

LUCIANA HELRIGUEL DE ANDRADE

**LIBERDADE DE EXPRESSÃO VERSUS DIREITO DA PRIVACIDADE
E A HONRA: o conflito entre direitos fundamentais no âmbito das
mídias sociais**

CURSO DE DIREITO- UniEVANGÉLICA

2023

LUCIANA HELRIGUEL DE ANDRADE

**LIBERDADE DE EXPRESSÃO VERSUS DIREITO DA PRIVACIDADE
E A HONRA: o conflito entre direitos fundamentais no âmbito das
mídias sociais**

Monografia apresentada ao Núcleo de Trabalho Científico do curso de Direito da UniEVANGÉLICA, como exigência parcial para a obtenção d grau de bacharel em Direito, sob orientação do professor (a) Me. Juraci Rocha Cipriano

ANÁPOLIS-2023

LUCIANA HELRIGUEL DE ANDRADE

**LIBERDADE DE EXPRESSÃO VERSUS DIREITO DA PRIVACIDADE
E A HONRA: o conflito entre direitos fundamentais no âmbito das
mídias sociais**

Anápolis,de.....2023.

BANCA EXAMINADORA

RESUMO

O conflito entre os direitos e garantias constitucionais de imagem, honra e privacidade estão cada vez mais ameaçados posto que a ampliação do acesso a internet possibilita que todos expressem suas opiniões de forma livre e irrestrita. O livre exercício dos direitos por meio das mídias sociais tem constantemente causado conflitos quando o exercício de um fere o outro. Para isso se faz necessário recorrer aos instrumentos judiciais para que cesse a violação e conseqüentemente repare os danos sofridos, utilizando para tais critérios gerais e específicos para determinar a relevância de um sobre o outro no caso concreto. O texto ainda analisa os critérios utilizados para que se estabeleça o quantum indenizatório, resultado das decisões favoráveis nos processos judiciais.

Palavras-chave: Moral. Garantias fundamentais. Mídias Sociais. Conflito. Critérios.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	01
CAPÍTULO I – OS DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS.....	02
1.1. O princípio fundamental da pessoa humana.....	02
1.2 Evolução histórica	03
1.3. Diferença entre direitos e garantias fundamentais.....	06
1.4. Legislação e caracterização.....	07
1.5. A abrangência dos direitos e garantias fundamentais.....	08
1.4. Liberdade de expressão.....	08
1.4. Intimidade e vida privada.....	09
1.4. Direito a honra.....	10
CAPÍTULO II – A INTERNET E AS MÍDIAS SOCIAIS	12
2.1 A internet e as mídias sociais.....	12
2.2 A liberdade de expressão, liberdade de informação e liberdade de imprensa na internet.	14
2.3 O conflito entre os direitos e garantias fundamentais e as mídias sociais	18
CAPÍTULO III – POSIÇÃO JURÍDICA E O TRATAMENTO LEGAL	23
3.1 Os critérios de ponderação	23
3.1.1 Os critérios específicos de ponderação.....	27
3.2 Medidas Judiciais Cabíveis.	30
3.3 Critérios para a definição do quantum indenizatório	30
CONCLUSÃO	33
REFERÊNCIAS.....	

INTRODUÇÃO

Este trabalho trata dos conflitos entre o direito a honra, privacidade e imagem em contraponto com o direito a liberdade de expressão, ambos consolidados como garantias fundamentais, elencados no artigo 5º da Constituição Federal, apresentando o conceito e abrangência de cada um dos direitos e a sua relevância no âmbito judicial.

É evidente o crescente avanço da internet em caráter mundial, permitindo o compartilhamento de notícias, informações, imagens e vídeos não mais apenas em questão de segundos, mas já é possível o compartilhamento em tempo real trazendo muitos benefícios para a sociedade, inclusive na maneira de se comunicar e se relacionar por meio das mídias sociais.

O que por um lado constitui-se em um enorme avanço, carregado de inúmeras facilidades e benefícios, por outro carrega uma problemática não apenas no âmbito das mídias, mas que deixa em alerta todo o sistema judiciário, uma vez que frente a facilidade e as liberdades, corriqueiramente acontecem violações de direitos em detrimento do exercício de outro.

Exatamente o que acontece com os direitos fundamentais da intimidade, honra, moral e o direito a liberdade de expressão que não mais possuem abrangência limitada, como podem ser alcançadas pelos mais diferentes territórios, causando ainda mais impacto quando violados.

Por esta razão este texto traz uma exposição de cada um dos conceitos, as medidas cabíveis em casos de violação, seus meios de ponderação e critérios de indenizações.

CAPÍTULO I – OS DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

O presente capítulo trata de forma detalhada os *Direitos e garantias constitucionais*, que estão elencados na Constituição Federal como direitos imutáveis e invioláveis, direitos protetivos que garantem o mínimo necessário para que o indivíduo viva em sociedade

No contexto é apresentado a origem, a definição, a evolução histórica, conceitos, o que projeta não só uma máxima para a teoria, serve de instrumento para sua aplicabilidade.

1.1 – O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana possui o objetivo de garantir o mínimo ao homem em razão unicamente de sua humanidade, uma vez que todos os homens possuem natureza de igual dignidade, independente da comunidade em que vive, raça, crença, credo, grupo e até mesmo classe social a qual pertença, e a esse respeito sintetiza Jorge Castanheira Neves (2020, p. 172):

A dignidade pessoal postula o valor da pessoa humana e exige o respeito incondicional da sua dignidade. Deignidade da pessoa a considerar em si e por si, que o mesmo é dizer a respeitar para além e independentemente dos contextos integrantes e das situações sociais em que ela concretamente se insira. Assim, se o homem é sempre membro de uma comunidade, de um grupo, de uma classe, o que ele é em dignidade e valor não se reduz a esses modos de existência comunitária ou social. Será por isso inválido, e inadmissível, o sacrifício desse valor seu valor e dignidade pessoal a benefício simplesmente da comunidade, do grupo, da classe. Por outras palavras, o sujeito portador do valor absoluto não é a comunidade ou a classe, mas o homem pessoal, embora existencial e socialmente em comunidade e na classe.(Neves, 2020, p.172)

Em sua obra *Direito Constitucional* Alexandre de Moraes conceitua a dignidade da pessoa humana como:

Um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar de modo que, somente, excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos e a busca ao Direito à Felicidade. (Moraes, 2017, p. 383)

E, “após um conturbado desenvolvimento histórico, esta categoria passou a não só ser reconhecida, como a gozar de amplo destaque na ordem jurídica dos mais diversos países, justamente em razão de sua absoluta essencialidade para a proteção e promoção da dignidade da pessoa humana, núcleo axiológico do ordenamento jurídico”, nas palavras de Anderson Schreiber (2021, p. 665)

1.2- Evolução Histórica

O surgimento dos direitos e garantias fundamentais estão intimamente ligados a criação dos Direitos humanos em geral, especialmente com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão que se deu durante a Revolução Francesa em 1789 e posteriormente, em 1948, baseada em sua ideia de direitos universais que garantiriam condições mínimas para existência humana em sociedade, nasceu a Declaração dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU).

Uma das principais características da Constituição Federal de 1988, concebida após o fim da ditadura militar foi a instituição dos direitos e garantias fundamentais. São direitos protetivos que visam garantir o necessário para a sobrevivência de forma digna na sociedade, buscando estabelecer formas para que cada indivíduo seja garantido através do Estado que o administra, assegurando seus direitos enquanto lhe oferece proteção e autonomia simultaneamente

No decurso do tempo surgiram os direitos civis, direitos sociais básicos e econômicos, os direitos de minoria, direitos individuais e coletivos, dentre tantos outros acompanhando a evolução humana.

Pedro Lenza (2012, 16, p.959), dentre vários critérios, classifica os direitos e garantias fundamentais em gerações de direitos, que na doutrina atual denomina-se “dimensões dos direitos fundamentais” trazendo o sentido de que uma nova dimensão não anula o que conquistado pela dimensão anterior, trazendo a característica de evolução sem deixar de considerar os marcos anteriores.

A este respeito escreve André Ramos Tavares:

A existência de várias dimensões é perfeitamente compreensível, já que decorrem da própria natureza humana: as necessidades do Homem são infinitas, inesgotáveis, o que explica estarem em constante redefinição e recriação, o que, por sua vez, determina o surgimento de novas espécies de necessidades do ser humano. Daí falar em diversas dimensões de projeção da tutela do Homem, o que só vem corroborar a tese de que não há um rol eterno e imutável de direitos inerentes à qualidade de ser humano, mas sim, ao contrário, apenas um permanente e incessante repensar dos Direitos. De qualquer forma, em sua totalidade, esses direitos ‘encarnan la dignidad del hombre’. E, mais do que isso, há uma mútua implicação inegável entre os diversos direitos, especialmente entre direitos pertencentes a dimensões supostamente separadas. (2012, p. 501)

Os direitos de 1ª dimensão surgem na transição entre um Estado completamente autoritário para um Estado Democrático de Direito, trazendo em seu bojo as liberdades individuais e os direitos políticos traduzindo o valor a liberdade, e podem ser identificados nas primeiras constituições escritas em meados do século XVIII como resultado do pensamento liberal liderado pelos burgueses.

Paulo Bonavides faz referências aos direitos de primeira dimensão ao afirmar que “os direitos de primeira geração ou direitos de liberdades têm titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.” (Bonavides, 25 ed., p. 563).

A partir do século XIX surgem dos direitos de 2ª dimensão, impulsionado pela Revolução Industrial Européia. São os direitos sociais que objetivam fornecer os meios necessários à efetivação dos direitos individuais. A esta categoria também pertencem os que são denominados direitos culturais e econômicos que

antecedem e pretendem garantir e proporcionar os direitos sociais, bem como os direitos coletivos.

Neste momento, o Estado passa de absolutista e intervencionista a um posição essencialmente oposta. Estes novos direitos possuem como objetivo a execução do próprio princípio da igualdade, partindo do princípio de que de nada vale assegurar liberdade se o indivíduo não possui meios ou condições necessárias ao aproveitamento de seu exercício pleno.

A Constituição Brasileira de 1934 é um dos documentos marcantes nestes direitos de 2ª dimensão, observada juntamente com demais documentos característicos Bonavides observa que: “passaram primeiro por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram eficácia duvidosa, em virude de sua própria natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exiguidade, carência ou limitação essencial dos meios e recursos” (Bonavides, 1997, p. 564).

Os direitos fundamentais da 3ª dimensão são caracterizados pela titularidade coletiva ou difusa, como por exemplo o direito ambiental, ou direito do consumidor que também costumam ser denominados como direitos da solidariedade e são marcados por sua suas alterações de forma ampla, alcançando a comunidade internacional. São direitos transindividuais, não mais se preocupando com o ser humano como indivíduo, mas no gênero humano em sua universalidade. O ser humano inserido na coletividade passa então a possuir direitos de fraternidade.

Não obstante, cabe salientar desde logo a dificuldade enfrentada por esses direitos no que diz respeito ao nível de proteção jurídica conforme descrito por Dyrceu Aguiar:

o processo de tradição normativo-positivista, instrumentaliza a despolitização dos conflitos a serviço da manutenção das relações sociais estabelecidas [...] não se presta à abordagem do conflito coletivo, eminentemente político, reivindicatório de mudanças sociais (DIAS, p. 229).

Ainda neste sentido discorre André Tavares Ramos:

A consequência mais veemente do reconhecimento dessa categoria ampla de interesses foi a de pôr a descoberto a insuficiência estrutural de uma Administração Pública e de um sistema judicial calcados exclusivamente no ideário liberal, que apenas comporta a referência individual, incapaz que é de lidar com fenômenos metaindividuais. (Ramos, 2012, p. 505)

Na 4ª dimensão dos direitos, Boonavides indica como uma dimensão composta por direitos universais como forma de preservação da espécie humana, fazendo referência aos efeitos cada vez mais marcantes da pesquisa biológica que posteriormente poderá permitir manipulações ao patrimônio genético de cada indivíduo. Desta forma, esta dimensão busca a universalização dos direitos fundamentais no campo institucional. (Bonavides, 25 ed. P. 569).

André Ramos ainda dispõe do assunto no sentido que:

No particular, parece mais acertado, para manter a estrita coerência com o critério de identificação das demais dimensões (e a própria ideia de dimensão), falar, na quarta dimensão, de uma diferenciação de tutela quanto a certos grupos sociais, como, por exemplo, as crianças e os adolescentes, a família, os idosos, os afro-descendentes etc. Enquanto os direitos de participação democrática poder-se-iam reconduzir aos clássicos direitos políticos, presentes desde os direitos de primeira dimensão, estes direitos não deixam de ser direitos já existentes, mas que sofrem não um alargamento (extensão) de conteúdo, senão uma diferenciação qualitativa quando aplicados a certos grupos. (2012, p.506)

Nesta dimensão a aplicação do princípio da igualdade encaminha seguramente a legitimidade das ações e dos direitos garantidos ao homem.

1.3 – Diferença entre direitos e garantias fundamentais

Apesar da referência aos direitos e deveres, mister se faz diferenciar os direitos e as garantias fundamentais consagradas pela Magna Carta de 1988, elencados em seu artigo 5º, Título II, sintetizados por Pedro Lenza (2012, p. 962) como:

Assim, os direitos são bens e vantagens prescritos na norma constitucional, enquanto as garantias são os instrumentos através dos quais se assegura o exercício dos aludidos direitos

(preventivamente) ou prontamente os repara, caso violados. (Lenza, 2012, p. 962)

Os direitos fundamentais são dispositivos declaratórios, ou seja, são atribuições reconhecidas e validadas pelo Estado. São normas fundamentais previstas no texto constitucional, enquanto as garantias fundamentais são instrumentos que possuem o condão de assegurar que este texto constitucional tenha eficácia, seja aplicado de forma universal em todo o Estado democrático de direito.

1.4 Legislação e caracterização

Superada as diferenças e o contexto histórico dos direitos e garantias fundamentais, estão elencados nos artigos 5º ao 17º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, divididos por temas sendo eles: direitos individuais e coletivos, direitos sociais, direitos de nacionalidade, e direitos políticos.

Especialmente os direitos e garantias a serem analisados neste texto Direito a Liberdade de Expressão, o Direito a Privacidade e a Honra, estão elencados no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), artigo 5º, incisos IX e X da Magna Carta, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Mister se faz lembrar uma breve caracterização realizada por Davi Araújo e Serrano Nunes Júnior (2006, p. 67-71) aos direitos fundamentais como: historicidade (caráter histórico), universalidade (destina-se de modo indiscriminado a todos os seres humanos), limitabilidade (não são absolutos, havendo muitas vezes conflito de interesses), concorrência (podem ser exercidos cumulativamente), irrenunciabilidade, inalienabilidade e imprescritibilidade.

1.5 – A abrangência dos direitos e garantias fundamentais

O artigo 5º, caput da Constituição Federal de 1988, estabelece que todos são iguais perante a lei, sem qualquer distinção, garantindo aos brasileiros e aos estrangeiros que possuem residência no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança, à igualdade e a propriedade.

Além dos brasileiros e estrangeiros residentes no país a Magna Carta assegura as pessoas jurídicas a aplicabilidade das normas protetivas conforme descreve Alexandre de Moraes:

Assim, o regime jurídico das liberdades públicas protege tanto as pessoas naturais, brasileiros ou estrangeiros no território nacional, como as pessoas jurídicas, pois têm direito à existência, à segurança, à propriedade, à proteção e aos remédios constitucionais. (Moraes, 2017, p.50 – 51)

Embora o caput do artigo 5º da CF, faça referência expressa somente a brasileiros e estrangeiros residentes no País, a doutrina pátria e o Supremo Tribunal Federal vêm levantando o entendimento, diante de uma interpretação sistemática de que os estrangeiros não residentes, a exemplo dos turistas, os apátridas e as pessoas jurídicas, quando não se tratando de garantias que exigem certa especificidade, nada impediria de se valer dos direitos e garantias para proteger aquilo que lhe é fundamental, conforme menciona Pedro Lenza (2012, p. 964).

1.6 – Liberdade de expressão

O direito a liberdade de expressão está especificado no artigo 5º, inciso IX da Constituição federal dispendo: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;”, e a este respeito discorre Alexandre de Moraes:

A liberdade de expressão e de manifestação de pensamento não pode sofrer nenhum tipo de limitação prévia, no tocante a censura de natureza política, ideológica e artística. Contudo é possível à lei ordinária regulamentação das diversões e espetáculos, classificando-os por faixas etárias a que não se recomendem, bem como definir locais e horários que lhes sejam inadequados. Caberá

também à lei estabelecer meios de defesa das pessoas e das famílias quanto a programas de rádio e televisão que descumpram os princípios determinados no art. 221, la IV, como respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família (arts. 220 § 3º, e 221). A inviolabilidade prevista no inciso X do artigo 5º, porém traça os limites tanto para a liberdade de expressão do pensamento como para o direito à informação, vedando-se o atingimento à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas.” (2017, p. 62-63)

O bojo do artigo 220, § 2º da Constituição Federal, veda expressamente toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística, embora, como sintetizado por Alexandre de Moraes, apesar da garantia da liberdade de expressão, a lei federal deverá regular os espetáculos e diversões públicas, de modo a informar a natureza, faixa etária recomendada e ainda horários em que a apresentação se mostre inadequada.

1.7 – Intimidade e vida privada

Os direitos à intimidade, a honra, imagem formam a proteção constitucional à vida privada, garantindo o espaço íntimo livre de intromissões de terceiros de forma ilícita, estendendo-se tanto a pessoas físicas como a pessoas jurídicas.

Os conceitos constitucionais de vida privada e intimidade apesar de apresentarem forte interligação, podem ser diferenciados, eis a diferenciação dada por Alexandre de Moraes (2017, p.62-63): “assim, intimidade relaciona-se às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa, suas relações familiares e de amizade, enquanto vida privada envolve todos os demais relacionamentos humanos, inclusive os objetivos, tais como relações comerciais, de trabalho, de estudo, etc.”, de forma que apesar de se tratar das particularidades de um indivíduo a intimidade diz respeito ao seu íntimo e vida privada acerca das questões que cercam sua vida.

Moraes ainda traz uma definição mais restrita no que diz respeito a intimidade no âmbito familiar:

No âmbito familiar, os direitos à intimidade e vida privada devem ser interpretados de uma forma mais ampla, levando-se em conta as delicadas, sentimentais e importantes relações familiares, devendo

haver maior cuidado em qualquer intromissão externa. Dessa forma, concluímos como Antônio Magalhães, no sentido de que “as intromissões na vida familiar não se justificam pelo interesse de obtenção de prova, pois, da mesma forma do que sucede em relação aos segredos profissionais, deve ser igualmente reconhecida a função social de uma vivência conjugal e familiar à margem de restrições e intromissões. (2017, p. 62-63)

1.8- Direito a honra

O direito a honra, do latim “*honor*” indica diretamente a dignidade de uma pessoa, está incluído no rol dos direitos a integridade moral, recepcionados pela Constituição de 1988, Antônio José Fernandes de Oliveira Mendes pontua:

Após tomar consciência da sua condição humana, da sua individualidade e dos demais valores espirituais e morais que em si existem, o homem apercebe-se de que tais valores lhe determinam a sua forma de pensar, de viver e de conviver, fazendo de si um ser dotado de concretos atributos, capacidades e qualidades que se refletem igualmente no mundo exterior. Através do auto-reconhecimento e da auto-avaliação passa a ter, assim, a consciência daquilo que é e daquilo que vale ou, pelo menos, daquilo que pensa ser e daquilo que pensa valer. Desperta, então, a noção de honra, como dignidade pessoal. Assim, nasce em si um sentimento de honra alicerçado não só nos valores morais e espirituais que em si existem, mas também e especialmente no papel decisivo que aqueles têm nos seus atributos e qualidades, carácter, probidade, rectidão, lealdade, etc., bem como na projeção exterior que daí decorre, por via do concreto viver e conviver de cada um.(1996, p.17)

Cunha Júnior conceitua a honra da seguinte forma (2009, p.681): “Não só a consideração social, o bom nome e a boa fama, como o sentimento íntimo, a consciência da própria dignidade pessoal. Isso é, honra é a dignidade pessoal refletida na consideração alheia e no sentimento da própria pessoa”, ou seja, a honra não se trata apenas do sentimento que o indivíduo tem por si mesmo, mas dis respeito a consideração que é obtida por terceiros a respeito de si mesmo.

Ainda, nas palavras de Guilherme de Souza Nucci (2017, p.595):

É a faculdade de apreciação ou o senso que se faz acerca da autoridade moral de uma pessoa, consistente na sua honestidade, no seu bom comportamento, na sua respeitabilidade no seio social, na sua correção moral; enfim, na sua postura calcada nos bons costumes.

A honra diz respeito a maneira com a qual o indivíduo se vê em

sociedade, atrelada a consideração de outrem no sentimento da própria pessoa conforme citado acima por Cunha Júnior. É um conceito tão relevante que aborda temas tanto no âmbito do direito contitucional como é alcançado pelo direito civil e até mesmo no âmbito do direito penal.

Assim, conforme conclui Alfieri (2014, p. 83), “o indivíduo aprende, em um primeiro momento, a sua qualidade individual, a essência fundamental do seu ser consciente de si mesmo, e sente fluir no seu íntimo a amplitude de uma esfera interior”

A doutrina divide a honra em duas categorias como descreve Edilson Pereira de Farias (1996, p.162), sendo a primeira em “honra objetiva (a dignidade da pessoa humana refletida na consideração dos outros”, ou seja, trata-se da maneira em que a sociedade percebe o indivíduo, enquanto a honra subjetiva, segundo o autor “é a dignidade da pessoa refletida no sentimento da própria pessoa”.

Este mesmo autor finaliza: “é dizer, no sentido objetivo, a honra é a reputação que a pessoa desfruta ante o meio social em que está situada; no sentido subjetivo, a honra é a estimacão que a pessoa realiza de sua própria dignidade moral.”

CAPÍTULO II – A INTERNET E AS MÍDIAS SOCIAIS

Com a crescente evolução da tecnologia, o nascimento da internet e a sua acelerada disseminação o sistema de redes passa a integrar a rotina de grande parte da comunidade mundial. Como consequência desta expansão, situações cotidianas que antes apenas ocorriam no âmbito físico, passam a ser corriqueiras no âmbito digital.

Em se tratando dos direitos e garantia fundamentais analisados em capítulo anterior, não ocorreu de maneira diferente. À medida em que se expande o acesso a internet, o direito a liberdade de expressão passa a também ser exercido por meio das redes e conseqüentemente, da mesma maneira que no mundo real torna-se conflitante quando frente ao direito à privacidade, honra e dignidade da pessoa humana.

Para que possa haver um entendimento claro em relação a violação de direitos fundamentais enquanto outros são exercidos nas mídias sociais, é importante esclarecer o que é a internet e a sua estruturação.

2.1 – A internet e as mídias sociais

A internet é uma rede que alcança todo o planeta, possibilitando a troca de informações, mensagens e até contato direto através de um protocolo comum.

Possui um alcance a nível mundial, possibilitando contato direto em tempo real em considerável distância.

A Internet é, portanto, uma rede mundial de computadores ou terminais ligados entre si, que tem em comum um conjunto de protocolos e serviços, de uma forma que os usuários conectados possam usufruir de serviços de informação e comunicação de alcance mundial através de linhas telefônicas comuns, linhas de comunicação privadas, satélites e outros serviços de telecomunicações. (Morais, 2012, p. 42)

A internet, dentre tantas funcionalidades possibilita a comunicação entre indivíduos por meio de aparelhos cada vez menores e mais acessíveis. Possui alcance mundial e torna cada vez maior o acesso às informações.

Os autores da plataforma Brasil Escola trazem uma definição para internet:

A Internet é um grande conjunto de redes de computadores interligadas pelo mundo inteiro; de forma integrada viabilizando a conectividade independente do tipo de máquina que seja utilizada, que para manter essa multi-compatibilidade se utiliza de um conjunto de protocolos e serviços em comum, podendo assim, os usuários a ela conectados usufruir de serviços de informação de alcance mundial. (2023, p.3)

Através das redes as informações que antes se davam por jornais escritos ou televisionados e pesquisas que dependiam de acervos bibliotecários passam a obter maior alcance e conseqüentemente com maior rapidez.

Acerca disto descreve Carlos Moraes:

Contudo a Internet é considerada 'o maior acervo de informações disponíveis publicamente'. Essa expressão enfatiza o aspecto informativo da rede, consequência do uso de novos serviços de rede, complementares aos serviços ditos básicos e voltados para a disseminação de informações. Mais recentemente, a internet foi considerada o 'protótipo da Super Via da Informação', expressão usada para reforçar o aspecto universal, bidirecional e de múltiplos meios de comunicação propiciada pela rede, ela ignora o tempo e o espaço. (2012, p. 43)

Uma notícia que em tempos antigos precisaria de alguns dias para que fosse veiculado, anos após cerca de horas, nos dias atuais é possível que seja compartilhada para outro lado do mundo em questão de segundos.

O surgimento da internet e sua constante evolução e implantação na vida das pessoas pertencentes as mais diversas classes sociais, possibilitou inúmeras mudanças fundamentais. Uma das mais importantes mudanças foi a viabilidade não apenas na informação em tempo record, mas a possibilidade de socialização entre os mais diversos indivíduos nos mais variados locais do mundo, através das redes sociais.

Uma rede social é definida como um conjunto de dois elementos: atores (pessoas, instituições ou grupos – os nós da rede) e suas conexões (interações, laços sociais). A rede, assim, é uma metáfora para observar os padrões de conexão de um grupo social a partir das conexões estabelecidas entre os diversos atores. (MORAIS, 2012, p. 75).

Para Marteleto (2001, p.72) as redes sociais representam “um conjunto de participantes autônomos, unindo ideias e recursos em torno de valores e interesses compartilhados”.

Thaís Carvalho, descreve as redes sociais como:

Mídias sociais, em seu sentido atual, podem ser definidas como sistemas on-line usados por pessoas para a produção de conteúdos de forma descentralizada, provocando a interação social a partir do compartilhamento de informações, opiniões, conhecimentos e perspectivas, exteriorizados por meio de textos, imagens, vídeos e áudios. Nessa medida, ‘redes sociais’ são espécies do gênero ‘mídias sociais’ e significam as interações sociais em forma de rede mediadas pela internet. (2012, p.18)

As mídias/redes sociais tem conquistado cada vez mais adeptos, abrangendo não apenas os relacionamentos interpessoais por meio das redes, mas possibilitando a propagação da informação, gerando ambiente propício para o exercício do direito a liberdade de expressão, informação e imprensa.

2.2- A liberdade de expressão, liberdade de informação e liberdade de imprensa na internet

A declaração dos direitos humanos em 1789, em seu artigo 11 passou a reconhecer e a preservar o direito de expressar opiniões, reconhecendo como um dos direitos mais preciosos da humanidade, no entanto, preservando um limite.

Artigo 11º- A livre comunicação dos pensamentos e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do Homem; todo o cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na Lei.

Neste momento os limites que ainda se encontravam em um plano abstrato na declaração dos direitos humanos, passam a para um plano concreto quando começa a ser definido pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos adotados pela XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966, em vigor no Brasil por meio do Decreto nº. 592 de 6 de julho de 1992, assegurando o respeito aos direitos e reputação das demais pessoas e protegendo a segurança nacional, a ordem, a mora, e a saúde pública.

Ar.19- 1. Ninguém poderá ser molestado por suas opiniões.

2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.

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

a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;

b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas.

A declaração de Princípios sobre liberdade de Expressão, datada no ano de 2000, também consagrou o direito a liberdade de expressão, em seu princípio nº 2, garantindo não apenas o direito de divulgar informações e opiniões de forma livre, como também de recebê-las, conforme prevê:

Art. 2- Toda pessoa tem o direito de buscar, receber e divulgar informação e opiniões livremente, nos termos estipulados no Artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Todas as pessoas devem contar com igualdade de oportunidades para receber, buscar e divulgar informação por qualquer meio de comunicação, sem discriminação por nenhum motivo, inclusive os de raça, cor, religião, sexo, idioma, opiniões políticas ou de qualquer outra índole, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

Anderson Schreiber em sua obra *Direito e mídia*, destaca que enquanto a Declaração Universal dos Direitos Humanos utiliza a expressão “sem interferência”, a Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão emprega a expressão “sem discriminação”, ou seja, sem qualquer tipo de opressão (2021, p.302):

Importa notar que a previsão da liberdade de expressão contida na Declaração Universal dos Direitos Humanos utiliza a expressão “sem interferência”. Já a da Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão, utiliza a expressão “sem discriminação por nenhum motivo”. Portanto, o que transparece aí é que o exercício da liberdade de expressão deve ser exercido livre de coerção. Logo, ninguém deve ser inquietado, censurado, manipulado no que se refere à divulgação de determinada opinião. (SCHEREIBER, 2021, p. 302)

O direito a liberdade de expressão possui em sua essência o direito a informação. A esse respeito pontua Schreiber “não se concebe a existência de uma opinião a ser expressa sem que o indivíduo possua o instrumental necessário para sua formação, qual seja, a informação.

A definição de liberdade de informação depende de forma direta da diferenciação da liberdade de expressão, ensinada, neste sentido por Luis Roberto Barroso:

É fora de dúvida que a liberdade de informação se insere na liberdade de expressão em sentido amplo, mas a distinção parece útil por conta de um inegável interesse prático, relacionado com os diferentes requisitos exigíveis de cada uma das modalidades e suas possíveis limitações. A informação não pode prescindir da verdade – ainda que uma verdade subjetiva e apenas possível [...] – pela circunstância de que é isso que as pessoas legitimamente supõem estar conhecendo ao buscá-la. Decerto, não se cogita desse requisito quando se cuida de manifestações da liberdade de expressão. De qualquer forma, a distinção deve pautar-se por um critério de prevalência: haverá exercício do direito de informação quando a finalidade da manifestação for a comunicação de fatos noticiáveis, cuja caracterização vai repousar sobretudo no critério de sua veracidade. (SCHEREIBER, 2021, p. 302)

Cláudio Chequer possui a mesma linha de entendimento no que diz respeito à conexão entre liberdade de expressão e liberdade da informação, trazendo de forma clara e concisa a diferenciação dos termos, pois enquanto uma está ligada aos fatos, outra está ligada aos pensamentos. (2011):

Este aspecto da liberdade de informação consistente na emissão do conteúdo informativo se aproxima, bastante, da liberdade de expressão. Portanto, é preciso que se deixe clara a diferença entre ambas: a liberdade de informação está ligada mais aos fatos, enquanto a liberdade de expressão está mais ligada a ideias e pensamentos. (CHEQUER, 2011, p. 16)

Além da liberdade de expressão e a liberdade de informação, existe uma terceira liberdade que possui fundamentos constitucionais que é a liberdade de imprensa, sobre a qual discorre Barroso em seu artigo publicado:

A expressão designa a liberdade reconhecida (na verdade, conquistada ao longo do tempo) aos meios de comunicação em geral (não apenas impressos, como o termo poderia sugerir) de comunicarem fatos e ideias, envolvendo, desse modo, tanto a liberdade de informação como a de expressão. Se de um lado, portanto, as liberdades de informação e expressão manifestam um caráter individual, e nesse sentido funcionam como meios para o desenvolvimento da personalidade, essas mesmas liberdades atendem ao inegável interesse público da livre circulação de ideias, corolário e base de funcionamento do regime democrático, tendo portanto uma dimensão eminentemente coletiva, sobretudo quando se esteja diante de um meio de comunicação social ou de massa. (2023, site)

Enquanto a liberdade de expressão e informação manifestam um caráter puramente individual, a liberdade de imprensa possui uma característica coletiva, diante da indiscutível relevância dada ao interesse público pela livre circulação de ideias.

A liberdade de imprensa tem relevância neste assunto quando exercida através de pessoa física, sem qualquer interferência de pessoa jurídica conforme entendimento de Scheiber:

Nos casos em que a atividade jornalística é exercida por uma pessoa física sem a presença de pessoa jurídica interposta, tanto o emissor da informação quanto o seu receptor são pessoas humanas. Nesses casos, a proteção àquele que exerce a atividade jornalística também se dará com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana. Logo, havendo eventual conflito de interesses entre o jornalista e o destinatário do conteúdo jornalístico, ter-se-á situação na qual a contraposição correspondente será “dignidade da pessoa humana x dignidade da pessoa humana”.(2021, p.309)

Em se tratando de pessoa física para pessoa física, inicia o conflito entre os direitos e garantias fundamentais. De um lado o direito a informação, liberdade de expressão e liberdade de imprensa (como pessoa física) e o direito a privacidade e a honra.

2.3 – O conflito entres os direitos e garantias fundamentais e as mídias sociais

A internet se apresenta no tempo presente como um importante instrumento da liberdade de expressão. As redes sociais, os blogs são ferramentas de rede de fácil acesso, funcionando por meio de postagens, onde o agente cadastrado tem a liberdade de pulicar suas opniões acerca de um tema, ou expor seus conhecimentos em áreas específicas, o que possibilita o nascimento de formadores de opiniões e até mesmo jornalistas amadores.

Mas seja no aspecto pessoal ou no político, o que importa é que a internet traz a possibilidade, sem igual na história, de pessoas comuns se expressarem sem restrição de conteúdo para uma platéia mundial. Ou seja, assuntos que podem nunca chegar à mídia principal, por serem considerados frívolos, não interessantes ou contrários ao interesse do grupo que domina determinado meio de comunicação, podem ser explorados em blogs ou em qualquer outro tipo de site pessoal. Essa possibilidade supre a necessidade do indivíduo de se expressar e de conhecer idéias diferentes, cumprindo e potencializando o aspecto humanista da liberdade de expressão, e traz novas idéias para o debate político, sem a interferência do poder político ou econômico dominante, cumprindo e potencializando também o aspecto democrático da liberdade em questão. (BÁRBARA, 2009, p.35-36)

As redes de forma geral não trazem apenas benefícios, uma vez que abre-se um leque de oportunidades para que se violem princípios em detrimento de outros, em razão do exercício do direito a liberdade de expressão, informação e imprensa de forma abusiva, conflituando com o direito a privacidade e a honra.

Desta forma, a internet possibilitou a popularização da mídia, de maneira que a informação deixa de ser veiculada apenas por meio de profissionais do jornalismo e passa a ser comum e exposta em sua maioria informalmente e em prazos de tempo cada vez mais curtos, e neste momento, ocorre a colisão entre direitos fundamentais, uma vez que uma publicação pode ser divulgada a nível mundial.

A colisão dos direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem com a liberdade de expressão e informação significa que as opiniões e fatos relacionados com o âmbito de proteção constitucional desses direitos não podem ser divulgados ao público indiscriminadamente. Por outro lado, conforme exposto, a liberdade de expressão e informação, estimada como um direito fundamental que transcende a dimensão de garantia individual por contribuir para a formação da opinião pública e pluralista, instituição considerada essencial para o funcionamento da sociedade democrática, não deve ser restringida por direitos ou bens constitucionais, de modo que resulte totalmente desnaturalizada. (BARBARA, 2009, p.39)

Com a crescente utilização das mídias sociais, essa colisão entre direitos se intensifica, tornando a utilização dos meios cada vez mais sensível, uma vez que praticamente tudo que se publica se torna público, atingindo proporções inimagináveis.

Bárbara Nascimento descreve a diferença de um discurso feito no âmbito do mundo real e no âmbito da internet:

Dentre essas diferenças do discurso na internet para o discurso no mundo real, é possível identificar três principais, que se referem à amplitude do alcance da idéia divulgada, ao fato de a informação ser colocada na internet em caráter permanente e à facilidade de acesso a ela. Quanto à primeira diferença, as idéias, quando divulgadas na internet sem restrição de acesso¹³⁵, possuem um alcance consideravelmente mais amplo do que nos demais veículos de comunicação. A rede permite que as pessoas se expressem para uma platéia mundial, de uma forma nunca antes possível na história¹³⁶. A informação na internet, que pode ser inserida por qualquer indivíduo, circula livremente, se espalhando com uma velocidade incrível, de forma semelhante a uma epidemia¹³⁷, e atingindo potencialmente todos os seus usuários. (Nascimento, 2009, p.44)

Uma violação ao direito a honra e a privacidade, enquanto exercido o direito a liberdade de expressão ocorrido de forma pessoal e fisicamente se restringe aos agentes presentes no momento da violação, já no corpo da internet e das mídias sociais não será possível controlar a reprodução destas informações, dando a qualquer agente com acesso a internet a possibilidade de ser alcançado pela publicidade que a internet proporciona, agravando cada vez mais os efeitos da ofensa ao direito alheio.

Seguindo esta linha de pensamento de Bárbara Nascimento, além desta

amplitude do alcance da opinião divulgada pelas mídias sociais, que é o caso em comento, ainda traz o caráter permanente e a facilidade de acesso as tais informações:

Quando se publica um texto, uma imagem ou um vídeo em um site, a informação não se desfaz materialmente pelo decurso do tempo, porque ela não existe no mundo real. Ela é virtual e poderá ser acessada a qualquer momento por quem a localizar. Assim, a notícia permanecerá no banco de dados digital até ser retirada, e esse é o ponto principal dessa diferença: nos demais veículos a informação se perde naturalmente com o passar do tempo, enquanto que na rede depende-se de uma intervenção do homem para que ela deixe de existir. (NASCIMENTO, 2009, p. 47)

Mesmo que o próprio agente que deu origem a publicação a remova do ambiente virtual, não se pode garantir que tais informações simplesmente desaparecem para o público, uma vez que exista a possibilidade de se copiarem, encaminharem os chamados *links*, ou realizados "*prints*" de tela que podem perpetuar eternamente uma postagem.

Ainda acompanhando o entendimento de Bárbara Nascimento em sua tese de doutorado, a propensão ao acesso por meio da internet à informação possibilita não somente o acesso a informação, mas a vida pessoal por meio de nomes, de forma que apenas uma pesquisa no "google" é capaz de dar acesso a diversas informações a respeito de pessoa, local, empresa, uma vez que é possível a busca pela dita referência em diversos sites e blogs, e redes sociais, entendendo assim:

Portanto, se um dado que viola o direito fundamental à honra ou à privacidade de uma pessoa é inserido na rede, indicando-se o nome dela, sua imagem ou qualquer possibilidade concreta de rastreá-la ou identificá-la, ela pode ter sua reputação para sempre marcada por esse dado divulgado, tendo dificuldades, dependendo do teor da informação, para conseguir empregos, se relacionar ou simplesmente definir sua identidade no futuro. (Nascimento, 2009, p. 47-48)

Uma vez exercido o direito de livre expressão de forma abusiva, ao ponto de ferir o direito a honra e privacidade de outrem por meio das redes sociais e da internet em geral podem trazer inimaginável constrangimento aos ofendido e inúmeras consequências aquele que ultrapassou os limites do seu direito.

Diante desse contexto, pode-se dizer que a internet não oferece segundas chances. Em uma sociedade na qual as pessoas são constantemente vigiadas de forma que pequenos erros do dia-a-dia, como não limpar as fezes de seu cachorro, ou simples fatos despidos de qualquer reprovabilidade moral ou jurídica, como ir à praia, podem acabar na rede e em vários computadores ao redor do mundo, “ironicamente, o livre fluxo de informações ameaça minar nossa liberdade no futuro”. Ou seja, a liberdade de expressão se volta contra a própria liberdade de expressão na medida em que os indivíduos terão medo de que suas palavras e atos sejam divulgados na internet e se transformem em uma letra escarlate digital, em uma marca de vergonha que os acompanhará para sempre, com conseqüências não só na rede como também em sua vida fora dela. (BARBARA, 2009 p.49).

O retrato desta realidade pode ser visto por qualquer indivíduo com acesso às mídias sociais, uma vez que pouco a pouco as pessoas se tornam temerosas, uma vez que a qualquer momento pode ser escrito algo que intimamente ofenda terceiros e com isto acarrete problemas não apenas a nível de relacionamentos, mas questões jurídicas que passam a serem colocadas em pauta.

E novamente cislumbra a colisão entre direitos, pois se por um lado se vê a violação do direito a honra em detrimento do exercício da liberdade de expressão, surge a problemática entorno do cerceamento do direito a liberdade de informação e a liberdade de expressar as próprias opiniões.

Ao mesmo tempo em que se instituiu um verdadeiro ativismo da liberdade de expressão na internet, ao qual todos parecem querer se associar de algum modo – afinal, ninguém quer ser rotulado como “um inimigo da liberdade” –, torna-se, por outro lado, cada vez mais evidente que, muitas vezes, a defesa da liberdade de expressão no universo digital surge em defesa de interesses econômicos ligados à preservação de um espaço de autorregulação na rede. Nesse contexto, o Direito é quase sempre visto com aversão, porque constitui, em larga medida, a palavra do Estado e, em última análise, do Estado-juiz, que representa, no plano simbólico, uma ameaça ao “território livre” da internet. Nesse contexto, uma decisão judicial que se aventure, por exemplo, a interferir na publicação de conteúdo no campo das redes sociais, dos motores de busca ou dos aplicativos de mensagens é quase sempre taxada como “censura” ou, no mínimo, (des)qualificada como uma intervenção imprópria em um universo que seria, por definição, governado pela liberdade absoluta. (SCHEREIBER, 2022, p. 14-15)

Assim se estende a problemática entre os direitos e garantias fundamentais conflituando-se ao longo do tempo, reforçado pela expansão da

internet. Mas até que ponto um direito pode ser suprimido para a proteção de outro? Como a legislação brasileira, bem como os tribunais trabalham para suprimir tais violações? É necessário que seja estabelecida legislação específica?

CAPÍTULO III – POSIÇÃO JURÍDICA E O TRATAMENTO LEGAL

Identificadas as características e divergências entre as mídias sociais e os direitos fundamentais, mister se faz analisar as consequências, analisando os limites dos direitos fundamentais em comento quando exercidos no âmbito das redes sociais.

Pretende-se estabelecer um limite entre o exercício e a violação dos direitos, e para isso a doutrina e a jurisprudência estabelecem alguns critérios, ponderando seu exercício no mundo real.

3.1. Os critérios de ponderação

É importante para fins de compreender as consequência em casos de violações a direitos fundamentais, ponderar determinados critérios para que seja considerada violação passível de punição, uma vez que ao expor qualquer fotografia, ideia, por meio de publicações nas redes dá-se publicidade à imagem, sendo necessário analisar caso a caso para que a partir de então passe a ser dicitadas possíveis penalidades.

Acerca disto dispõe Luís Roberto Barroso, (2004, p.36):

O conhecimento acerca do fato que se pretende divulgar tem de ter

sido obtido por meios admitidos pelo direito. A Constituição [...] interdita a divulgação de notícias às quais se teve acesso mediante cometimento de um crime. Se a fonte da notícia fez uma interceptação telefônica clandestina, invadiu domicílio, violou o segredo de justiça em um processo de família ou obteve uma informação mediante tortura ou grave ameaça, sua divulgação não será legítima. Note-se ainda que a circunstância de a informação estar disponível em arquivos públicos ou poder ser obtida por meios regulares e lícitos torna-a pública e, portanto, presume-se que a divulgação desse tipo de informação não afeta a intimidade, a vida privada, a honra ou a imagem dos envolvidos.

Não há uma regra objetiva para ponderar os efeitos dos danos e suas possíveis punições, e por este motivo cabe ao magistrado, ou autoridade responsável pela aplicação das penalidades, embasados nos princípios do direito, como por exemplo, o princípio da razoabilidade determinar no caso concreto se houve a violação de direitos fundamentais ou não.

Parece evidente, portanto, que nem o legislador infraconstitucional, nem o Poder Judiciário podem, entre nós, criar uma preferência abstrata e geral em favor de um ou de outro direito fundamental. Todos devem ser tutelados em sua máxima medida, admitindo-se tão-somente sacrifícios recíprocos à luz da ponderação que se imponha, concretamente, diante de uma situação de colisão de direitos fundamentais igualmente protegidos pelo texto constitucional. É certo que a técnica da ponderação impõe desafios e dificuldades, consistindo a maior delas em uma imprevisibilidade latente quanto ao resultado do julgamento que será proferido em caso de colisão de direitos fundamentais. O surgimento da internet e sua constante evolução e implantação na vida das pessoas pertencentes as mais diversas classes sociais, possibilitou inúmeras mudanças fundamentais. Uma das mais importantes mudanças foi a viabilidade não apenas na informação em tempo record, mas a possibilidade de socialização entre os mais diversos indivíduos nos mais variados locais do mundo, através das redes sociais. (SCHREIBER, 2022, p. 168)

A ponderação neste sentido, constitui-se como uma técnica para decisões realizadas judicialmente que são aplicadas em casos complexos, especialmente em casos como de conflitos entre direitos e garantias fundamentais, quando a norma concreta demonstra insuficiente.

Neste entendimento Luís Roberto Barroso (2004), descreve o sistema de ponderação, que pouco a pouco vem ganhando espaço no judiciário em três etapas para utilização dos critérios e assim ser possível estabelecer uma decisão acertada.

Na primeira etapa, cabe ao intérprete detectar no sistema as normas relevantes para a solução do caso. identificando eventuais conflitos entre elas. Como se viu. a existência dessa espécie de conflito -insuperável pela subsunção -é o ambiente próprio de trabalho da ponderação. Assinale-se que norma não se confunde com dispositivo: por vezes uma norma será o resultado da conjugação de mais de um dispositivo. Por seu turno, um dispositivo isoladamente considerado pode não conter uma norma ou, ao revés. abrigar mais de uma. Ainda neste estágio, os diversos fundamentos normativos (isto é: as diversas premissas maiores pertinentes) são agrupados em função da solução que estejam sugerindo: aqueles que indicam a mesma solução devem formar um conjunto de argumentos. O propósito desse agrupamento é facilitar o trabalho posterior de comparação entre os elementos normativos em jogo. (2004, p.10)

Para a primeira etapa é necessário uma minuciosa análise em todos os sistemas de normas, não apenas dispositivos isolados, mas o agrupamento de normas que conduz o ordenamento jurídico, que uma vez agrupados, auxiliam a comparação entre os atos normativos que permeiam o caso concreto.

Neste sentido, sempre que houver, no exercício de um direito fundamental violação de outro dispositivo constitucional, o primeiro critério a ser utilizado o apanhado geral de normas para que, seja qual for a natureza da norma, esta possa ser individualizada para análise de violações e posterior aplicação da sanção.

Noutros termos, pela lei de colisão, o exame dos princípios em jogo e da situação de aplicação permite que se encontre, indutivamente, uma regra jurídica que determina as condições por meio das quais um princípio terá precedência em relação a outro que lhe é contrário, regra essa que teria conteúdo generalizável, permitindo, portanto, que as situações futuras sejam racionalmente equacionadas pela aplicação dessa regra que é produto da operação da lei de colisão.(Acunha, 2014, p.167).

O correto e detalhado exame dos princípios que tem sofrido colisão quando no seu exercício induz o aplicador da lei as regras jurídicas relevantes ao caso que analisado de forma concreta permite a aplicabilidade da norma de forma correta, que é o que se analisa na segunda etapa dos critérios de ponderação.

A segunda etapa, diferente da primeira etapa que trata o caso em um plano geral, analisa segundo as questões fáticas. Uma vez já analisados e

aplicadas as normas sejam elas, constitucionais, penais, cíveis ou de qualquer natureza no ordenamento jurídico, nesta etapa incumbe ao julgador analisar conforme o caso concreto a aplicabilidade da norma selecionada.

Na segunda etapa, cabe examinar os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos. Como se sabe, os fatos e as conseqüências práticas da incidência da norma têm assumido importância especial na moderna interpretação constitucional. Embora os princípios e regras tenham, em tese, uma existência autônoma, no mundo abstrato dos enunciados normativos, é no momento em que entram em contato com as situações concretas que seu conteúdo se preencherá de real sentido. Assim, o exame dos fatos e os reflexos sobre eles das normas identificadas na primeira fase poderão apontar com maior clareza o papel de cada uma delas e a extensão de sua influência. (BARROSO, 2004, p. 10)

A segunda etapa diferente da primeira que analisa as normas do aplicáveis, analisa as circunstâncias fáticas, concretas e sua relação com dos instrumentos normativos indicados em etapa anterior, fato que tem assumido substancial importância na interpretação constitucional pelos doutrinadores modernos.

Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fáticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida (nos termos de Dworkin: aplicable in all-or-nothing fashion); a convivência dos princípios é conflitual (Zagrebelsky), a convivência das regras é antinômica; os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se. Consequentemente, os princípios, ao constituírem exigências de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à 'lógica do tudo ou nada'), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos. Como se verá mais adiante, em caso de conflito entre princípios, estes podem ser objecto de ponderação e de harmonização, pois eles contêm apenas 'exigências' ou 'standards' que, em 'primeira linha' (prima facie), devem ser realizados; as regras contêm 'fixações normativas' definitivas, sendo insustentável a validade simultânea de regras contraditórias. Realça-se também que os princípios suscitam problemas de validade e peso (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de validade (se elas não são correctas devem ser alteradas). (CANOTILLO, 2003, p.1161,1162)

Centrando a atenção nos princípios é possível entender que estes permitirão a formulação de juízos de forma concreta após passarem pelos critérios de ponderação, aplicando o princípio da razoabilidade e proporcionalidade, estabelecendo a relação de preferência que produzirá por fim, um juízo definitivo.

É na terceira etapa que a ponderação irá singularizar-se, em oposição a subsunção. Relembre-se, como já assentado, que os princípios, por sua estrutura e natureza, e observados determinados limites, podem ser aplicados com maior ou menor intensidade, à vista de circunstâncias jurídicas ou fácticas em que isso afete sua validade. Pois bem: nessa fase decisória, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto serão examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos a serem atribuídos aos diversos elementos em disputa e, portanto, o grupo de normas a preponderar no caso. Os parâmetros construídos na primeira etapa deverão ser empregados aqui e adaptados, se necessário, às particularidades do caso concreto. Em seguida, é preciso ainda decidir quão intensamente esse grupo de normas e a solução por ele indicada deve prevalecer em detrimento dos demais, isto é: sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida, cabe ainda decidir qual deve ser o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada. Todo esse processo intelectual tem como fio condutor o princípio instrumental da proporcionalidade ou razoabilidade. (Barroso, 2004, p.11)

Até a terceira etapa nada novo acontece, uma vez que a análise da norma jurídica e aplicação aos fatos ocorrem da mesma maneira, tanto em casos difíceis como em casos fáceis, e é nesta etapa, a terceira, que traz-se à luz outros princípios para que se necessário se adequem ao caso concreto e ponderado o peso de um princípio em detrimento do outro conforme o caso concreto.

3.1.1- Critérios específicos de ponderação

Atentando ao conflito entre as garantias constitucionais do direito à honra e privacidade em contraponto com o direito à liberdade de expressão, a doutrina tem classificado critérios específicos, atentando à segunda etapa descrita por Barroso (2004, p.10), no que diz respeito aos fatos do caso.

Um fator extremamente necessário para a ponderação é o meio de obtenção da informação, cabe ao judiciário analisar no caso em concreto se o meio para obtenção da informação, ou meio da obtenção de imagens se deu de forma lícita ou ilícita, acerca disto discorre Luís Roberto Barroso.

O conhecimento acerca do fato que se pretende divulgar tem de ter sido obtido por meios admitidos pelo direito. A Constituição [...] interdita a divulgação de notícias às quais se teve acesso mediante cometimento de um crime. Se a fonte da notícia fez, e.g., uma interceptação telefônica clandestina, invadiu domicílio, violou o segredo de justiça em um processo de família ou obteve uma informação mediante tortura ou grave ameaça, sua divulgação não será legítima. Note-se ainda que a circunstância de a informação estar disponível em arquivos públicos ou poder ser obtida por meios regulares e lícitos torna-a pública e, portanto, presume-se que a divulgação desse tipo de informação não afeta a intimidade, a vida privada, a honra ou a imagem dos envolvidos. (2004, p 30)

Em razão da massiva popularidade da internet, o acesso as mídias sociais se tornou cada vez mais amplo e cada vez melhor tecnologicamente, possibilitando não só a publicação de informação como de imagens sejam em fotografias ou até mesmo na publicação de vídeos, o que pesa no momento da ponderação, uma vez que se a informação, ou imagem fora publicada pelo próprio indivíduo de forma pública, entende-se que não há o que se requerer quanto a privacidade ou ao direito de imagem. Se a obtenção se der por meios ilícitos o quadro muda radicalmente.

É necessário avaliar as condições em que as informações, ou imagens, ou vídeos, objeto da violação a privacidade, intimidade ou honra foram coletadas de forma lícita ou ilícita. Se publicadas pelo próprio indivíduo que se diz desmoralizado, claramente não se trata de violação, apenas o compartilhamento daquilo que já se fez público pelo próprio indivíduo.

Sendo o acesso livre para qualquer um que se conecte à rede mundial, o tratamento deve ser de informação pública. As pessoas devem ter consciência de que a colocação de informações em um site aberto significa a sua divulgação instantânea e potencial para uma platéia de bilhões de internautas. Portanto aquele que publica fotos, vídeos ou textos, divulgando fatos a seu respeito na internet, não poderá depois invocar a privacidade para pleitear a retirada daquela informação de outros lugares da rede ou mesmo fora dela, nem indenização por quem a propague, uma vez que foi o próprio indivíduo que abriu mão de sua privacidade. (BÁRBARA, 2009, p. 53)

É sabido que mesmo o objeto da discussão for obtido por meio lícito, havendo descontextualização da informação ou imagem, revela ainda outro critério específico, vez que embora obtido por meio lícito, fora exposta por terceiro de forma

deturpada, fora de contexto.

Mas o fato de o titular do direito à intimidade divulgar um texto, um áudio, uma imagem ou um vídeo em um espaço público na internet, embora torne a informação pública, não autoriza a sua reprodução em um contexto diferente daquele em que foi divulgado, denegando a honra ou a imagem da vítima. Caso isso ocorra, em regra, estar-se-á não diante de uma violação à intimidade, mas sim à honra do indivíduo. Em outras palavras, a reprodução de uma informação pública disponível na internet apenas será lícita se estiver no mesmo contexto em que originalmente publicada. Isso porque se da conduta do titular do direito que divulga um dado seu em um ambiente público da rede é possível extrair a conclusão de que ele está abrindo mão de sua intimidade, o mesmo não pode ser dito com relação à honra. O tão só fato de uma pessoa divulgar dados pessoais seus na internet não implica consentimento tácito para que outros os utilizem para ofendê-la moralmente. O consentimento deverá ser expresse. (BÁRBARA, 2009, p. 57)

A divulgação de forma descontextualizada do objeto, ainda que dado publicidade por meio de publicação nas redes sociais, constituem violação ao artigo 5º, X da Constituição Federal e ainda ao artigo 20 do código civil, uma vez que mesmo que excluído o direito a privacidade, fere as garantias constitucionais à honra e a moral, podendo inclusive incluir nos crimes contra a honra elencados no artigo 140 do Código Penal brasileiro.

Na verdade, em geral, os tribunais constitucionais têm adotado o critério formulado pela Supreme Court dos Estados Unidos da América do Norte da preferred position em abstrato da liberdade de expressão e informação, quando em pugna com os aludidos direitos da personalidade, em razão da valoração dessa liberdade como condição indispensável para funcionamento de uma sociedade aberta. Todavia, antes de proceder no caso concreto balancing of interest, a Supreme Court Americana verifica se o exercício da liberdade de expressão e informação está dentro do marco traçado para a sua forma lícita de ação. Nesse passo, estabelece os seguintes critérios: (1) o público (assuntos ou sujeitos públicos) deve ser separado do privado (assuntos ou sujeitos privados), essencialmente em razão da função social que a liberdade de expressão e informação desempenha na sociedade democrática: a serviço da opinião pública livre e pluralista, do controle do Poder Público, do debate público. Assim, não há razão para a valoração preferente da liberdade de expressão e informação, quando essa liberdade se referir ao âmbito inter privado dos assuntos ou sujeitos. (2) Examina o referido limite interno da veracidade que conforma a liberdade de expressão e informação, ou seja, a atitude diligente do comunicador no sentido de produzir uma notícia correta e honesta. Assim, a informação que revela manifesto desprezo pela verdade ou falsidade não tem preferência,

uma vez que não cumpre a relevante função social confiada à liberdade de expressão e informação. (FARIAS, 1996, p. 142)

Neste ínterim, ainda surge de acordo com Edmilson Farias (1996, p.142), o critério público e privado tanto dos assuntos quanto em relação ao sujeito em comento, uma vez que existem pesos diferentes entre um anônimo e um sujeito de grande notoriedade nas mídias sociais, bem como nos assuntos que dizem exclusivamente a intimidade do sujeito em detrimento de assunto de relevância pública.

3.2- Medidas judiciais cabíveis

O Código de Processo Civil, nos artigos 319 ao 321, garante a todos que em razão de qualquer dano sofrido, seja ele de origem material ou moral, o acesso ao judiciário por meio de ação ordinária em face do causador do dano, podendo pleitear condenação em obrigações de fazer e não fazer, retratação, reparação, inclusive pecuniária, dentre outras, a fim de fazer cessar a violação ao direito.

Quando se trata de prevenir a perpetração do ilícito (impedindo que o dano moral venha a se consumir), ou mesmo fazer cessar a violação que está em 68 curso (impedindo sua reiteração ou agravamento), não há dúvida de que a intervenção judicial pode dar-se mediante a imposição de prestações de fazer e não-fazer. Trata-se de atuar sobre a conduta do autor da violação, para que se abstenha da prática do ato ilícito; ou para que cesse a violação já iniciada; ou ainda para que, desde logo, desfaça a materialidade ou o resultado de seu ato ilícito, potencial ou concretamente gerador de um dano moral.(YARSHELL, 2007, p.52)

A intervenção judicial vem o objetivo de cessar o dano, sempre restringindo o compartilhamento daquilo que se entende conforme os critérios de ponderação violador de direitos fundamentais em razão do exercício da liberdade de expressão, podendo ser culminado, na maioria das vezes seja com aplicação de penalidade pecuniária, a qual se dá o nome de dano moral.

3.3 – Critério para a definição do *quantum indenizatório*

O Dano moral não diz respeito a danos causados a matéria, ou seja, difere do dano material, pois o dano se dá de forma íntima, ferindo a moral, intimidade, a privacidade, ou seja, viola diretamente o princípio da dignidade da

pessoa humana.

Trata-se de prejuízos que não atingem em si o patrimônio, não o fazendo diminuir nem frustrando o seu acréscimo. O patrimônio não é afetado; nem passa a valer menos nem deixa de valer mais. Há ofensa de bens de caráter imaterial – desprovidos de conteúdo econômico, insuscetíveis verdadeiramente de avaliação em dinheiro. São bens de integridade física, a saúde, a correção estética, a liberdade, a reputação. A ofensa objetiva desses bens tem, em regra, um reflexo subjetivo na vítima, traduzido na dor ou sofrimento de natureza física ou de natureza moral. (Telles, 2008, p.79)

Deste modo, trata-se de questões de foro íntimo, no entanto, não existem critérios objetivos para o seu reconhecimento, e é concedido não como meio de compensação, mas reparação, uma vez que não se compensa materialmente um dano interior.

A valoração neste caso precisa seguir certos critérios, uma vez não haver objetividade, que seriam o nível de constrangimento e sofrimento da vítima, bem como a culpa do ofensor, a abrangência da exposição do ofendido, dentre outros.

Contudo, ante o notório entendimento de que não se pode quantificar a lesão aos valores humanos, deve ser arbitrada uma indenização compatível com a conduta ilícita e satisfatória a compensar à repercussão do dano na honra subjetiva da vítima. Infere-se aí a problemática e tortuosa função dos nobres julgadores: a tarefa árdua de conceituar dano moral e definir a sua fixação pecuniária. Neste sentido alguns parâmetros vêm norteando o quantum indenizatório, tais como: a natureza, intensidade e repercussão da ofensa imputada e o efetivo sofrimento da vítima. E ainda, se agiu com culpa ou dolo o ofensor, sua condição econômica e o status da vítima na sociedade. (HOMAISSSE, 2012, p. 14).

Os danos causados a moral, a intimidade não são danos que se pode valorar, diferentemente quando se trata de danos materiais, onde possui uma objetividade de forma a ser possível quantificar. Os danos morais são questões totalmente íntimas, não existe um parâmetro objetivo para ser aplicado.

Na ausência de critérios objetivos, cabe aos julgadores estabelecer parâmetros como a abrangência da ofensa, sua repercussão, a intensidade, o efetivo sofrimento da vítima, sua condição social, se houve ou não dolo ao praticar

a ofensa, parâmetros fáticos para se estabelecer o tamanho da reparação.

A preocupação não se estabelece no dano já consumado e às formas de repará-lo, mas sim, de impedir a realização, a continuação ou repetição do dano, principalmente, quando se infere aos direitos da personalidade, cuja tutela reparatória não alcança a proteção adequada. Forçoso reconhecer que a tutela reparatória não exerce força intimidatória sobre o ofensor, haja vista as condutas danosas reiteradas que emperram e obrigam ao Judiciário promover mutirões de conciliações. Por consequência a sujeição do ofendido nestas audiências, de certa feita, é favorável ao ofensor, vez que pode ele tarifar sua conduta e ao mesmo tempo banalizar a dor da vítima. (Homaisse, 2012, p. 15).

A indenização tem o condão de reparar a vítima, pouco importando com o ofensor, desta forma, leva-se em consideração os efeitos dos danos causados a honra, imagem e privacidade do ofendido, ponderando seu valor em critérios subjetivos, analisando caso a caso sua extensão e nível de ofensa causada.

CONCLUSÃO

O presente trabalho abordou sobre os conflitos entre direitos fundamentais, a liberdade de expressão quando em confronto com a intimidade, a honra, e a moral do indivíduo, o meio para a obtenção de reparação e os critérios de ponderação para a condenação.

Conclui-se, portanto, que o ordenamento sempre irá precisar promover formas de se movimentar para obtenção da garantia dos direitos fundamentais, uma vez que do mesmo modo que a sociedade evolui, os problemas vão tomando proporções cada vez maiores.

É possível estabelecer uma sociedade em que todos os direitos possam ser exercidos livremente, atentando apenas ao fato de que o exercício do direito, mesmo que fundamental, não pode se dá de forma impensada, uma vez que embora se trate de liberdade, esta cessa quando em detrimento de outro direito.

O problema das mídias no Brasil em relação a violação de tais direitos está embasada unicamente na liberdade e é necessário que haja uma conscientização de que os direitos devem respeitar os seus limites, e é um papel fundamental dos julgadores, fazerem cessar o dano ao mesmo tempo que repara e inibe a violação de outros.

REFERÊNCIAS

ACUNHA, Fernando José Gonçalves. Colisão de normas. Distinção entre ponderação e juízo de adequação. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília. 2014.

ALFIERI, Francesco. **Pessoa humana e singularidade** em Edith Stein. Organização e tradução de Clio Tricarico. São Paulo: Editora Perspectiva S.A., 2014.

ARAÚJO, Luiz Alberto David, NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2006.

BARROSO, Luis Roberto. **Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade**. Disponível em: <https://civileimobiliario.com.br/colisao-entre-liberdade-de-expressao-e-direitos-da-personalidade-criterios-de-ponderacao-interpretacao-constitucionalmente-adequada-do-codigo-civil-e-da-lei-de-imprensa/>. Acesso em: 20 de mar. de 2023.

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**. Rio de Janeiro: Renovar, n. 235, p. 1-36, jan./mar.2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7 ed. rev. e amp. São Paulo; Malheiros, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CHEQUER, Cláudio. **A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial prima facie** (análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro). Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011.

ESCOLA, Equipe Brasil. **"Internet"**; Brasil Escola. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/informatica/internet.htm>. Acesso em 20 de março de 2023.

FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de Direitos – A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris. 1996.

HOMAISSI, Latife. A fixação do *quantum* indenizatório. **Escola de magistratura do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, 2012, disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/rcursodeespecializacao_latosensu/direito_do_consumidor_e_responsabilidade_civil/edicoes/n1novembro2012/pdf/LatifeHomaisse.pdf (acesso em: 11. jun. 2023)

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2009

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado** / Pedro Lenza. – 16. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2012

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 20.ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2016.

MARTELETO, Regina Maria. Análise de redes sociais: aplicação nos estudos de transferência da informação. *Ciência da Informação*, Brasília, v. 30, n. 1, p. 71-81, jan./abr. 2001

MENDES, Antônio Jorge Fernandes De Oliveira, – **O Direito à Honra e a sua Tutela Penal**. Coimbra: Almedina, 1996

MORAIS, Carlos Tadeu Queiroz de. **Conceitos sobre Internet e Web** / Carlos Tadeu Queiroz de Moraes, José Valdeni de Lima [e] Sérgio R. K. Franco. – Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2012.

NASCIMENTO, Bárbara Luiza Coutinho do. **Liberdade de expressão, honra e privacidade na internet**: a evolução de um conflito entre direitos fundamentais. EMERJ. Rio de Janeiro. 2009.

NUCCI, Guilherme de Sousa. **Curso de Direito Penal**. 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017.

SCHEREIBER, Anderson. **Direito e mídia**: tecnologia e liberdade de expressão; coordenado por Anderson Schreiber, Bruno Terra de Moraes, Chiara Spadaccini de Teffé. - 2. ed. - Indaiatuba, SP : Editora Foco, 2021.

SILVA, Taís Carvalho. O espetaculoso mundo do eu. Uma análise do sentido do paradoxo da privacidade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3150, 15fev.2012 . Disponível em: . Acesso em: 4 abr. 2013.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

TELLES, Inocêncio Galvão. Teoria **Geral da Responsabilidade Civil**. Fundação Getúlio Vargas, Organização Direito Rio – Rio de Janeiro, 2008.