market-cap/>. Acesso em: 04 set. 2024.

CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciado 531** - A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. VI Jornada de Direito Civil, 2013. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>. Acesso em: 05 jul. 2024.

CRS REPORT. Congressional Research Service. **Section 230: An Overview.** Jan. 2024. Disponível em: <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R46751>. Acesso em 20 set. 2024.

CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues da Cunha; AMORIM, Heica Souza. O direito ao esquecimento na Internet e o Superior Tribunal de Justiça. **Revista de Direito das Comunicações**, São Paulo, v. 7, p. 335- 355, jan./jun, 2014.

DE GREGORIO, Giovanni. **Digital Constitutionalism in Europe.** Reframing Rights and Powers in the Algorithmic Society. Cambridge University Press, 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.1017/9781009071215>. Acesso em: 16 maio. 2023.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ESPANHA. **Processo C-131/12.** In: INFOCURIA Jurisprudência, 2014. Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=163494&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=10850128>. Acesso em: 11 nov. 2023.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. **Halberstam v. Welch** 227 U.S. 12 April 1983. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/appellatecourts/F2/705/472/250679/>. Acesso em 20 out. 2023.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Anti-Terrorism Act – ATA .18 U.S. Code § 2333.** Congress, 2016 (2016a). Disponível em: <https://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid:USC-prelim-title18-section2333&num=0&edition=prelim>. Acesso em 20 set. 2024.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Justice Against Sponsors of Terrorism Act (JASTA)** 114th Congress, 2016 (2016b). Disponível em: <https://www.congress.gov/bill/114th-congress/senate-bill/2040>. Acesso em: 27 nov. 2023.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. **Twitter, Inc. v. Taamneh et al. No. 21–1496.** 598 US (2023). 18 maio/2023. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/598/21-1496/> Acesso em: 15 nov. 2023.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Colisão de Direitos Fundamentais, Argumentação e Ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. Regras da ponderação racional. *In*: HECK, Luis Afonso (organizador, tradutor, revisor); GAVIÃO FILHO, Anizio Pires et al. **Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação; escritos de e em homenagem a Robert Alexy**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015. p. 147-175.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. Proporcionalidade e margem de apreciação. *In*: GAVIÃO FILHO, A. P. (Org). **Direitos Fundamentais, Jurisdição, Proporcionalidade e Argumentação**. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2020.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. Proporcionalidade, direito fundamentais, pandemia. *In*: LEAL, Rogério Gesta; ÁLVAREZ, Rodrigo Rios; SBARDELLOTTO, Roque. **III seminário interinstitucional de pós-graduação stricto sensu - Universidade Finis Terrae (Chile) e Fundação Escola Superior do Ministério Público (Brasil)**. São Paulo: Editora Dialética, 2022 (2022a). p. 17-35.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires; CAYE, Ana Adelaide Brasil Sá. Proporcionalidade em Ação nos Tribunais: o Tribunal Constitucional Federal Alemão e o Supremo Tribunal Federal Brasileiro. **Revista Direito Público**, Brasília, v.19, n. 103, 317-336, jul./set. 2022 (2022b).

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. Elementos do Constitucionalismo Digital. *In*: GAVIÃO Filho, Anizio Pires; MOTTA, Francisco José Borges; PAULO, Lucas Moreschi (org.). **O Constitucionalismo Digital e a Crise das Democracias Liberais**. São Paulo: Editora Dialética, 2023. p. 39-57.

GEVORGYAN, Lina. **Regulamentação sobre proteção de Dados na Rússia**. IRIS, Instituto de Referência em Internet e Sociedade. 2017. Disponível em: <https://irisbh.com.br/regulamentacao-sobre-protacao-de-dados-na-russia/>. Acesso em: 11 nov. 2023.

GILL, Lex; REDEKER, Dennis; GASSER, Urs. Towards digital constitutionalism? Mapping attempts to craft an Internet bill of rights. Report, **Berkman Klein Center for Internet & Society**, Harvard University, US, November, 2015.

GOOGLE. **Relatório de Transparência. Solicitações de remoção de conteúdo com a lei de privacidade da UE**. [S. l.]. 2023. Disponível em: <https://transparencyreport.google.com/eu-privacy/overview?hl=pt-BR>. Acesso em: 11 nov. 2023.

GRIMM, Dieter. Proporcionalidade na jurisprudência Constitucional Canadense e Germânica. **Direitos Fundamentais & Justiça**. Belo Horizonte, ano 10, n. 34, jan./jun. 2016. p. 69-87.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. v. 1, p. 315-321.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **População estimada do país chega a 212,6 milhões de habitantes em 2024**. Agência de Notícias, 2024. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/41111-populacao-estimada-do-pais-chega-a-212-6-milhoes-de-habitantes-em-2024>. Acesso em: 31 ago. 2024.

INTERSOFT Consulting. **General Data Protection Regulation – GDPR**. Regulamento (UE) n.º 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, 2016. Disponível em: <https://gdpr-info.eu/art-17-gdpr/>. Acesso em: 07 nov. 2023.

IRPC- Internet Rights and Principles Coalition. **10 Internet Rights & Principles**. [S. l.] 2011. Disponível em: <https://internetrightsandprinciples.org/campaign/>. Acesso em: 29 ago 2024.

ITÁLIA. **Dichiarazione dei diritti in Internet**. 2015. Disponível em: https://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg17/commissione_internet/dichiarazione_dei_diritti_internet_publicata.pdf. Acesso: em 30 ago 2024.

JARDIM, Augusto Tanger. Elementos do Constitucionalismo Digital. *In*: GAVIÃO Filho, Anizio Pires; MOTTA, Francisco José Borges; PAULO, Lucas Moreschi (org.). **O Constitucionalismo Digital e a Crise das Democracias Liberais**. São Paulo: Editora Dialética, 2023. p. 15-37.

JESTAEDT, Mathias. The Doctrine of Balancing. Its Strengths and Weakness. *In*.: KLATT, Matthias Klatt (ed), **Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy**. New York: Oxford University Press, 2012. p. 152-172.

KEMP, Simon. DIGITAL 2023: Brasil. Estatísticas de mídia social para o Brasil em 2023. **Datareportal**, [S. l.], fev. 2023. Disponível em: <https://datareportal.com/reports/digital-2023-brazil>. Acesso em: 06 nov. 2023.

KEMP, Simon. DIGITAL 2024: Brasil. Estatísticas de mídia social para o Brasil em 2024. **Datareportal**, [S. l.], fev. 2024. Disponível em: <https://datareportal.com/reports/digital-2024-brazil>. Acesso em: 10 ago. 2024.

KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz; **The Constitutional Structure of Proportionality**. United Kingdom: Oxford University Press, 2012.

KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. A proporcionalidade como princípio constitucional universal. **Revista Publicum**. Rio de Janeiro, n ° 1, 2015. p. 30-70.

KREMNIETZER, Mordechai; STEINER, Talya; LANG, Andrej. **Proportionality In Action: Comparative and Empirical Perspectives on the Judicial Practice**. New York: Cambridge University Press, 2020.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. A racionalidade da ponderação em Robert Alexy. *In.*: HECK, Luis Afonso (organizador, tradutor e revisor); GAVIÃO FILHO, Anizio Pires et al. **Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação; escritos de e em homenagem a Robert Alexy**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015. p. 102.

LISSARDY, Gerardo. Despreparada para a era digital, a democracia está sendo destruída, afirma guru do 'big data'. **BBC News Brasil**, [S. l.] abril de 2017. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-39535650>. Acesso em 05 nov. 2023.

LOCKE, John. **Carta acerca da tolerância; Segundo tratado sobre o governo; Ensaio acerca do entendimento humano** [1632-1704]. Tradução de Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. 3a. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

LOCKE, John. **An essay concerning humane understanding**. [1689], [S. l.]: Gutenberg Project, 2022. v. 1. Disponível em: <http://www.gutenberg.org/cache/epub/10615/pg10615-images.html>. Acesso em: 30 set. 2024.

MATHEWS, Jud; SWEET, Alec Stone. Proportionality Balancing and Global Constitutionalism. **Columbia Journal of Transnational Law**. Carlisle, v. 47, 2008. p. 68-149.

MENDES, Gilmar; FERNANDES, Victor Oliveria. Constitucionalismo digital e jurisdição constitucional: uma agenda de pesquisa para o caso brasileiro. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 16, n. 1, jan./abril. 2020. p. 1-33. Disponível em <https://seer.atitus.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/4103>. Acesso em: 15 jun. 2023.

MENKES, Jerzy. Freedom of speech in the age of digitalisation Opportunities and threats. *In.*: DABROWSKI, Lukasz Dawid; SUSKA, Magdalena. **The European Union Digital Single Market - Europe's Digital Transformation**. 1 ed. London, UK: Routledge, 2022. p.35-62.

MILL, John Stuart. **Da liberdade individual e econômica: Princípios e aplicação do pensamento liberal**. Tradução: Carlos SZlak. São Paulo: Faro editorial, [1859]/2019 (2019a).

MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade** [1859]/(2019b). Tradução: Denise Bottmann. Porto Alegre, RS: L&PM, 2019 (2019b)/[1859]. v. 1217.

NETMUNDIAL. Declaração Multissetorial de São Paulo. **NETmundial**. [S. l.], 2014. Disponível em: <http://netmundial.br/wp-content/uploads/2014/04/NETmundial-Multistakeholder-Document.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2024.

OAS - Organization of American States. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1948%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20Universal%20dos%20Direitos%20Humanos.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2023.

OAS - Organization of American States. **Declaração Conjunta sobre Liberdade de Expressão e Internet**. 2011. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/expressao/showarticle.asp?artID=849&lID=4>. Acesso em: 06 out. 2023.

ORACLE Brasil. **O que é Machine Learning?** [S. l.], 2024. Disponível em: <https://www.oracle.com/br/artificial-intelligence/machine-learning/>. Acesso em: 20 set. 2024.

ORWELL, George. **1984** [1949]. Tradução: Gisele Eberspäche. E-Book, Gazeta do Povo. 2022. Disponível em: <https://multimidia.gazetadopovo.com.br/media/info/2022/202209/1984/e-book-1984.pdf>. Acesso em. 05 nov. 2023.

PORTUGAL. Directório União Europeia. **Declaração de Lisboa destaca Direitos Digitais** [S. l.]. 2021. Disponível em: <https://www.directoriouniaoouroepeia.eu/2021/06/08/declaracao-de-lisboa-destaca-direitos-digitais/> Acesso em: 29 ago. 2024.

PAULO, Lucas Moreschi; ANDRADE, Rosemeri Munhoz. Constitucionalismo Digital e a (Re)Leitura dos limites aos limites (“schraken-schraken”) dos Direitos Fundamentais: O caso das regulações das mídias sociais. *In*: GAVIÃO Filho, Anizio Pires; PAULO, Lucas Moreschi (org.). **Os Direitos Fundamentais no Constitucionalismo Digital**. São Paulo: Editora Dialética, 2024. p. 89-118.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; KELLER, Clara Iglesias. Constitucionalismo Digital: Contradições de um conceito impreciso. *In*: GAVIÃO Filho, Anizio Pires; PAULO, Lucas Moreschi (org.). **Os Direitos Fundamentais no Constitucionalismo Digital**. São Paulo: Editora Dialética, 2024. p. 45-87.

POSCHER, Ralf. The Principles Theory: how many theories and what is their merit? *In*.: Matthias Klatt (ed.), **Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy**. New York: Oxford University Press, 2012. p. 218-247.

PULIDO, Carlos Bernal. La racionalidade de la ponderación. *In*.: CARBONELI, Miguel (coord.). **El principio del proporcionalidade em el Estado Constitucional**. 1 ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

PULIDO, Carlos Bernal. **El principio del proporcionalidade y los derechos fundamentales. El principio del proporcionalidade como critério para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador**. 4. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

REPUTATIONUP. **Direito ao esquecimento na Internet: O Que é, e como exercitá-lo.** [S. l.], 2021. Disponível em: <https://reputationup.com/pt/direito-ao-esquecimento/>. Acesso em: 11 nov. 2023.

RIEGERT, Bernd. EU takes on tech Giants. **DW** [S. l.], 2020 (2020a). Disponível em: <https://www.dw.com/en/opinion-eu-takes-on-tech-giants/a-55965899>. Acesso em: 04 nov. 2023.

RIEGERT, Bernd. EU unveils law curbing power of tech Giants. **DW** [S. l.], 2020 (2020b). Disponível em: <https://www.dw.com/en/eu-unveils-landmark-law-curbing-power-of-tech-giants/a-55939862>. Acesso em: 04 nov. 2023.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância. A privacidade hoje.** Tradução: Danida Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. Proteção de dados pessoais como direito fundamental na Constituição Federal brasileira de 1988: contributo para a construção de uma dogmática constitucionalmente adequada. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, ano 14, n.º 42, jan./jun. 2020. p. 179-218.

SCHWABE, Jünger. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão.** Coletânea original: Organização e introdução Leonardo Martins. Tradução: Beatriz Hennig, Leonardo Martins. Mariana Bigelli de Carvalho. Tereza Maria de Castro. Vivianne Gerales Ferreira. Konrad denauer- Stiftung Programa Estado de Derecho para Sudamérica. 2005. Disponível em: http://www.kas.de/wf/doc/kas_7738-544-1-30.pdf. Acesso em: 12 de jun. 2023.

SUZOR, Nicolas. Digital Constitutionalism: Using the Rule of Law to Evaluate the Legitimacy of Governance by Plataforms. **GigaNet: Global Internet Governance Academis Network**, Annual Symposium, 2016.

TEUBNER, Gunther. Horizontal Effects of Constitutional Rights in the Internet. **The Italian Law Journal. Edizioni Scientifiche Italiane**, [S. l.], v. 03, n.º 01, 2017. p. 193-205. Disponível em: <https://www.jura.unifrankfurt.de/70299574/InternetHorizontalConstRightsENGItalJ2017.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2023.

TSAKYRAKIS, Stavros. Proportionality: An assault on human rights?: A rejoinder to Madhav Khosla. **International Journal of Constitutional Law**. v. 08, 2009 (2009a). p. 307-310. Disponível em: Proportionality: An assault on human rights?: A rejoinder to Madhav Khosla | International Journal of Constitutional Law | Oxford Academic (oup.com). Acesso em: 01 out. 2024.

TSAKYRAKIS, Stavros. Proportionality: An assault on human rights? **International Journal of Constitutional Law**, v. 07, n.º 3, 2009 (2009b). p. 468–493. Disponível em:

Proportionality: An assault on human rights? | International Journal of Constitutional Law | Oxford Academic (oup.com). Acesso em: 01 out. 2024.

UNIÃO EUROPEIA. **Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995.** Relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. 1995. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A31995L0046>. Acesso em: 15 set. 2024.

UNIÃO EUROPEIA. **Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de dezembro de 2000.** Parlamento Europeu. 2000. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016P/TXT&from=EN>. Acesso em: 08 nov. 2023.

UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia.** Relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados), 2016 (2016a). Disponível em: <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679>. Acesso em: 15 set. 2024.

UNIÃO EUROPEIA. **Versão consolidada do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.** Parte VI - Disposições Institucionais e Financeiras. Título I - Disposições Institucionais. Capítulo 1 - As Instituições. Secção 5 - O Tribunal de Justiça da União Europeia. Artigo 267 (ex-artigo 234.o TCE). 07 jun. 2016 (2016b.) Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/PT/TXT/?uri=celex%3A12016E267>. Acesso em: 15 set. 2024.

UNIÃO EUROPEIA. Court of Justice of the European Union, Carta dos direitos Fundamentais da União Europeia. **Publications Office of the European Union**, 2020 (2020a). Disponível em: <https://data.europa.eu/doi/10.2862/921778>. Acesso em: 15 set. 2024.

UNIÃO EUROPEIA. InfoCuria Jurisprudência. **Processo C-460/20.** Pedido de decisão prejudicial em aplicação do artigo 98, n. 1, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça. 2020 (2020b). Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C%2CT%2CF&num=C-460/20&parties=&dates=error&docnodecision=docnodecision&allcommjo=allcommjo&affint=affint&affclose=affclose&alldocrec=alldocrec&docdecision=docdecision&docor=docor&docav=docav&docsom=docsom&docinf=docinf&alldocnorec=alldocnorec&docnoor=docnoor&docppoag=docppoag&radtypeord=on&newform=newform&docj=docj&docop=docop&docnoj=docnoj&typeord=ALL&domaine=&mots=&resmax=100&Submit=Rechercher>. Acesso em: 15 set. 2024.

UNIÃO EUROPEIA. **A Lei dos Mercados Digitais e a Lei dos Serviços Digitais da União Europeia em detalhe**. Parlamento Europeu Atualidade. 2021. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/news/pt/headlines/society/20211209STO19124/a-lei-dos-mercados-digitais-e-da-lei-dos-servicos-digitais-da-ue-explicadas>. Acesso em: 07 nov. 2023.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça Federal da União Europeia. **Processo C-460/20** (Grande Secção). TU e RE contra GOOGLE LLC. Supressão de um conteúdo pretensamente inexato. 8 dez. 2022. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX:62020CJ0460>. Acesso em: 15 nov. 2023.

UNIÃO EUROPEIA. **Fichas técnicas sobre a União Europeia – 2023. Proteção dos dados pessoais**. Parlamento Europeu. 2023. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/157/ptecao-dos-dados-pessoais>. Acesso em: 05 nov. 2023.

APÊNDICE A – REGRAS PARA A RACIONALIDADE NA APLICAÇÃO DO TESTE DA PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO

REGRAS DA ESTRUTURA DA PONDERAÇÃO

- R.P.1** Quanto mais alto é o grau de intensidade de intervenção em um princípio tanto maior deve ser o grau de importância de realização de outro princípio. É a lei da ponderação
- R.P.2** É a atribuição de graus: O grau de intensidade de intervenção e o grau de importância de realização em um princípio deve ser atribuído e justificado. O grau de intensidade da intervenção em um princípio deve ser justificado pelo grau de importância de realização de outro princípio.
- R.P.3** Determinado o grau de intensidade de intervenção em um princípio e o grau de importância de realização de outro princípio, eles devem ser postos em uma relação de prevalência
- R.P.4** Quando da relação de precedência condicionada resulta a precedência de um princípio sobre o outro, está ordenada a consequência jurídica do princípio ganhador da primazia

REGRAS DA RAZÃO DA PONDERAÇÃO

- R.P.5** As razões da ponderação devem ser dadas conforme as regras da argumentação prática geral e da argumentação jurídica.
- R.P.6** Os juízos de valor e de dever usados nas razões da ponderação Devem ser passíveis de universalização.
- R.P.7** Os juízos de valor e de dever usados nas razões da ponderação devem ser saturados.

R.P.8 Os juízos de valor e de dever usados nas razões da ponderação deve observar as regras e as primazias dos argumentos jurídicos interpretativos.

R.P.9 Os juízos de valor ou de dever das razões da ponderação que se afastam das proposições dos precedentes devem ser justificados

Fonte: GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. Regras da ponderação racional. In: HECK, Luis Afonso (organizador, tradutor e revisor); GAVIÃO FILHO, Anizio Pires et al. Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação; escritos de e em homenagem a Robert Alexy. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015. p. 153-163.

**APÊNDICE B – RELAÇÃO DAS AÇÕES ANALISADAS NO PERÍODO DE
JANEIRO DE 2014 A SETEMBRO DE 2024**

	Data julgamento	Tipo de ação	Identificação
1	01/07/2014	Ação Direta de Inconstitucionalidade	ADI 5136/DF - Distrito Federal
2	05/08/2014	Agravo Regimental no Recurso Extraordinário	AG.REG. RE 739.187/DF - Distrito Federal
3	24/09/2014	Ação Direta de Inconstitucionalidade	ADI 4423/DF - Distrito Federal
4	24/09/2014	Ação Direta de Inconstitucionalidade	ADI 4955/CE - Ceará
5	10/12/2014	Habeas Corpus	HC 122694 /SP - São Paulo
6	30/06/2016	Ação Direta de Inconstitucionalidade	ADI 5468/DF - Distrito Federal
7	09/08/2016	Habeas Corpus	HC 124306 /RJ - Rio de Janeiro
8	09/11/2016	Ação Direta de Inconstitucionalidade	ADI 5135/DF - Distrito Federal
9	15/12/2016	Ação Direta de Inconstitucionalidade	ADI 1626/DF - Distrito Federal
10	08/06/2017	Ação Declaratória de Constitucionalidade	ADC 41/DF - Distrito Federal
11	01/08/2017	Ação Direta de Inconstitucionalidade	ADI 907/RJ - Rio de Janeiro
12	01/02/2018	Ação Direta de Inconstitucionalidade	ADI 4874/DF - Distrito Federal
13	22/03/2018	Ação Direta de Inconstitucionalidade	ADI 5394/DF - Distrito Federal
14	03/05/2018	Ação Direta de Inconstitucionalidade	ADI 5122/DF - Distrito Federal
15	06/06/2018	Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade	ADI 5889 MC /DF - Distrito Federal
16	30/08/2018	Recurso Extraordinário	RE 958252 /MG - Minas Gerais
17	26/09/2018	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental	ADPF 541/DF Distrito Federal
18	14/11/2018	Recurso Extraordinário	RE 971.959/RS Rio Grande do Sul
19	01/03/2019	Agravo Interno no Recurso Extraordinário	AG.Int.RE 1145279/SC Santa Catarina
20	08/05/2019	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental	ADPF 449/DF Distrito Federal
21	13/06/2019	Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade	ADI 6121 MC /DF - Distrito Federal
22	30/08/2019	Ação Direta de Inconstitucionalidade	ADI 1724/RN - Rio Grande do Norte
23	03/10/2019	Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário	EMB.DECL.RE 870947/SE Sergipe
24	18/10/2019	Ação Direta de Inconstitucionalidade	ADI 4406/DF - Distrito Federal
25	18/10/2019	Ação Direta de Inconstitucionalidade	ADI 4974/DF - Distrito Federal
26	09/02/2020	Ação Direta de Inconstitucionalidade	ADI 5886 /DF - Distrito Federal
27	27/03/2020	Ação Direta de Inconstitucionalidade	ADI 6031 DF - Distrito Federal
28	20/04/2020	Ação Direta de Inconstitucionalidade	ADI 5250/ES - Espírito Santo
29	04/05/2020	Ação Direta de Inconstitucionalidade	ADI 3110/SP - São Paulo
30	29/06/2020	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental	ADPF 131/DF Distrito Federal
31	02/09/2020	Ação Direta de Inconstitucionalidade	ADI 6362/DF - Distrito Federal
32	16/09/2020	Ação Direta de Inconstitucionalidade	ADI 5594/RO- Rondônia
33	20/10/2020	Ação Direta de Inconstitucionalidade	ADI 4467/DF - Distrito Federal
34	23/11/2020	Ação Direta de Inconstitucionalidade	ADI 4911/DF - Distrito Federal
35	18/02/2021	Ação Direta de Inconstitucionalidade	ADI 6482/DF - Distrito Federal
36	30/03/2021	Habeas Corpus	HC 190806 Agr /SC Santa Catarina
37	08/04/2021	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental	ADPF 811/DF Distrito Federal
38	25/10/2021	Habeas Corpus	HC 203217/SC Santa Catarina

39	14/12/2021	Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário	EMB.DECL.RE 970.821/RS - Rio Grande do Sul
40	14/02/2022	Ação Direta de Inconstitucionalidade	ADI 4109/DF - Distrito Federal
41	17/02/2022	Ação Direta de Inconstitucionalidade	ADI 6281/DF - Distrito Federal
42	19/05/2022	Ação Direta de Inconstitucionalidade	ADI 4017 /DF - Distrito Federal
43	19/05/2022	Recurso Extraordinário	RE 1224374 /RS - Rio Grande do Sul
44	14/09/2022	Ação Direta de Inconstitucionalidade	ADI 3311/DF - Distrito Federal
45	21/09/2022	Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade	ADI 6119 MC-REF /DF - Distrito Federal
46	24/10/2022	Ação Direta de Inconstitucionalidade	ADI 2572/PR - Paraná
47	09/02/2023	Ação Direta de Inconstitucionalidade	ADI 5941/DF - Distrito Federal
48	06/03/2023	Ação Direta de Inconstitucionalidade	ADI 6033/DF - Distrito Federal
49	18/03/2023	Ação Direta de Inconstitucionalidade	ADI 4905/DF - Distrito Federal
50	27/03/2023	Agravo Regimental na Reclamação	AG.REG. na Reclamação 56.907/DF Distrito Federal
51	27/03/2023	Agravo Regimental no Recurso Extraordinário	AG.REG. no RE 1.360.140/ CE Ceará
52	13/04/2023	Ação Direta de Inconstitucionalidade	ADI 5545/RJ - Rio de Janeiro
53	15/05/2023	Agravo Regimental no Habeas Corpus	AG. REG. no HC 221921/MG Minas Gerais
54	03/07/2023	Ação Direta de Inconstitucionalidade	ADI 6930/DF - Distrito Federal
55	06/09/2023	Ação Direta de Inconstitucionalidade	ADI 5783 /BA - Bahia
56	18/10/2023	Ação Direta de Inconstitucionalidade	ADI 5635/DF - Distrito Federal
57	07/02/2024	Ação Direta de Inconstitucionalidade	ADI 6921/DF - Distrito Federal
58	07/05/2024	Ação Direta de Inconstitucionalidade	ADI 4849/DF - Distrito Federal
59	05/06/2024	Ação Declaratória de Constitucionalidade	ADC 81/DF - Distrito Federal
60	07/08/2024	Mandado de Segurança	MS 39.382/DF Distrito Federal

Fonte: elaborado pela Autora com base no site STF pesquisa jurisprudência (Brasil, 2024).