

MECANISMOS CONSTITUCIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PERANTE OS (AB)USOS DA INTERNET

Ana Maria D'Ávila Lopes*

1. Introdução

O Direito deve estabelecer os parâmetros ético-jurídicos do desenvolvimento de uma sociedade, de forma tal que o progresso tecnológico e o pleno respeito dos direitos fundamentais possam andar harmonicamente juntos na construção de uma sociedade mais justa. Nesse sentido, se por um lado a Internet constitui hoje um valioso instrumento de ensino e divulgação de conhecimentos, inesgotável fonte de informação, por outro lado, tem também se tornado um poderoso meio de transgressão dos direitos fundamentais. Assim, por exemplo, diversos são os casos de violação do direito à intimidade das pessoas ou de divulgação de informações discriminatórias contra minorias raciais ou religiosas. Nesse contexto, o objetivo deste artigo é, através da aplicação do princípio da proporcionalidade, da ponderação dos bens e da garantia do conteúdo essencial, estabelecer alguns parâmetros para o exercício harmônico dos diversos direitos fundamentais em face ao uso ou abuso da Internet. Para tal, inicialmente, serão desenvolvidas algumas noções gerais relativas à Internet. Seguidamente, os principais benefícios e perigos da Internet, em relação aos direitos fundamentais serão evidenciados para, finalmente, propor a aplicação dos princípios da proporcionalidade, da ponderação dos bens e a garantia do conteúdo essencial, como mecanismos constitucionais de solução de conflitos entre direitos fundamentais decorrentes do uso da Internet.

2. Internet: definição e origem

A Internet pode ser definida como *“as a global pool of information and service, accessible locally through individual computer stations that are each part of global system of interconnected computer net works”*¹.

* Doutora em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professora do Mestrado em Direito da Universidade de Fortaleza e da Universidade Federal do Ceará.

¹HICK, Steven. HALPIN, Edward F. HOSKINS, Eric. *Human Rights and the Internet*. London: Mac Millan Press, 2000, p. 6.

A origem da Internet pode ser localizada nos finais dos anos 60. *The United Defence Department*, com a finalidade de permitir o intercâmbio de informação, criou o *Defence Advance Research Projects Agency Network* (conhecido originalmente como DARPA NET e, logo depois, como ARPANET), composta apenas de uma rede de computadores interligados com funções auxiliares e secundárias. Contudo, na metade nos anos 80, essa rede começou a se desenvolver mais agressivamente e a ser usada além dos fins estritamente militares, dando como resultado o surgimento da criação da *National Science Foundation Network* (NSFNET) em América do Norte, enquanto que na Europa foi criada a *Join Academic Network*, ambas com finalidades essencialmente acadêmicas. A partir dos anos 90, o crescimento da rede alcançou proporções inimagináveis.

Autores há que comparem a Internet com o invento da imprensa no s. XV quando a informação começou a ser livremente divulgada. As conseqüências produzidas na sociedade foram visivelmente enormes. A respeito da invenção da Internet, é ainda difícil definir sua total repercussão, levando em consideração que quando foi criada, na época da ARPANET, eram apenas quatro os computadores conectados, sendo que hoje o número de computadores ligados não pára de crescer de forma vertiginosa.

A informação contida na Internet é a mais variada possível, desde páginas acadêmicas até governamentais, passando por páginas de entretenimento. Não obstante, a riqueza da Internet não acaba por aí. Outros usos, igualmente valiosos, decorrem dela como o correio eletrônico (*e-mail*), os grupos de conversação (*chat*), conferências on-line, etc., com as vantagens de serem meios rápidos e de baixo custo.

(...) a comunicação na Internet pode ocorrer de forma sincronizada e organizada, como se dá por meio das salas de bate-papo e pelas conferências em grupo; e de forma dessincronizada, como ocorre por meio dos e-mails e das mensagens em fóruns.²

Via e-mail é possível comunicar-se ao com várias pessoas ao mesmo tempo ou em diferentes momentos ou lugares, facilitando a comunicação entre elas, visto que elimina as barreiras do tempo e o espaço, provocando o intercâmbio de informação de uma forma antes era impossível.

A informação transmitida pela rede Internet de comunicação anula os limites de espaço e tempo, fazendo nascer, segundo Franceschelli, uma sociedade de

²MARQUES, Antonio Terencio G. L. Direitos e deveres individuais: incisos IX, X e XII do art. 5º da CF, um breve estudo à luz da Internet. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. n. 45. p. 249 – 284. São Paulo: RT, out – dez 2003, p. 269.

comunicação global, “global village”, em que abatidas, hipoteticamente, as fronteiras das nações, das culturas e ideologias, têm surgido novas relações. Essa tecnologia inovadora deixa o mundo menor.³

Na atualidade, a Internet está presente praticamente em qualquer lugar, independente qualquer regulamentação global. Virtualmente, qualquer informação difundida na Internet depende apenas da infra-estrutura local para que possa ser acessível a qualquer pessoa que assim o deseje. Apesar das diversas tentativas não há ainda uma legislação internacional que a regule. Nesse sentido, a Internet é descrita como um meio desregulamentado, irrestrito e até anárquico, “chama a atenção pública mundial a absoluta ausência de uma legislação supranacional para discipliná-la, decorrente principalmente de sua própria estrutura, para intervir no controle, na censura e na distribuição de informação”⁴.

3. Internet e direitos fundamentais: aspectos positivos e negativos da sua inter-relação

O veredicto da História é claro ao afirmar que a democracia está incompleta sem o devido respeito dos direitos fundamentais. Contudo, a História também confirma que o poder descansa nas mãos de quem está informado. O desinformado, o analfabeto e o inculto são geralmente relegados e marginalizados na sociedade, pois quando se nega informação a uma pessoa é mais fácil explorá-la, excluí-la ou ignorá-la⁵.

Ainda hoje é freqüente a indagação do que pode ser mais perigoso: o lápis ou a espada. Enquanto em séculos passados a espada prevalecia sobre as idéias, hoje a informação e o conhecimento são a grande fonte de poder. Nesse contexto é que a Internet, como inegável meio divulgador de informação, ocupa um lugar de destaque.

Assim, a informação, por exemplo, sobre os direitos fundamentais e suas violações viaja mais rapidamente e a maiores distâncias graças à Internet. Os massacres, as prisões ilegais, a expulsão de minorias das suas próprias terras, etc. são conhecidas no mundo quase ao mesmo tempo em que acontecem, podendo se saber muitas vezes quem foi a vítima, o agressor e outros dados relevantes. Essa interação entre direitos

³PAESANI, Liliana Minardi. *Direito de Informática: comercialização e desenvolvimento internacional de software*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 18.

⁴PAESANI, Liliana Minardi. *Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 36.

⁵Cf. HICK, Steven. HALPIN, Edward F. HOSKINS, Eric. *Human Rights and the Internet*. London: Mac Millan Press, 2000.

fundamentais e tecnologia é importante em termos de grandes mudanças na luta mundial pela proteção desses direitos.

A Internet, sem dúvida, tem se tornado uma grande aliada na promoção e proteção dos direitos fundamentais, cuja violação exige rápidas respostas. Antes disso, o trabalho das organizações defensoras de direitos fundamentais era muitas vezes prejudicado pela lentidão no conhecimento das violações.

No caso das pequenas ONGs, os benefícios da Internet têm sido ainda muito maiores, na medida em que a obtenção de informação e a difusão de seus trabalhos em defesa dos direitos fundamentais têm sido facilitadas. Antes da Internet, as atividades dessas organizações eram limitadas em decorrência dos seus escassos recursos econômicos ou localização em lugares de difícil acesso.

Diversas são as pessoas e as entidades defensoras dos direitos fundamentais que usam a Internet, podendo ser classificados da seguinte forma:⁶

- a) ativistas ou organizações que utilizam a Internet como meio de divulgação de suas atividades, como é o caso da *Human Right Watch*;
- b) ativistas ou organizações que usam a Internet como meio direto de luta contra a violação de direitos fundamentais

Por outro lado, as organizações podem ser classificadas como:⁷

- a) instituições ou órgãos governamentais de defesa dos direitos fundamentais;
- b) organizações inter-governamentais ou regionais (Comissão de Direitos das Nações Unidas) ;
- c) organizações internacionais não governamentais (*Amnesty International*);
- d) organizações não governamentais regionais, nacionais ou locais;
- e) comissões semi-governamentais;
- f) Tribunais internacionais de direitos humanos.

⁶ Cf. Cf. HICK, S. HALPIN, E. HOSKINS, E. op. cit.

⁷ Cf. Cf. HICK, S. HALPIN, E. HOSKINS, E. op. cit.

O movimento internacional na defesa dos direitos fundamentais tem crescido enormemente a partir dos anos 50, quando apenas 38 ONGs eram identificadas, entando que em 1994 já existiam 14.500 ONGs dos mais diversos tipos e localizações geográficas.

Os benefícios trazidos pela Internet podem ser resumidos nos seguintes:

- a) estímulo à criação de novos grupos e participação de pessoas que formal ou informalmente estão interessados na defesa dos direitos fundamentais;
- b) fortalecimento das redes de comunicação entre os grupos defensores dos direitos fundamentais, descentralizando as atividades;
- c) divulgação da informação e potencialização dessa divulgação;
- d) diminuição da força das agencias governamentais dando lugar à participação das ONGs, reduzindo-se, assim, o monopólio da informação.

Os benefícios que os ativistas ou organizações defensoras de direitos fundamentais encontram ou esperam encontrar na Internet são⁸:

- a) facilidades para a comunicação e ampliação do seu campo de trabalho. Assim, por exemplo, *Amnesty International* tem 60 escritórios e mais de um milhão de membros espalhados pelo mundo, os quais utilizam o correio eletrônico como meio eficiente de comunicação e debate;
- b) acesso a fontes de informação, facilitando o trabalho de pesquisadores e ativistas;
- c) economia nos custos de publicação, na medida em que a publicação de material na Internet não representa praticamente nenhum custo;
- d) informação atualizada e mais detalhada na medida em que, diferentemente da televisão que divulga, por exemplo, muito breve e superficialmente as notícias, via Internet a informação pode ser ampliada e aprofundada;

⁸WHALEY, Patti. Human Rights NGOs: our love-hate relationship with the Internet. In: HICK, Steven. HALPIN, Edward F. and HOSKINS, Eric. *Human Rights and the Internet*. London: Mac Millan Press, 2000, p. 30-40.

- e) facilidade para a divulgação de informação em lugares de difícil acesso;
- f) rapidez na divulgação das violações para uma rápida resposta, diferentemente do tradicional meio dos correios;
- g) igualdade no acesso à informação, sendo apenas necessário o equipamento mínimo de a conexão à Internet;
- h) facilidade para a criação de redes de ação contra a violação de determinados direitos, permitindo concentração de esforços. Assim, a *International Criminal Court* inclui mais de 300 ONGs conectadas através do seu *web site*, oferecendo diversos tipos de serviços e divulgação eletrônica de conferências;
- i) facilidade para o conhecimento e obtenção de possíveis meios de financiamento das atividades;
- j) ampliação do número de ativistas na defesa dos direitos fundamentais. Para tal, os *sites* têm começado a ser mais agressivos na busca por um maior número de ativistas. Está comprovado que, 30% das pessoas visitantes das páginas das ONGs o fazem por curiosidade, devendo-se procurar que também possam participar pelo menos nos grupos de discussão;
- k) introdução de novas formas de apresentação de denúncias sobre as violações através de formulários mais concretos e precisos, os quais também podem ser utilizados para petições ou apelações;
- l) sistematização da informação. O diagnóstico da situação atual dos direitos fundamentais no mundo pode ser melhor organizada, através de uma classificação segundo uma variedade enorme de critérios (geográficos, cronológicos, por assunto, etc.), permitindo uma melhor atuação.

Contudo, a tecnologia tem também seus pontos negativos. No caso da Internet, muitos problemas têm surgido decorrentes do seu uso abusivo, como a violação do direito à intimidade, a difusão de material pornográfico ou discriminatório, dentre outros.

Endereços que fazem campanha contra nordestinos, negros e judeus estão aumentando. A ação de racistas por meio da Internet preocupa organizações envolvidas com a defesa dos direitos humanos. Acredita-se que a rede está facilitando a divulgação do racismo e os sites que fazem estas campanhas estão aumentando. Skinheads, nacionalistas, entre outros, divulgam livremente na rede

suas ideologias e estimulam a discriminação contra negros, judeus e homossexuais⁹.

Perante esse problema, alguns têm sugerido a possibilidade dos Estados de realizar uma espécie de censura sobre o material divulgado pela Internet. Essa pode não ser a melhor alternativa pois pode se correr o risco de que, alguns Estados, ultrapassem e abusem dessa prerrogativa, limitando excessivamente o direito à liberdade de expressão e informação.

Outro ponto polêmico é a respeito do acesso à Internet pois é um tema que levanta a questão da igualdade de direitos, na medida em que são ainda necessários muitos esforços para que todas as pessoas possam aceder à Internet. No século XXI, uma era impregnada por diversas teorias defensoras da democracia, muitas pessoas ainda não sabem nem ler e, muito menos, têm acesso à Internet, constituindo outro importante desafio a ser enfrentado pelos Estados na busca pela real garantia do direito fundamental à informação, essencial para o pleno exercício da cidadania e construção de uma sociedade democrática .

Por outro lado, é necessário também ter cuidado a respeito da forma como os *sites* são divulgados, na medida em que podem provocar, de forma intencional ou não, equívocos sobre sua verdadeira identidade. Assim, o *site* www.amnesty-tunisia.org poderia parecer um site oficial do governo do Tunísia mas não é assim, o problema se agrava ainda mais por utilizar o termo *amnesty* que está associado a uma das maiores organizações de defesa dos direitos fundamentais no mundo, que é *Amnesty International*. Esse tipo de uso de um termo específico de um *site* maior é conhecido como *umbrella*. (“guarda-chuva”). Outra associação que tem o mesmo problema que a *Amnesty International* é “*The HR Directory of the American Association for the Advancement of Science*” cujas principais siglas “*srh*” são muito utilizadas por diferentes ONGs. Contudo, não devem ser confundidas as ONGs que utilizam, legitimamente, e com previa autorização, as siglas de outras ONGs como forma de obter uma maior credibilidade e visibilidade como, por exemplo, www.shr.aaa.org.

A existência de pessoas ou organizações que se apresentam falsamente como defensoras dos direitos fundamentais e que enganosamente solicitam doações ou filiações a essas entidades (com o único objetivo da obtenção do pagamento das anuidades) constitui também outro sério problema que, ainda que não é exclusivo do uso da Internet,

⁹ PAESANI, L. op. cit. (2003). p. 39.

tem sido potencializado por ela, especialmente porque no âmbito internacional não existe nenhum cadastro ou registro no qual possa ser comprovada a real identidade dessas pessoas ou organizações.

Outro aspecto negativo da Internet, que está tomando proporções inimagináveis, é o isolamento das pessoas que abusam do seu uso. Paesani pronuncia-se dessa forma, afirmando que “a Internet está criando uma nova e grande onda de isolamento social, introduzindo o espectro de um mundo fragmentado, sem contato humano nem emoções”¹⁰.

Não somos contra os avanços da ciência nem da tecnologia, senão contra seu uso irrestrito, o que, na maioria das vezes, decorre na violação dos direitos fundamentais. Daí o objetivo deste trabalho de propor alguns mecanismos constitucionais para aprimorar a proteção dos direitos fundamentais perante o uso errado da Internet, tema que será desenvolvido a seguir.

4. Internet e mecanismos constitucionais de defesa dos direitos fundamentais

A Internet representa o maior avanço tecnológico do século XX, surgindo não apenas como um instrumento que traz grandes benefícios, mas também grandes responsabilidades, “*the internet is not only the great democratizer and communications tool, it can also be the source of hate and abuse. All of us have a responsibility to see that it is used for the betterment of all humanity*”¹¹.

Nos últimos anos, diversos direitos fundamentais vêm sendo violados como consequência do uso errado da Internet. Nesse sentido pronuncia-se Marques:

Entre as inúmeras questões advindas e o grau de complexidade que são verificados, em função da disciplina legal a ser imposta diante desse novo universo chamado de *cyberspace*, cibernético, virtual, digital, entre outras denominações, tornaram-se em evidência as questões relativas à liberdade de expressão e seu controle; a discussão relativa à validade dos contratos na Internet (ou contratos informáticos); a responsabilidade civil e penal de todos aqueles que se utilizam desse meio (também o provedor); o problema relativo a inexistência de tratados internacionais que impossibilitam o tratamento uniforme das implicações dos aspectos atinentes à execução da prestação; a proteção ao direito autorial; a publicidade na rede e a proteção da vida privada ou a privacidade no ciberespaço¹².

¹⁰ PAESINI, L. op.cit (2003), p. 27.

¹¹ HUSSAIN, Abid. *United Nations Special Rapporteur on Freedom of Expression*. Disponível em: <http://www.unhchr.ch/html/menu2/7/b/mfro.htm>. Acesso em: 14 de julho de 2001.

¹² MARQUES, A. op. cit. p. 268-269.

É, desse modo, necessário o estudo de mecanismos jurídicos que possam ajudar no exercício harmônico dos direitos fundamentais em face da Internet. Os três mecanismos constitucionais apresentados a seguir não se encontram expressamente previstos na Constituição Federal de 1988, mas por força do §2º do art. 5º pode ser interpretada a sua adoção implícita. Todavia, essas garantias constitucionais já vêm sendo utilizadas pelo Poder Judiciário, ainda que de forma tímida e parcial.

4.1. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais

A natureza principiológica¹³ dos direitos fundamentais, que os caracteriza como semântica e estruturalmente abertos, exige, na maioria das vezes, sua concretização via normas infraconstitucionais. Nesse sentido, a garantia do conteúdo essencial foi criada para controlar a atividade do Poder Legislativo, visando evitar os possíveis excessos que possam ser cometidos no momento de regular os direitos fundamentais¹⁴. Contudo, a existência da garantia do conteúdo essencial não deve ser necessariamente interpretada no sentido de considerar que toda regulação ou limitação legislativa dos direitos fundamentais irá decorrer na sua desnaturalização, pois, admite-se a imposição de limites¹⁵ sempre que observem e respeitem justamente o conteúdo essencial do direito fundamental, ou seja, sempre que não o desnaturalizem, situação configurada quando:

- o direito é impraticável;
- o direito não pode ser mais protegido;
- o exercício do direito tem sido dificultado além do razoável,

Desse modo, verifica-se que o legislador - em matéria de direitos fundamentais - tem duas obrigações: o dever de concretizar o conteúdo normativo desses direitos permitindo a sua real aplicação e o dever de respeitar seu conteúdo essencial.

Precisamente, como consequência da necessária atividade legislativa para o desenvolvimento dos direitos fundamentais, e prevendo os seus possíveis excessos, foi que se tornou indispensável o desenvolvimento de uma garantia que, embora admitindo

¹³ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

¹⁴ GAVARA CARA, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1994. p. 325.

¹⁵ LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001

a limitação dos direitos fundamentais, garantisse que fossem regulados sem perder as características que os identificam como tais¹⁶. Surgindo, assim, a garantia do conteúdo essencial como mecanismo complementar dos princípios da ponderação dos bens e da proporcionalidade.

Sobre os critérios utilizados para determinar o conteúdo essencial de um direito fundamental não existe consenso, na medida em que se discute se esse deve ser estabelecido a partir da consideração dos direitos fundamentais como normas objetivas ou como direitos subjetivos. O primeiro critério exige a consideração global do problema, visto que os artigos que contêm os direitos fundamentais são parte de todo o ordenamento jurídico. Assim, admite-se que um direito fundamental possa não ser aplicado a um particular, sem que isso afete o conteúdo essencial, mas sempre que a norma continue vigente para as demais pessoas. Em oposição, quando é considerada a teoria subjetiva, é necessário examinar a gravidade da limitação do direito em relação ao indivíduo afetado, pois é ele, e não a sociedade, o sujeito desse direito fundamental.

O critério que é aceito pela maioria é o subjetivo, que concorda com a teoria dominante sobre os direitos fundamentais, baseada na proteção do particular diante dos interesses estatais, ou seja, que outorga prevalência ao direito subjetivo do indivíduo particular em relação à sociedade.

No Direito Comparado, tanto na Alemanha como na Espanha, a garantia do conteúdo essencial tem sido constitucionalmente prevista, ainda que com algumas diferenças. Assim, enquanto o artigo 19.2¹⁷ da Lei Fundamental de Bonn estabelece como limite específico à *restrição* de um direito fundamental o respeito à sua essência, o artigo 53¹⁸ do texto constitucional espanhol prescreve o conteúdo essencial como limite ao poder de *regular* qualquer direito fundamental. Observe-se que, na Alemanha,

¹⁶ABAD, Samuel. Límites y respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales. *Themis*, segunda época, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, n. 21, 1992, p. 7.

¹⁷ Art. 19 da Lei Fundamental de Bonn:

“1. cuando al amparo de la presente Ley Fundamental sea restringido un derecho fundamental por una ley determinada o en virtud de lo dispuesto en ella, dicha ley deberá aplicarse con carácter general y no sólo para un caso en concreto y deberá especificar, además, el derecho en cuestión indicando el artículo correspondiente.

2. En ningún caso se podrá afectar el contenido esencial de un derecho fundamental. (...)”

¹⁸ Art. 53 da Constituição da Espanha:

“1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a). (...)”

resulta duvidoso determinar se a garantia do conteúdo essencial atua apenas na atividade restritiva de um direito fundamental ou também sobre qualquer atividade normativa que lhe seja referente. Contrariamente, na Espanha, o respeito ao conteúdo essencial é claramente exigido em todos os casos em que se regule ou restrinja um direito fundamental.

Outro aspecto importante que diferencia os sistemas espanhol e alemão refere-se à maneira como o conteúdo essencial é determinado. Na doutrina, em geral, existe uma profunda dissensão sobre o conceito e a determinação do conteúdo essencial¹⁹, o que, ainda assim, não diminui a importância da garantia na defesa dos direitos fundamentais, mas apenas mostra até que ponto o tema pode ser conflitivo, exigindo do Tribunal Constitucional a enorme responsabilidade da determinação e proteção do conteúdo essencial.

O problema da imprecisão do conceito de conteúdo essencial resolve-se, precisamente, por meio do controle de constitucionalidade da lei reguladora do direito fundamental. Será o Tribunal Constitucional (ou o Supremo Tribunal Federal no Direito brasileiro), que irá decidir quais são as convicções generalizáveis, quais são os interesses protegidos e quais são as faculdades que fazem um direito reconhecível como tal²⁰. No âmbito da futura regulação nacional da Internet, por exemplo, deverá o Supremo Tribunal Federal decidir se a norma infraconstitucional tem ou não violado o conteúdo essencial de algum dos direitos fundamentais envolvidos, especialmente, do direito à liberdade de manifestação de pensamento e de comunicação, garantidos no art. 5º, IV e IX, respectivamente, os quais poderão ser os mais afetados no caso de uma eventual futura regulação.

4.2. O princípio da ponderação de bens

A finalidade da ponderação é determinar a prevalência, ainda que não absoluta, dos bens constitucionalmente protegidos, o que não é uma tarefa fácil, haja vista que a preferência ou superioridade de um bem só pode ser decidida em função das circunstâncias especiais de cada caso concreto.

O princípio da ponderação desenvolve-se a partir de dois sistemas:

¹⁹ Cf. LOPES, Ana Maria D'Ávila. *A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais*. Revista de Informação Legislativa. v. 164. a. 41, p. 7-15. Brasília: Senado Federal, 2004.

²⁰ GAVARA CARA, J. op. cit. p. 355.

a) ponderação abstrata: é a comparação fictícia entre bens jurídicos do mesmo nível hierárquico protegidos constitucionalmente, com a finalidade de adotar uma decisão de preferência entre eles, decisão que pode estar expressa na Constituição ou decorrer dela. No primeiro caso, a situação conflitiva não é na verdade uma ponderação, mas a aplicação de uma norma constitucional, na medida em que há uma norma que expressamente prevê a preferência de um bem sobre outro. No segundo caso, a dedução da decisão de preferência implica a adoção de algum critério não expressamente fixado pela Constituição;

b) ponderação concreta: parte do pressuposto da impossibilidade de determinar a decisão de preferência dada a igualdade do nível hierárquico dos bens jurídicos em conflito, devendo-se solucionar a questão com base no princípio da proporcionalidade.

Contrariamente a esta última posição, tem sido tradicionalmente aceita a limitação de um direito com a finalidade de conciliar a liberdade de um com a do outro, o que tem constituído a base teórica para o desenvolvimento da teoria dos limites imanentes em matéria de direitos fundamentais²¹.

Imanentes são todas as características que estão vinculadas inseparavelmente à propriedade específica de um objeto, de tal forma que nada possa superar ou infringir os seus limites. Nesse caso, utiliza-se essa expressão no sentido de algo que é inerente, natural e necessário a um objeto de análise. Na doutrina, distinguem-se²²:

- a) limites imanentes: são os limites que não estão expressos no texto constitucional, mas que decorrem do próprio Direito;
- b) limites exmanentes: são os limites escritos e previstos expressamente no texto constitucional.

Entendem-se os dois supostos como mecanismos da aplicação harmônica dos direitos fundamentais.

Ignacio de Otto y Pardo, em sua teoria constitucional dos limites imanentes dos direitos fundamentais, reconhece que a proteção jurídica de um bem deve conciliar-se com a dos outros bens também garantidos pelo ordenamento:

²¹ Cf. OTTO Y PARDO, Ignacio de. *La regulación del ejercicio de los derechos y libertades*. Madri: Cuadernos Civitas, 1988.

²² GAVARA DE CARA, J. op. cit. p. 273.

“Los derechos fundamentales no están sometidos únicamente a los límites que de manera expresa les imponen las normas constitucionales que los reconocen, sino también a los que resulten justificados por la protección de los derechos y bienes a que se alude, esto es, están sujetos a una limitación genérica establecida de modo tácito para todo derecho”²³.

Nesse sentido, não é possível aplicar os direitos fundamentais de forma absoluta, sem que uma menção constitucional o permita²⁴.

A teoria dos limites imanentes exige a inclusão no Direito de uma série de limites intrínsecos ao mesmo. Esses limites podem ser, por exemplo, a não-proteção de um direito fundamental em caso de conflito com outros direitos ou com bens jurídicos protegidos constitucionalmente. Esta é uma teoria relativa na medida em que examina a afetação de um direito fundamental, não com base na existência de um núcleo intangível, mas justificando-se pela existência de limites, os quais podem estar expressos constitucionalmente ou decorrer da interpretação sistemática da Constituição.

Nesse sentido, a doutrina dos limites imanentes defende que não é possível resolver um conflito aceitando incondicionalmente a superioridade de tal ou qual direito, pois não se trata de uma ordem hierarquicamente preestabelecida de bens constitucionalmente protegidos. Entretanto, também não se trata de defender a “cláusula de comunidade” da jurisprudência contencioso-administrativa do Direito alemão, segundo a qual pertence à essência dos direitos fundamentais que estes possam valer sempre e quando não coloquem em perigo bens jurídicos necessários à existência da comunidade; contrariamente, o que se pretende com esta teoria dos limites imanentes é resolver o provável conflito não com base na busca da prevalência de um direito sobre o outro, mas procurando, da melhor maneira possível, a concordância prática dos direitos e bens juridicamente protegidos.

A “concordância prática” é um dos princípios especiais empregados na interpretação. Segundo Hesse, implica a coordenação dos bens jurídicos constitucionalmente protegidos cuidando que, no momento de solucionar o problema, todos eles possam conservar sua identidade.

É nesse sentido que a jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão tem orientado suas decisões, afirmando: *“Esta ponderación ha de llevarse a cabo sobre el*

²³ OTTO Y PARDO, I. op. cit. p. 108.

²⁴ Ibidem. p. 110.

*principio del arreglo menos perjudicial o de la generación de concordância práctica atendiendo siempre a la interdicción del exceso*²⁵. Assim, na sentença sobre o caso *Lebach*²⁶, considerou-se que o direito fundamental à liberdade de expressão poderia ser restringido quando pudessem ser lesados interesses dignos de proteção de outra pessoa, interesses cujo nível hierárquico jurídico fosse superior.

Solozábal²⁷, por sua vez, faz referência a dois limites consubstanciais dos direitos fundamentais, quais sejam:

a) o caráter universal desses direitos, dirigidos a defender a titularidade e o exercício organizado e coordenado por todos os homens, como única via possível para desfrute simultâneo dos mesmos;

b) uma concepção dos direitos fundamentais que não os considere como elementos isolados, senão que reconheça sua indispensável coexistência com outros bens jurídicos, também protegidos constitucionalmente.

No âmbito da Internet, será o juiz quem irá decidir no caso concreto qual bem, protegido pela norma de direito fundamental, deverá prevalecer em função da solução mais justa e respeito das outras normas constitucionais. Assim, por exemplo, no conflito entre a liberdade de manifestação de pensamento e o direito à intimidade, deverá o juiz determinar qual bem (a liberdade ou a intimidade) tem, nesse caso concreto, uma maior prevalência, levando em consideração as outras normas constitucionais como, por exemplo, a proteção da dignidade da pessoa humana, princípio fundamental do Estado brasileiro (art. 1º, III), através da aplicação dos princípios dos limites imanentes e da concordância prática da Constituição.

4.3. O princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade encontra-se estreitamente vinculado ao princípio da ponderação de bens, ainda que ambos não se identifiquem: enquanto o primeiro questiona a relação entre o objeto e o efeito da intervenção estatal em um direito fundamental, o segundo supõe a valorização da prioridade entre diferentes bens.

²⁵HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 48-49.

²⁶ALEXY, R. op. cit. 157-169.

²⁷SOLOZÁBAL, Juan José. *Algunas cuestiones de la teoría de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1981 op. cit. p. 99.

O princípio de proporcionalidade, no âmbito dos direitos fundamentais, implica a proibição de intervenções ou limitações não adequadas ou desnecessárias de um direito fundamental efetuadas pelo legislador. Assim, leciona Gavara de Cara²⁸, declara-se a inconstitucionalidade quando a finalidade da regulação não for idônea ou quando possa ser alcançada de algum outro modo que implique uma menor limitação do direito fundamental.

A relação entre a finalidade da regulação e a regulação realizada significa a análise da existência de uma relação causal entre meio e fim, o que equivale à proibição geral imposta a todo órgão estatal de não se exceder nas suas funções.

A relação entre a garantia do conteúdo essencial e o princípio da proporcionalidade é estreita, já que, para saber quando o princípio da proporcionalidade foi violado, deve-se antes averiguar se o conteúdo essencial do direito fundamental não foi respeitado. Para isso, comprova-se se as seguintes exigências foram cumpridas:

a) idoneidade: exige que a disposição infraconstitucional utilizada para regular o direito fundamental seja a mais adequada para alcançar a finalidade perseguida pelo legislador, o que implica a obrigação de expor os motivos e os objetivos pretendidos com essa norma, a partir do qual se analisará se o instrumento normativo utilizado foi a melhor opção existente;

b) necessidade da intervenção: manda que a intervenção legislativa seja realizada só em casos imprescindíveis para a concretização do direito fundamental; para isso, avalia-se a situação de ameaça, prejuízo ou perigo do bem constitucionalmente protegido;

c) racionalidade: dispõe que a intervenção legislativa seja racional, isto é, que não signifique uma carga maior para o titular do direito da que teria sem a regulação.

Dessas três exigências decorrem três sub-princípios:

a) princípio da adequação: aplicado pelo Tribunal Constitucional alemão para determinar se a interferência no direito fundamental reúne as condições necessárias para alcançar a finalidade pretendida, definida como o objeto ou motivo pelo qual se adotou a decisão legislativa. Para evitar sua confusão com o princípio da oportunidade, analisa-

²⁸ GAVARA DE CARA, J. op. cit. p. 296.

se o princípio da adequação a partir do controle de constitucionalidade da finalidade, isto é, analisa-se se a finalidade decorre da Constituição, ou seja, se não é contrária a ela ou se persegue a proteção de um bem jurídico;

b) princípio da necessidade: procura determinar se não existe alguma outra medida igualmente efetiva que pressuponha uma menor restrição do direito fundamental. Para tal, analisa-se se a competência do legislador está autorizada constitucionalmente e se a escolha do instrumento normativo e seu conteúdo não foram arbitrários;

c) princípio da proporcionalidade em sentido estrito: pressupõe que a aplicação de uma determinada medida legislativa para alcançar uma finalidade deve ser razoável ou, por outras palavras, deve existir uma conexão razoavelmente proporcional entre a medida adotada e a finalidade pretendida. É um princípio que tem sido confundido com a ponderação entre meios e fins, reduzindo-o a um controle formal.

Para poder estabelecer a adequação, necessidade ou racionalidade da decisão legislativa, o Tribunal Constitucional deve recorrer à comparação entre a decisão do legislador e as hipotéticas decisões não adotadas, como forma de saber se a finalidade perseguida pela norma reguladora, constitui a menor interferência possível e se é razoável.

Já a aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido estrito realiza-se por meio de dois critérios: a valorização do caso individual e a comparação de casos. No primeiro, pressupõe-se a determinação de um critério de comparação para a valorização da medida adotada e a finalidade pretendida, critério dirigido a determinar a intensidade da intervenção, a importância do bem jurídico e a afetação do direito fundamental. São critérios abertos, graduais, cuja concretização realiza-se simultaneamente com sua aplicação. No segundo, a comparação de casos dá-se em função da análise de casos precedentes. É este um critério que pode ser insuficiente quando não existirem precedentes semelhantes ao caso em discussão.

O princípio da proporcionalidade apresenta-se como um valioso mecanismo na determinação da constitucionalidade da regulação ou limitação do uso da Internet, na medida em que, através da aplicação dos seus sub-princípios, será possível auferir se houve, ou não, a violação de algum dos direitos fundamentais.

5. Conclusão

As grandes contribuições introduzidas pela Internet na defesa dos direitos fundamentais são incalculáveis e não podem ser negadas. Não obstante, o uso errado da Internet tem deflagrado também diversos problemas, especialmente relativos à violação de alguns desses direitos, como a intimidade das pessoas ou a difusão de material pornográfico ou discriminatório. Nesse contexto, é necessário encontrar o correto equilíbrio entre os avanços tecnológicos e o exercício harmônico dos direitos fundamentais de todas as pessoas, tarefa que pode ser parcialmente superada a partir do conhecimento e uso dos mecanismos constitucionais da garantia do conteúdo essencial e dos princípios da ponderação dos bens e da proporcionalidade.

6. Referências bibliográficas

ABAD, Samuel. Límites y respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales. *Themis*. segunda época, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, n. 21, 1992.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

FERREIRA, Aluizio. *Direito a informação, direito a comunicação: direitos fundamentais na constituição brasileira*. São Paulo: Celso Bastos, 1997.

GAVARA CARA, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*. Madri: Centro de Estudios Constitucionais, 1994.

HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

HICK, Steven. HALPIN, Edward F. and HOSKINS, Eric. *Human Rights and the Internet*. London: Mac Millan Press, 2000.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. *A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais*. Revista de Informação Legislativa. v. 164. a. 41, p. 7-15. Brasília: Senado Federal, 2004

_____. *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar*. Porto Alegre: Serio Fabris, 2001.

MARQUES, Antonio Terencio G. L. Direitos e deveres individuais: incisos IX, X e XII do art. 5º da CF, um breve estudo à luz da Internet. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. n. 45. p. 249 – 284. São Paulo: RT out – dez 2003.

OTTO Y PARDO, Ignacio de. *La regulación del ejercicio de los derechos y libertades*. Madri: Cuadernos Civitas, 1988

PAESANI, Liliana Minardi. *Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil*. 2 ed. Coleção Temas Jurídicos. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. *Direito de Informática: comercialização e desenvolvimento internacional de software*. São Paulo: Atlas, 2002.

PEREIRA, Macir. *A Democratização da comunicação: o direito a informação na constituinte*. Rio de Janeiro: Global, 1987.

SOLOZÁBAL, Juan José. *Algunas cuestiones de la teoria de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1981.

UNITED NATIONS. *United Nations Special Rapporteur on Freedom of Expression*. Disponível em: <http://www.unhchr.ch/html/menu2/7/b/mfro.htm>. Acesso em: 14 de julho de 2001.

WHALEY, Patti. Human Rights NGOs: our love-hate relationship with the Internet. In HICK, Steven. HALPIN, Edward F. and HOSKINS, Eric. *Human Rights and the Internet*. London: Mac Millan Press, 2000.