

**DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITO PRIVADO: A EFICÁCIA HORIZONTAL
DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO PROPOSTA ADEQUADA A
UMA EFETIVA PROTEÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NAS MÍDIAS
SOCIAIS**

Lucas Scalco Refosco*

Pedro Guilherme Augustin Adamy**

RESUMO

Bem compreendido o propósito ao qual se destina presente artigo, fica demonstrada a verdadeira interconexão pautada na dialética entre Direito Público e Direito Privado. Com o advento das mídias sócias criou-se nova estrutura relacional, descaracterizada da presença estatal, mas que opera sob moldes por demais assimétricos entre os pactuantes. Ambientes privados por excelência comportam características de uso indispensável e irrenunciável. Ter voz ativa e efetiva dentro de um contexto social não mais permeia apenas a vontade do interlocutor, mas principalmente, diz respeito ao modo pelo qual o novo veículo de fala é utilizado. Os direitos fundamentais adentram neste novo cenário comunicacional sob uma ótica de incidência pautada, a priori, pela autonomia de vontade dos ali figurantes, uma vez que, como referido, esfera de Direito Privado. Neste sentido, reflexão sobre as teorias que regem a incidência dos direitos fundamentais quando de ralações interprivadas, se uma teoria absoluta ou, por outro lado, indireta, garantiram mote essencial dentro do estudo aqui proposto. Através de revisão bibliográfica e jurisprudencial, portanto, tentou-se demonstrar os principais argumentos que gravitam em torno de ambas as teorias, para que efetiva proteção dos direitos fundamentais do cidadão seja também, realizada neste novo espaço, indispensável, de comunicação.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direitos Fundamentais. Liberdade de expressão. Direito Privado. Redes sociais.

1 INTRODUÇÃO

Em 2020, completam-se 25 anos que há internet no Brasil. Neste interim aquilo que se convencionou chamar de Sociedade de Informação¹, trouxe, em decorrência do facilitado

* Acadêmico do curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. E-mail: l.refosco@edu.pucrs.br.

** Orientador, professor do curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Mestre em Direito do Estado - Direito Tributário - pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. E-mail: Pedro.adamy@pucrs.br

¹ A denominação “Sociedade da Informação” foi registrada pela primeira vez quando utilizada por Jacques Delors, na qualidade de presidente da Comissão Europeia, no Conselho da Europa de Copenhague, em referência ao incremento da economia e dos demais setores da vida pública pela inserção das novas tecnologias. In: MARQUES, Garcia; MARTINS, Lourenço. *Direito da Informática*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 43

acesso à comunicação, nova organização social, política e econômica.² Reverberando tal Revolução Digital no âmbito jurídico, pois não encontram-se restritas as transformações ocorridas desde então aos segmentos sociais, influenciando sobremaneira o Direito, nos deparamos com novos fatores reais de poder os quais figuram, via de regra, em posições jurídicas travadas com boa parte da população, nacional e mundial. Vale dizer, surgem, com o implemento da Internet, plataformas comunicacionais online, mantidas e geradas por empresas privadas, que funcionam, verdadeiramente, como púlpitos de fala necessários a outros privados, seus usuários.

A relevância teórica do tema aqui proposto resulta, antes de mais, dos novos limites e possibilidades quando do exercício da liberdade de expressão em uma nova realidade comunicacional marcada pela imprescindível intermediação realizada através das chamadas mídias sociais. Não se vislumbra a presença do Estado – para aqueles que não se filiam a posição que prima pela doutrina dos deveres de proteção Estatal – quando da violação, em nome da garantia da autonomia privada, praticada por grandes atores social e economicamente poderosos à comunidade de pessoas naturais de usuários. Por meio de teorias elaboradas a partir da metade do século XX, principalmente no contexto europeu, no que diz sobre a influência das normas definidoras de direitos fundamentais no âmbito do direito privado, buscou-se demonstrar como e em que medida as normas de direitos fundamentais incidem em característica relação assimétrica.

2 DO ESPAÇO COMUNICACIONAL

Modernamente, a capacidade de comunicar-nos - que se perfaz na liberdade de expressão individual, constitucionalmente prevista -, encontrou meios por demais eficazes de propagação de conteúdo. A infraestrutura das novas telecomunicações (Digitais) proporcionou enormes avanços na forma pela qual se expressam os detentores de referido direito fundamental (BALKING, 2004).

Presenciamos, nesta senda, uma Revolução Digital, que nos dizeres de Balking relaciona-se com a criação e à ampla disponibilidade de tecnologias, incluindo-se neste conceito, o “desenvolvimento de uma vasta rede de comunicação que conectam todas as partes

² Segundo Tatiana Malta Vieira, “Com o desenvolvimento do capitalismo, gradualmente, de *per si*, a informação assume cada vez maior relevância; vislumbra-se, então, uma nova forma de organização social, política e econômica, denominada *sociedade da informação*”. VIEIRA, Tatiana Malta. *O Direito à Privacidade na Sociedade da Informação: a efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris ED., 2007. Pg. 13.

do mundo com a finalidade de distribuir conteúdo digital” (2004, p.6). Tamanha mudança, continua o autor, “modifica as premissas factuais subjacentes à organização social e as práticas sociais da liberdade de expressão” (2004, p.6). Assim, se no passado os espaços de manifestação do cidadão comum eram principalmente públicos – ruas, praças, prédios públicos -, hoje são quase exclusivamente privados (SAUTTER, 2014). Trata-se de redes sociais, blogs, espaços de comentários em *sites* comuns, fóruns e assim por diante, sempre hospedados ou mantidos por empresas privadas com finalidade lucrativa (HARTMANN; SARLET, 2019).

Ademais, a internet (Word Wide Web), mesmo reconhecendo que nem todos tem efetivamente acesso a ela, garante à fala contornos que as antigas mídias comunicacionais – Rádio, Televisão, Jornal – nunca foram capazes de proporcionar (TUTT, 2014). Ao contrário das antigas formas de “mass mídia”, hoje muito mais do que consumir o conteúdo lá vinculado, às pessoas outorga-se a condição de atores privados responsáveis por criá-los (ADLER, 2011). Por isto dizer que antes desta Revolução Digital muito mais que condutoras de discurso, as antigas mídias operavam efetivamente como editores (Publisher) no sentido de conferir ao proprietário de um veículo de comunicação a escolha daquilo que seria, ou não, divulgado (TUTT, 2014).

Existia, portanto, uma segregação do discurso muito maior do que se vê hoje. A liberdade de acesso a estes canais de comunicação era muito restrita (BARRON, 1967). A procura de espaços públicos, então, mostrava-se como alternativa natural àqueles preteridos (pelos editores) na escolha do conteúdo a ser divulgado. A ampla participação nos veículos de fala disponíveis à época encontrava-se embasada no desejo que tinha certo dono de um jornal, rádio ou televisão, em propagar, para um maior número de pessoas, um posicionamento individual. O âmbito de manifestação, então, do cidadão comum, guiado por uma ótica de necessidade, outrora se desenvolvia em ambientes públicos – ruas, praças, prédios públicos (STONE, 2008).

Encontrar voz pelos meios tradicionais de divulgação era uma atividade que estava vinculada, exclusivamente, aos desejos dos proprietários das grandes corporações de telecomunicações (BALKING, 2004). Tratava-se, portanto, de uma escolha arbitrária, unilateral, daquele que detinha o monopólio do veículo de comunicação, a tarefa de relacionar o que efetivamente seria ou não publicado e levado à uma audiência – ao público, diga-se. Em que pese esta antiga realidade, o padrão de acesso à meios de comunicação mudou. Hoje a vulnerabilidade enfrentada pelos indivíduos está muito mais relacionada com a fragilidade da sua liberdade de uso do que a amplamente assegurada liberdade de acesso à um meio comunicacional (ADLER, 2011). A transformação deu-se, então, nos padrões através do quais

os indivíduos adentram no universo criado pela implementação da web como fórum universal propagador da liberdade de expressão.

2.1 DAS MÍDIAS SOCIAIS

Através da Internet o exercício da liberdade de expressão - na condição de Direito Fundamental, pois na constituição pátria consagrado, de que as pessoas são titulares- se perfectibiliza, agora, através de instrumentos, como dantes jamais vistos de veiculação das opiniões e pensamentos (HARTMANN; SARLET, 2019). Estes, “instrumentos”, difusores do discurso, confundem-se com as *plataformas online*. São elas, entre outras, Facebook, Twitter, Youtube, WhatsApp. O Google, apesar de melhor conceituado como uma plataforma de busca (Search Engine) (KREIMER, 2006), também integra, conjuntamente com as Redes Sociais (Social Networks), os novos vetores culturais e políticos da sociedade (TUTT, 2014). Estas comunidades online transformaram-se nos principais fóruns de argumentação e deliberação hoje disponíveis ao público (TUTT, 2014). A interação social travada não mais se dá em parques públicos, escolas, avenidas, ruas e calçadas, mas, ao invés, em fóruns privados de debate, mantidos pelas plataformas acima descritas (NUNZIATO, 2005). A ótica proporcionada pelo advento de novas formas de comunicação, – desmedida de limitações físicas – se feita uma correspondência com a antiga forma levada a cabo pelas pessoas – intersubjetivamente – poderia ser expressa na máxima levantada por Rebecca Tushnet ao afirmar que é como se hoje travássemos nossas correspondências em salas alugadas (2008). É exatamente esta noção que a difusão de novas mídias comunicacionais apresenta. Os espaços nos quais as relações comunicativas interpessoais hoje encontram sua maior (e talvez, mesmo com os dilemas abaixo descritos, melhor) realização, são ambientes de propriedade alheia àquele que lá desenvolve seu discurso (TUSHNET, 2008).

Como dito por Molly Sautter, não temos ruas na internet (2014). A propagação da fala operada na web se dá, fazendo uma relação com aquilo dito acima, através da utilização de “salas privadas”. Oradores e ouvintes buscam lugares comuns onde se apresente à narrativa uma ampla possibilidade de explanação – interlocutor - e ao mesmo tempo captação – ouvinte. Buscam-se, então, espaços para se ouvir e ser ouvido (TUTT, 2014). Aqui entram os ISP’s (Internet Service Providers). Apesar de Seth F. Kreimer ter elencando diversos intermediários capazes de influenciar a forma pela qual as pessoas operacionalizam a fala na internet, como o trabalho restringe-se a analisar o papel desempenhado pelas redes sociais neste âmbito, mister referirmo-nos à intermediários, apenas, como Internet Service Providers (ISP’s) (KREIMER,

2006). As redes sociais (aqui como uma modalidade de ISP's) desempenham papel crucial para a perfectibilização da conexão esperada entre indivíduos e seus familiares, amigos, conhecidos ou até mesmo a um público jamais visto (TUTT, 2014).

As plataformas online acima referidas – Facebook, Youtube, WhatsApp, Instagram - são necessárias a qualquer um que busque um púlpito efetivo, senão indispensável, de fala (PASQUALE, 2016). Poder-se-ia conjecturar que a internet, uma vez alcançada, sem demais intermediações, proporcionaria, através da criação de uma Web Page, por exemplo, livre de ISP's no sentido aqui adotado, irrestritas condições de alcance e difusão de ideias, apresentação de pesquisas e conclusões acadêmicas à mais variada plateia, amplos espaços para discussão e convencimento, enfim, um fórum público global operacionalizado, exclusivamente, entre cidadãos comuns, mantenedores de seus próprios canais de vinculação. Criar-se-ia, portanto, um ambiente de livres interações, exigindo-se da internet (Word Wide Web), apenas, facultar acesso a este amplo espaço de deliberação desprovido de interferências.

Tal idealização não apresenta qualquer correspondência prática, contudo. Como afirmam os professores Anupam Chander e Uyên P. Lee, “se alguém chorar em um blog, ninguém escutará.” (2015, p. 506). Eles caracterizam tal fenômeno como “Blog Solitário” (Lonly Blog) e “Usuário em Rede” (Network User). Assim, Facebook, Twitter, Instagram - e outros serviços que o futuro nos apresentará - ajudam as pessoas a falar, nem que seja esta comunicação estabelecida em um número pré-estipulado de caracteres, ou através de vídeos com curta duração. Inevitável é que se perceba a premente necessidade dos ISP's. Sem eles estaríamos restritos a ilhas comunicacionais nas quais, apenas, um ponto de vista é difundido – o do proprietário da “ilha” (PASQUALE, 2011). Estes intermediadores de fala aproximam o discurso das pessoas, realizado, ao menos em teoria, as premissas constitucionais da liberdade de expressão. Não mais ilhas, mas “cidades digitais” inteiras proporcionam, de forma desmedida, aquilo que as pessoas mais procuraram nestes ambientes: convencer-se e ser convencido, informar-se e ser informado, fazer-se ouvir e ser ouvido.

2.2 DO MONOPÓLIO DIGITAL

Já em 2012 o número de pessoas que fazia da Internet sua forma de comunicação, aprendizado, participação na economia, utilizando-a também para organizar-se social e

politicamente, girava em torno de 2,4 bilhões.³ Em 2019, esta nova realidade informacional apresentava-se a mais de 4 bilhões de usuários,⁴ dos quais, 3.484 bilhões (45% da população mundial)⁵ podem ser enquadrados como usuários ativos de redes sociais.⁶ Dentre os *sites* mais visitados do mundo, o Google.com aparece em primeiro lugar do ranking.⁷ Seguido, logo após, pelo Youtube.com, e, posteriormente, pelo Facebook.com, que fica com a terceira colocação. O Twitter.com vem em sétimo lugar e por fim, dentre as mídias sociais mais expressivas, vemos o Instagram.com na décima posição.⁸ O Facebook revela-se como a plataforma dominante no que tange as mídias sociais. Com mais de 2.45 bilhões de usuários mensais ativos, proporciona seus serviços à uma parcela correspondente a 70% da população que busca uma rede para com os outros interagir.⁹ O WhatsApp, aplicativo de mensagem do qual o Facebook Inc. é dono, também garante seu espaço dentro espectro comercial relacionado a troca de mensagens.¹⁰ O Youtube, propriedade do Google, é a mais expressiva plataforma de vídeo do mundo, atraindo aproximadamente 2 bilhões de usuários todos o meses.¹¹ Por fim, juntos, o Twitter e o Instagram disponibilizam seus serviços a quase 1.2 bilhões de internautas que buscam uma forma de se relacionar.¹² Adentrando na realidade por nós vivenciada, dos 210 milhões de habitantes que hoje tem o Brasil¹³, 140 milhões são usuários ativos das mídias sociais.¹⁴ 81% dos brasileiros com 13 anos ou mais são frequentadores assíduos das plataformas de comunicação com maior impacto, já devidamente elencadas.¹⁵ Os internautas brasileiros tem, em média, o correspondente a 9,4 contas em redes sociais, e dispõem diariamente cerca de 3

³ AMNESTY INTERNATIONAL. **Surveillance Giants: How De Business Model of Google And Facebook Threatens Human Rights**, ano 2019, p. 4. Disponível em:

<https://www.amnesty.org/en/documents/pol30/1404/2019/en/>. Acesso em: 05 abr. 2020.

⁴ Ibidem.

⁵ WE ARE SOCIAL. **Digital 2019: Essential insights into how people around the world use the internet, mobile devices, social media, end E-commerce**, ano 2019, p. 7. Disponível em: <https://wearesocial.com/global-digital-report-2019>. Acesso em: 10 abr. 2020.

⁶ Ibidem, p. 32.

⁷ Ibidem, p. 28

⁸ Ibidem, p. 41.

⁹ AMNESTY INTERNATIONAL. **Surveillance Giants: How De Business Model of Google And Facebook Threatens Human Rights**, ano 2019, p. 11. Disponível em:

<https://www.amnesty.org/en/documents/pol30/1404/2019/en/>. Acesso em: 05 abr. 2020.

¹⁰ Ibidem, p. 12.

¹¹ YOUTUBE. **YouTube em números: Mais de dois bilhões de usuários**, ano 2020. Disponível em:

<https://www.youtube.com/intl/pt-BR/about/press/>. Acesso em: 12 abr. 2020.

¹² WE ARE SOCIAL. **Digital 2019: Essential insights into how people around the world use the internet, mobile devices, social media, end E-commerce**, ano 2019, p. 45. Disponível em: <https://wearesocial.com/global-digital-report-2019>. Acesso em: 13 abr. 2020.

¹³ IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Projeção da população do Brasil e das Unidades da Federação**. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>. Acesso em 15 mar. 2020.

¹⁴ WE ARE SOCIAL. **Digital 2019: Essential insights into how people around the world use the internet, mobile devices, social media, end E-commerce**, ano 2019, p. 15. Disponível em <https://www.pagbrasil.com/pt-br/insights/relatorio-digital-in-2019-brasil/>. Acesso em: 13 abr. 2020.

¹⁵ Ibidem, p. 17.

horas e 34 minutos fazendo uso de um destes intermediadores.¹⁶ Por fim, vale referir que 130 milhões de brasileiros tem contas, mensalmente verificadas, no Facebook, 69 milhões as tem no Instagram, e aproximadamente 9 milhões vinculam-se ao Twitter.¹⁷

Apresentada tal realidade, vê-se a ampla adesão no que tange a utilização destes intermediários. A suposição de como poderia, o discurso, ser operado em uma era informacional não é mais necessária, uma vez que presente. Tal fenômeno – digitalização da fala – tangencia hoje a rotina de uma quantidade de pessoas inúmeras vezes maior do que a acima indicada. Chegamos a um ponto em que a liberdade de expressar-se de muitos é controlada pela capacidade de difusão de poucos (YOO, 2009), e a autonomia relacionada a faculdade de escolha em fazer-se, ou não, valer de uma destas ferramentas facilitadoras de interações sociais não se caracteriza mais de forma tão discricionária (CHANDER; LÊ, 2015). O discurso dos indivíduos passa agora, obrigatoriamente, por pelo menos um intermediário com imenso poder sobre o conteúdo das mensagens por ele propagadas (TUTT, 2014). A ampla margem de controle das plataformas se manifesta no privilégio em determinar efetivamente à quem se confere condições de participar do discurso, quem nele pode adentrar, quem dele pode sair, quem pode dele discordar, e quem, sobre ele, deve ser mantido em silêncio (TUTT, 2014). Chegamos a um ponto em que até mesmo o compartilhamento dos mais íntimos sentimentos que alguém possa cultivar encontram-se sujeitos à necessária intermediação (apropriação), proporcionada (oportunamente adquirida), por um ISP (TUTT, 2014). Como usuário, não me será conferida tamanha capacidade deliberativa em determinar o espaço no qual o meu discurso será divulgado, onde minhas opiniões serão professadas ou até mesmo onde meu posicionamento ideológico será defendido (NUNZIATO, 2005). Afirmar qual o ambiente adequado à proliferação de posicionamentos pessoais é uma escolha muito mais intracomunitária do que individual (INTRONA; NISSENBAUM, 2000). Vale dizer, a comunhão de ideias não depende só do interlocutor, mas adstringe-se, principalmente, a audiência à qual elas se destinam. Ficam, os que algum ponto de vista buscam externar, adstritos à plataformas que, independente do que lá estabelecem seus termos e serviços, lhes outorgam um maior alcance, uma maior profusão de ideais, e conseqüentemente, a esperada correspondência ou, até mesmo, a salutar divergência àquilo que fora, pelo criador do conteúdo, e com a ajuda do intermediário, amplamente disseminado.

2.3 DA AUTORREGULAÇÃO NAS PLATAFORMAS PRIVADAS *ONLINE*

¹⁶ Ibidem, p. 32.

¹⁷ Ibidem, p. 34.

O acesso a um ISP (Internet Service Provider), uma vez que essencial, traz consigo, com a imposição de condições unilateralmente estabelecidas pela empresa, e à ela favoráveis (HARTMANN; SARLET, 2019), lesões ao usuário que, se devidamente ponderadas, ainda menos prejudiciais que a impossibilidade de participação em um fórum de debates amplamente abrangente. Tamanha a importância destas ferramentas propulsoras da fala (PASQUALE, 2016). Assim, como *conditio sine qua non* à prestação de serviço de comunicação, oportunizada pela plataforma online, há uma subversão do domínio exclusivo sobre os frutos da criatividade individual – mensagens, fotos, composições, vídeos - em favor do privilégio de acesso que garante tal intermediário (TUTT, 2014). Explica-se: a política de dados do Facebook, por exemplo, estabelece que qualquer publicação ou compartilhamento de conteúdo, protegidos por direitos de propriedade intelectual, dentro de algum dos serviços pela plataforma providenciado, automaticamente o autoriza à “hospedar, usar, distribuir, modificar, veicular, copiar, executar publicamente ou exibir, traduzir e criar trabalhos derivados do conteúdo outrora exclusivo, do indivíduo”.¹⁸ Sob o aspecto de uma “licença de uso”, o autor, o cronista, o artista, ou alguém que busque apenas uma forma de com os seus amigos interagir, outorga a um mero condutor passivo de conteúdo a prerrogativa de usá-lo como se seu fosse e dele tivesse surgido (TUSHNET, 2008).¹⁹

Posto inquestionável a necessidade dos serviços providos por plataformas online, corroborada por dados estatísticos objetivos destacados nos parágrafos antecedentes, impende avaliar agora de que forma os intermediadores recebem tais dados, como os tratam e qual o efetivo destino a eles empregado. A monopolização dos canais difusores de fala garante aos ISP's, provedores destes espaços, uma ampla possibilidade de moderação de conteúdo. As empresas de mídia e plataformas digitais desenvolvem elaborados processos decisórios com a finalidade de “julgar” vídeos, mensagens e fotos (HARTMANN; SARLET, 2019). A seleção daquilo que será ou não vinculado parte, ora da denúncia oportunizada aos usuários através de um sistema conhecido como “flagging”²⁰ (CRAWFORD; GILLESPIE, 2016), ora de uma

¹⁸ FACEBOOK. **Política de Dados**. Disponível em: <https://www.facebook.com/policy.php>. Acesso em: 26 abr. 2020.

¹⁹ Tal realidade não é exclusiva do facebook, o youtube, em seus termos de serviço estabelece que: “Ao enviar Conteúdo ao Serviço, você concede ao Youtube uma licença mundial, não exclusiva, isenta de royalties, sublicenciável e transferível para usar esse Conteúdo (incluindo para reproduzir, distribuir, preparar obras derivadas, exibir e executar) em relação ao Serviço e aos negócios do Youtube e de suas sucessoras e Afiliadas, incluindo para fins de promoção e redistribuição de parte ou de todo o Serviço.” YOUTUBE. **Termos de serviço**. Disponível em: <https://www.youtube.com/static?gl=BR&template=terms&hl=pt>. Acesso em: 26. abr. 2020.

²⁰ O “Flag” é agora um mecanismo bastante comum para reportar conteúdo ofensivo para uma plataforma online. Interação entre usuários e rede provedora de conteúdo. Sobre o tema: CRAWFORD, Kate; GILLESPIE

filtragem por moderadores de conteúdo estabelecida (ROSEN, 2012), ou, talvez destas apontadas a forma mais comum, pela identificação proporcionada em um sistema de inteligência artificial (TUTT, 2014). Confere-se às empresas, em conformidade com as garantias constitucionais da livre iniciativa (instituído como fundamento da república federativa do Brasil) e livre concorrência (princípio da ordem econômica e financeira), ampla capacidade de autorregulamentação. O Estado, em uma ótica liberal-burguesa, abstém-se frente a uma regulamentação (intromissão), aos amplos poderes que exercem tais entidades privadas sobre a liberdade de expressão dos particulares (PASQUALE, 2016). Ante uma ótica mercantil, pela clara desigualdade nas relações entabuladas, deixa-se a esmo criadores de conteúdo que buscam apenas intermediações às correspondentes audiências (ADLER, 2011).

Os usuários destas redes ficam adstritos a “regras” previamente estabelecidas sem terem participado do processo deliberativo que as instituiu. Aqui, para corroborar tal entendimento, nos valem dos ensinamentos de Lawrence Lessig, uma vez que o professor norte-americano coloca, ao lado do Direito, do mercado, e das leis da natureza, as leis do mundo virtual como forma de restringir condutas humanas (1998). A arquitetura do mundo digital apresenta uma estrutura física programática, que funciona verdadeiramente como predicados informadores do modo pelo qual os particulares, adentrando em tais plataformas, devem se comportar (LESSING, 2006). Nos dizeres de Ingo W. Sarlet e Ivo Alberto M. Hartmann:

“a arquitetura do mundo virtual restringe o que o internauta pode ou não fazer. A arquitetura das redes sociais é cada vez mais um elemento de decisões privadas que, de forma mais ou menos visível, determina de maneira decisiva o grau de liberdade de expressão dos usuários” (2019, p. 94).

A internet deveria ser encarada como um amplo fórum de discurso político, garantidora de momentos únicos, facilitadora do aprimoramento cultural, e uma miríade de oportunidades para atividade intelectual.²¹ Seria este ideal efetivamente traduzido naquilo que realçam os termos e serviços das empresas? Em uma primeira leitura, as diretrizes das comunidades tendem a defender de forma uníssona regras baseadas no bom senso que, em teoria, ensejariam um ambiente neutro e de agradável utilização. Mandamentos proibitivos de atividades ilícitas tendem a ser o padrão de escolha entre as maiores mídias sociais (Facebook, Twitter, Youtube,

Tarleton. **What is a flag for?** Social media reporting tools and the vocabulary of complaint. *New Media & Society*, v. 18(3), 2016.

²¹ É o que está positivado na seção 230 do United States Communications Decency Act, o qual entende ser a Internet um amplo “forum for . . . political discourse, unique opportunities, for cultural development, and myriad avenues for intellectual activity.” ADLER, Julie. **The Public’s Burden in a Digital Age:** Pressures on the Intermediaries and the Privatization of Internet Censorship. *Journal of Law and Policy*. Volume 20, Article 8; 2011, p. 244.

Instagram). Poderia parecer, neste primeiro cenário, que todo usuário encontrar-se-ia eficazmente protegido ao adentrar em uma destas mídias. Que frente ao discurso de seu semelhante nada teria com o que se preocupar, uma vez que a plataforma reger-se-ia conforme os ditames constitucionais, isto é, promove-se o discurso legalmente amparado na mesma medida em que se censura o *contra legem* entabulado.

2.4 DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO DENTRO DE ESPAÇOS POR PRIVADOS MANTIDOS E GERADOS

Práticas desmedias restritivas de conteúdo, pois destinadas a manifestações legítimas, contudo, permeiam o ambiente no qual hoje o discurso de perfectibiliza (WU, 2003). Brian Holland afirma ser do interesse da empresa manter um ambiente neutro, estéril, ameno, sem controvérsias, pois são estes espaços os mais procurados pelos anunciantes publicitários (2008). O ideal econômico é uma razão central para que empresas privadas de mídias sociais proíbam manifestações que não ilegais, e, portanto, limitem a liberdade de expressão muito além do exigido pela lei (HARTMANN; SARLET, 2019). Se tomarmos como exemplo o Google e o Facebook, percebe-se que, respectivamente, 84% e 98% das receitas por eles auferidas provem de anúncios publicitários.²² Há aqui uma vantagem estrutural à empresa em assim proceder. À controvérsia, pedra angular em um ambiente democrático, impõe-se censura, pois capaz de ameaçar o lucro das grandes empresas midiáticas (BALKING, 2004). É esta a maior vulnerabilidade enfrentada pelos usuários, onde aquilo que diz respeito a noções intrinsecamente relacionadas ao livre desenvolvimento da personalidade, dignidade humana, e demais direitos personalíssimos, pode ser unilateralmente banido do ideal espaço às manifestações reservado, sem que se garanta possibilidade de defesa àquele preterido, através de uma ótica que manifesta premente necessidade de lucro, relegando à fala, constitucionalmente amparada, impossibilidade de pronunciar-se (ADLER, 2011).

No momento em que atuam os intermediários como únicos sensores da atividade comunicacional a eles se outorga um amplo poder sobre o conteúdo lá vinculado (TUSHNET, 2008). Tem desmedida possibilidade, o Facebook, por exemplo, de conferir a uma opinião política provocativa caráter assediador – conduta proibida pelos termos e serviços da plataforma – ensejando, então, sua remoção (TUTT, 2014). O discurso que se manifesta inicialmente de

²² AMNESTY INTERNATIONAL. **Surveillance Giants:** How De Business Model of Google And Facebook Threatens Human Rights, ano 2019, p. 10. Disponível em: <https://www.amnesty.org/en/documents/pol30/1404/2019/en/>. Acesso em: 20 abr. 2020.

forma legítima acaba auferida conotação diversa às premissas de comportamento pelas mídias sociais estabelecidas. Outra prática comumente verificada nos subespaços comandados pelo Facebook é a atribuição de “posts” como se irrelevantes ou inapropriados fossem. Se algum usuário tentar publicar, em algum ambiente pelo facebook controlado, a pintura de Gustave Coubert’s, *L’Origine du monde (A origem do mundo)*, os algoritmos censuradores de conteúdo da plataforma irão prontamente deletar o meio pelo qual foi divulgada a obra de arte (TUTT, 2014). O facebook já chegou ao ponto de desabilitar a conta de uma usuária por esta ter postado uma foto na qual aparece seu filho recém nascido sendo amparado nos braços de um amigo íntimo seu.²³ Nas – ansiosas - semanas finais da corrida eleitoral presidencial Norte-americana de 2012, o Facebook retirou de circulação um documento de propaganda política que mostrava o outrora candidato do partido Democrata, Barack Obama, ao lado de figura extremamente impopular no senso dos cidadãos estadunidenses.²⁴ Neste caso, além da censura praticada, houve um congelamento da conta originalmente propagadora da imagem por um período correspondente a 24 horas.²⁵

Noutra decisão pontual de restrição de conteúdo levada a cabo pelo Facebook, a plataforma online, ao buscar produzir um ambiente “familiar”, removeu uma foto representativa de um beijo homossexual.²⁶ Ademais, de acordo com um relatório elaborado em 2011 pela instituição John Milton Project²⁷, quase que em todas grandes empresas privadas de mídias sociais, como Google e Facebook, verificam-se posturas positivas promotoras de reprimendas quando relacionadas a pontos de vista enquadrados como práticas religiosas conservadoras.²⁸ O Youtube, maior plataforma de vídeos do mundo²⁹, opera sob um sistema de censura conhecido como “notice and take-down”, o equivalente, se feita uma devida correspondência ao ordenamento jurídico pátrio, a regra da responsabilidade após notificação judicial adotada pelo Marco Civil da Internet.

²³ FOLEY, Ryan. **Facebook Apologizes for Censoring Birth Photographer Laura Eckert**, HUFFINGTON POST Disponível em: http://www.huffingtonpost.com/2011/01/07/facebook-apologizes-birth-photographern_805823.html. Acesso em: 22 abr. 2020.

²⁴ OREMUS, Will. **Did Facebook Censor an Anti-Obama Meme?** SLATE. Disponível em: <https://slate.com/technology/2012/11/facebook-censors-anti-obama-navy-seals-meme-apologizes-breitbart-outraged.html>. Acesso em: 20 abr. 2020.

²⁵ Ibidem.

²⁶ LEE, Amy. **Facebook Apologizes for Censoring Gay Kiss Photo**. HUFFINGTON POST. Disponível em: https://www.huffpostbrasil.com/entry/facebook-gay-kiss_n_850941?ri18n=true. Acesso em: 21 abr. 2020.

²⁷ KRYN, Jeremy. **Facebook, Google, social media sites ‘actively’ censor Christian content: study**. Disponível em: <https://www.lifesitenews.com/news/facebook-google-social-media-sites-actively-censor-christian-content-study>. Acesso em: 23 abr. 2020.

²⁸ Ibidem.

²⁹ AMNESTY INTERNATIONAL. **Surveillance Giants: How De Business Model of Google And Facebook Threatens Human Rights**, ano 2019, p. 10. Disponível em: <https://www.amnesty.org/en/documents/pol30/1404/2019/en/>. Acesso em: 20 abr. 2020.

As companhias de mídias sociais moldam, através da grande capacidade autorregulamentadora que possuem, a estrutura fática da fundamentalmente garantida Liberdade de Expressão. Ao Estado, tradicionalmente visto pela sociedade como a figura perpetradora da grande maioria de violações à Direitos Fundamentais (ANDRADE 2001), impõe-se abstenção, pois, ao indivíduo, teoricamente, garantem as plataformas online a mais ampla condição de realização do discurso. Com a Internet deu-se azo à um “livre mercado de ideias”, firmado entre atores privados, ambos constitucionalmente protegidos (TUTT, 2014). Se de um lado, neste ambiente “utópico” intocado pelo Estado, estão as empresas privadas, cuja única finalidade baseia-se na captação financeira, embasadas na Propriedade Privada, na Livre Iniciativa e na Livre Concorrência, do outro vemos particulares – pessoas físicas e jurídicas - os quais buscam, simplesmente, adequados veículos propulsores de fala, pois os meios que outrora eram utilizados para este fim – praças, ruas, parques, prédio públicos - não mais satisfazem a idealização democrática do discurso (BALKING, 2004).

A máxima proferida pelo Juiz Stevens no julgamento do caso *Reno v. American Civil Liberties Union* de que o conteúdo da Internet seria tão diverso quanto o pensamento humano deve ser vista hoje com outros olhos, pois o ambiente da *Word Web Wide*, permeado por ISP's, marcado está pela clara assimetria de poder entre os atores privados dele figurantes (WU, 2003). A maneira pela qual as pessoas, hoje, interagem umas com as outras está direcionada por valores ortogonais àqueles que normalmente são considerados centrais por uma ótica constitucional da liberdade de expressão. Como visto pelos exemplos acima destacados, discursos que colocam à prova o *status quo* dos ideais pelas empresas mantidos, dificilmente serão compartilhados ou promovidos (BALKING, 2003).

Cumprido ao Estado, então, com bons propósitos, intervir neste ambiente unilateralmente regulado e amplamente difundido das novas mídias sociais. Assim, entendemos que a antiga concepção que outorga ao Estado uma atuação passiva no sentido de não intervenção para a ideal satisfação dos Direitos Fundamentais (de primeira geração) não mais se faz adequada. Atribuir responsabilidade das lesões dirigidas à Direitos Fundamentais, como se apenas pelo Estado possíveis de serem perpetradas, não mais apresenta correspondência prática com a realidade por nós hoje vivenciada. As empresas de mídias sociais monopolizam o discurso e a ele garantem o conteúdo que melhor lhes convém (PASQUALE, 2016). Dessa forma, por tratar-se de uma correlação estabelecida entre particulares – não como tradicionalmente se enquadram as relações de Direitos Fundamentais estabelecidas entre Particular X Estado – impende verificar como e em que medida as normas de direitos fundamentais incidem nas relações travadas entre os grandes atores sociais e econômicos com seus usuários.

3 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES PRIVADAS

Incontroverso que os ditames constitucionais devem ser utilizados para resolver conflitos jurídicos entre particulares. Cabe, agora, indagar: deve o Estado, na figura do juiz, aplicar as normas e institutos próprios do ramo do Direito em causa ou deve socorrer-se das normas superiores (constitucionais) quando numa relação intercomunicacional, na qual se apresentam indispensáveis intermediações proporcionadas por programas informáticos (ISP'S), gerados e mantidos por empresas privadas, houver dano – ou ameaça de colocação em risco - não causado pelos destinatários, mas perpetrada pelos veículos capazes de à fala garantir o devido fim?

Particulares, ambos constitucionalmente amparados, buscando, em um mesmo espaço, garantir eficácia, pela perspectiva de efetividade a eles conferida pela norma, a direitos que, aqui, não apresentam possibilidade de sobreposição (BERCOVICI, 1999). Como foi antes demonstrado, a liberdade de expressão individual sujeita-se, sem medida, àquilo que auferem as empresas privadas de mídias sociais – amplo poder regulador - com o exercício legítimo da Livre Iniciativa e da Livre Concorrência. Como resolver premente problema, portanto? Romper com a tradicional visão que impõe uma limitação da produção dos efeitos dos Direitos Fundamentais, somente, à relação Estado-cidadão, apresenta-se como um bom primeiro ponto de partida.

Sob uma visão delimitada à concepção histórico-funcional dos Direitos Fundamentais, poder-se-ia argumentar de acordo com a negação da produção de efeitos de tais direitos nas relações, entre privados, estabelecidas. Sustentam os adeptos de tal teoria que os direitos fundamentais surgem, historicamente, nas declarações de direito, essencialmente, como garantias aos indivíduos outorgadas capazes de os proteger contra supostas violações decorrentes da atividade estatal (SILVA, 2014). Aqui, os Direitos Fundamentais são entendidos, única e exclusivamente, como direitos dos indivíduos contra o Estado. Os cidadãos, contudo, nas relações horizontais entre si estabelecidas, a contrassenso do entendimento defendido por esta concepção liberal-burguesa, têm o condão, efetivamente, de ameaçar os Direitos Fundamentais arraigados nas mais comuns práticas que movimentam a vida social (NOVAIS, 2018).

A noção restritiva que outrora outorgou ao Estado a destinação exclusiva dos Direitos Fundamentais deve ser repensada, na medida em que hoje o ente público passa a ser constantemente enquadrado na posição de devedor de postura ativa, no sentido de uma proteção

integral e global dos direitos fundamentais, deixando de ocupar a posição de “inimigo público”, ou, em outros termos, de inimigo número um (ou único) da liberdade e dos direitos dos cidadãos (SARLET, 2000).

A proteção garantida a bens jurídicos fundamentais assegurados pela ordem constitucional não se condiciona, apenas, em responder às ameaças provenientes dos poderes públicos, mas sim, inclusive, aos perigos advindos da esfera privada (SARLET, 2006). Servem, portanto, de contrapesos às injustiças sociais praticadas por atores privados e, principalmente, no certame aqui proposto, poderosos. Tal assimetria de poder difunde efeitos não só no sistema político. A posição de domínio atingida pelas corporações – privadas - muito por meio da concentração financeira que a elas se apresenta, ressona, também e principalmente, no âmbito jurídico (SILVA, 2014). Relações travadas entre empresas de mídias sociais e seus usuários, a despeito de serem fundadas aparentemente na autonomia da vontade, são norteadas por uma relação de domínio, capaz de ameaçar, tanto quanto a atividade estatal, os direitos fundamentais de que são titulares ambos participantes da relação (SILVA, 2014).³⁰

3.2 DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO NO DIREITO PRIVADO

Existe posicionamento acerca de tese afirmativa no sentido de que a utilização da Constituição como parâmetro de resolução de conflitos jurídicos entre particulares proporcionaria uma invasão do Direito Constitucional nos outros ramos do Direito o que ensejaria, inevitavelmente, em um processo de integral constitucionalização de todo o Direito (NOVAIS, 2018). Um contraponto capaz de refutar paradoxal divisão, estabelecida dentro de uma mesma ordem jurídica, entre os ramos do direito dela participantes, passa por retratar a característica irradiante das normas constitucionais (SARMENTO, 2006). Segundo Daniel Sarmento, esta eficácia irradiante, diretamente relacionada com a dimensão objetiva dos direitos fundamentais “significa que os valores que dão lastro aos direitos fundamentais penetram por todo o ordenamento jurídico, condicionando a interpretação das normas legais e atuando como impulsos e diretrizes para o legislador, a administração e o judiciário” (2006, p. 124). Não mais os ramos do direito existem e se desenvolvem através de uma relação de independência. A segregação dantes configurada entre Público e Privado, em que os direitos

³⁰ Vale referir, nesta senda, que a vinculação de particulares à direitos fundamentais não ocorre, tão somente, quando de um lado da relação figurar *privado* detentor de posição – Social, Jurídica, Política, Econômica – predominante. Tal acepção foi feita, e será adiante reexaminada, pelo propósito a que se destina o trabalho em questão, diga-se, garantir à usuários de mídias sociais, frente aos embates de direitos fundamentais decorrentes desta nova realidade digital, uma resposta constitucionalmente adequada

fundamentais eram concebidos como meros limites de atuação frente a atividade do legislador infraconstitucional democraticamente legitimado, resta por terra a partir do momento em que, atribuindo as posições jusfundamentais caráter irradiante, passam elas a serem entendidas como o “epicentro axiológico da ordem jurídica” (SARMENTO, 2006, p. 125).

Referido efeito irradiante dos direitos fundamentais emana, principalmente, da posição ocupada pelo texto que serve de guarida as normas jusfundamentais de uma determinada sociedade. Neste aspecto, conforme assenta Gilberto Bercovici, a Constituição deve ser entendida como a ordem jurídica fundamental de uma comunidade num dado período histórico, pois estabelece os pressupostos de criação, vigência e execução do resto do ordenamento jurídico, além de conformar e determinar amplamente o seu conteúdo (1999). José Afonso da Silva, em semelhante posicionamento, refere-se à Constituição como “o conjunto de normas positivas supremas que regem determinado ordenamento jurídico” (2005, p. 38).

Outros ramos do Direito – Direito Privado, por exemplo – encontram-se sujeitos aos ditames impostos pelo texto constitucional. Cai por terra a milenar tradição que entendia ser o direito privado como área do direito reservada à um conceito absoluto de autonomia privada³¹, não submetida às previsões do direito público (SILVA, 2018). Muito além dos predicados sob os quais devem formar-se a unidade política e as tarefas do Estado, destinam-se, os princípios e diretrizes pela Constituição fixados, às bases da vida não estatal (BERCOVICI, 1999). A Constituição passa agora não mais a ser enquadrada como “um simples instrumento de governo, definidor de competências e regulador de procedimentos” (BERCOVICI, 1999, p. 37), separada à aplicação para o Direito Público. Não podem as normas elementares de uma comunidade restringirem-se ao Estado, devem, também, ser a lei fundamental da sociedade, irradiando seus efeitos sobre os demais ramos do Direito.

Cumprido referir que a relação existente entre Constituição e Direito Privado, hodiernamente, revela-se pautada por um câmbio dialético e dinâmico de influência recíproca. Apesar de reconhecermos o alto grau de relevância – e complexidade – que rege a inserção de institutos originariamente oriundos do Direito Privado na Constituição, vale destacar, os limites do trabalho impõe o exame, tão somente, da eficácia da Constituição na esfera do Direito Privado, onde nos detemos, principalmente, na análise da incidência dos Direitos Fundamentais

³¹ Na esteira daquilo apontado por Daniel Sarmento: “a autonomia privada representa um dos componentes primordiais da liberdade, tal como vista pelo pensamento político moderno. Esta autonomia significa o poder do sujeito de autoregular seus próprios interesses [...], e tem como matriz a concepção de ser humano como agente moral, dotado de razão, capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, e que deve ter liberdade para guiar-se de acordo com estas escolhas, desde que elas não perturbem os direitos de terceiros, nem violem outros valores relevantes da comunidade.” In: SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 154.

no âmbito das relações entre particulares (SARLET, 2012). A assim denominada, de acordo com a inspirada formulação de Luiz Edson Fachin, constitucionalização do Direito, não se restringe, todavia, a esta dimensão específica da problemática, contudo, nossa atenção será a ela limitada nos breves limites deste ensaio (SARLET, 2000).

A título específico, outro importante autor que se dedicou ao tema da Constitucionalização do Direito foi Louis Favoreu. Sustenta o jurista francês três espécies de efeitos diretos para o tal fenômeno da Constitucionalização (SILVA, 2018). Feita a devida vênia ao ilustre acadêmico estrangeiro, limitar-nos-emos à uma breve nota, dentro deste específico espectro de sua doutrina, a apenas uma das três concepções por ele desenvolvidas. Referimo-nos aqui, portanto, ao que chama Favoreu, de “Constitucionalização-Transformação” (FAVOREU, 1996, p. 37 apud SILVA, 2018, p. 48). Nas palavras do autor, tal conceito caracteriza-se através de uma “constitucionalização dos direitos e liberdades, que conduz, a uma *impregnação nos diferentes ramos do direito* e, ao mesmo tempo, à sua transformação” (FAVOREU, 1996, p. 37 apud SILVA, 2018, p. 48). Este efeito judicializante, atribuído por Favoreu à Constituição, traz consigo duas diferentes, mas ambas por demais importantes, consequências. A primeira delas diz respeito a unificação da ordem jurídica, a qual poderia ser traduzida com a ajuda de duas máximas: a) Progressiva fundamentação dos demais ramos do Direito pelas normas constitucionais. b) Ocorrência gradual de uma suposta relativização entre direito público e direito privado. Somado a estes, segundo Favoreu, em decorrência direta do processo de constitucionalização do direito, alcançaríamos, portanto, uma simplificação da ordem jurídica, pois ultrapassada a noção que outrora atribuía a posições normativas doutras que não a Constituição – legislação ordinária, por exemplo - a conotação de eixo essencial determinante em específica ordem jurídica. (FAVOREU, 1996, p. 40 apud SILVA, 2018, p. 49).

Com o intuito de bem fundamentar a importância em se atribuir consequências jurídicas jusfundamentais diretas no trâmite de relações intersubjetivas, – vale dizer, especificamente nos limites do trabalho: empresas de mídias sociais e seus usuários – partindo dos relevantes contributos conceituais que giram em torno do instituto da Constitucionalização do Direito, acima explanado sob a ótica do doutrinador francês Louis Favoreu, resultante de uma consequente mitigação da dicotomia entre Público e Privado surgem outros desafios a serem elencados.

3.3 DA DIMENSÃO JURÍDICO-OBJETIVA DAS NORMAS JUSFUNDAMENTAIS

Qual a função, portanto, que, ultrapassada esta miríade de esforços argumentativos capazes de instituir barreiras restritivas dos pontos de contato ente o Direito Público e Direito Privado, se atribui aos Direitos Fundamentais para que estes encontrem fundamentos jurídicos capazes de auferir ampla proteção não só quando ao indivíduo se apresentam violações operadas pelo Estado, mas sim, também, nas ocasiões que à eles, principalmente com a premente realidade comunicacional, apresentada na parte inicial deste trabalho, surgem lesões de particulares, aqui, dotados de certo grau de poder social (ANDRADE, 2001).

Vale dizer, assim, como pressuposto complementar daquilo realçado por Favoreu que, ao lado da clássica dimensão jurídico subjetiva – direitos públicos subjetivos - dos Direitos Fundamentais, viu-se o operador do Direito, agora, como uma forma de reação a consequente modificação das estruturas sociais figurantes nas relações fáticas instituidoras dos fatores reais de poder (HESSE, 2019), obrigado a conferir-lhes uma inaugural função importante de proposições integrantes de uma nova ordem objetiva de valores, a qual reverbera dentro de todo o ordenamento jurídico de uma comunidade. Aqui voltam as concepções já ventiladas respeitantes à unidade do ordenamento jurídico e aos efeitos irradiantes que daí resultam (NIPPERDAY, 2012).

Os Direitos Fundamentais como direitos públicos subjetivos nos dizeres de Hans Carl Nipperday, buscavam ou “garantir ao particular uma esfera livre do Estado (*status negativus sive libertatis*) ou darem a ele uma pretensão a determinadas prestações do Estado (*status activus sive civitatis*)” (2012, p. 58) em nada compatíveis com uma ideia de determinação ao tráfego jurídico de direito privado. Tal era o entendimento uníssono sobre o caráter predominante dos Direitos Fundamentais. De uma sentença do Tribunal Constitucional Federal Alemão, proferida em 1958, no famoso “caso Lüth”, contudo, emana uma nova tradição conceitual, a qual institui os Direitos Fundamentais como se integrantes fossem de uma ordem Objetiva de valores (SILVA, 2018). Daqui resultam os predicados teóricos relevantes à superação do entendimento o qual afirmava serem as determinações mencionadas no catálogo de Direitos Fundamentais apenas direitos do particular perante o Estado, em nada sendo aplicadas nas relações intersubjetivamente travadas (CANARIS, 2006).

Este novo posicionamento do Tribunal Alemão erigiu função complementar dos Direitos Fundamentais, nos seguintes termos:

“A Constituição, que não pretende ser uma ordenação objetivamente neutra, funda, no título dos Direitos Fundamentais, uma ordem objetiva de valores, por meio da qual se expressa um (...) fortalecimento da validade (...) dos direitos fundamentais. Esse sistema de valores, que tem seu ponto central no livre desenvolvimento da

personalidade e na dignidade humana no seio da comunidade social, deve valer como decisão fundamental para todos os ramos do direito” (CANARIS, 2003, p. 229).

Segundo a Corte germânica, a Lei Fundamental Alemã “instituiu na seção referente aos Direitos Fundamentais uma ordem objetiva de valores (...) que deve valer enquanto decisão fundamental de âmbito constitucional para todas as áreas do Direito” (CANARIS, 2003, p. 228). Esta nova dimensão jurídico-objetiva das normas jusfundamentais traz consigo, portanto, o desenvolvimento da noção de uma vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, na medida em que estas normas passam agora a exprimir determinados valores que alçam uma irradiação por todo o ordenamento jurídico – público e privado - razão pela qual insuficiente caracterizá-los, apenas, como sendo direitos subjetivos públicos, isto é, direitos oponíveis pelos seus titulares (particulares) apenas em relação ao Estado (SARLET, 2000). O ilustre professor português José Carlos Vieira de Andrade, destaca aquilo que seriam os dois aspectos principais e concorrentes desta característica irradiante das normas elevadas à valores fundamentais pelo constituinte originário. Segundo o autor lusitano, “os direitos fundamentais, na qualidade de princípios constitucionais e por força do postulado da unidade do ordenamento jurídico, aplicam-se relativamente a toda ordem jurídica, inclusive privada” (2001, p. 274), bem como, surgindo daí, “a necessidade de se protegerem os particulares também contra atos atentatórios aos direitos fundamentais, provenientes de outros indivíduos ou entidades particulares” (2001, p. 275). Retornemos àquilo defendido por Louis Favoreu no tocante a Constitucionalização do Direito. A unidade que se procurou atribuir ao ordenamento jurídico, partindo da concepção elaborada pelo jurista francês, tem agora sua representação aplicada pela jurisdição. É na decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão que se concede efeito irradiador, com o auxílio proporcionado pelo conceito da ordem objetiva de valores, às normas de Direitos Fundamentais no sistema jurídico (ALEXY, 2017).

Elaborado esforço argumentativo necessariamente deveria preceder àquilo que será debatido no tópico que segue. Assim, tentou-se demonstrar, com as premissas teóricas apontadas, que os Direitos Fundamentais compõem institutos jurídicos com efeitos vinculativos tanto para o Estado quanto para o tráfego estabelecido dentro dos limites impostos pelo Direito Privado.

3.4 DO MODELO DE VINCULAÇÃO APLICÁVEL AOS PRECEITOS FUNDAMENTAIS

Buscar-se-á demonstrar agora como e em que medida (isto é, qual o alcance) se dá a vinculação dos particulares. Segundo Robert Alexy, “a ideia de que normas de direitos

fundamentais produzem efeitos na relação cidadão/cidadão e, nesse sentido, tem um efeito perante terceiros, ou efeito horizontal, é amplamente aceita.”(2017, p. 528) O caráter polêmico da questão, continua o referido autor, é dizer como e em que extensão elas o fazem, na medida em que aqui, diversamente das relações particular/Estado, figuram em ambos os pólos, titulares de Diretos Fundamentais (ALEXY, 2017).

Lançados breves olhares sobre ordens jurídicas estrangeiras, podemos perceber a diferença de tratamento que recebe o tema em discussão segundo o território em que se baseia a análise. De partida, tomado como exemplo o sistema jurídico constitucional português, vemos, em seu artigo 18/1, uma expressa vinculação das entidades privadas aos Direitos Fundamentais (ANDRADE, 2001). Tal não foi, contudo, a opção reservada pela Lei Fundamental da Alemanha, que em seu artigo 1, inciso III, ressalva vinculação direta dos Direitos Fundamentais apenas aos poderes públicos (SARLET, 2000). Ademais, apreende-se da experiência Norte-Americana, prevalecendo aqui tese eminentemente liberal sobre o tema, que os direitos fundamentais, constitucionalmente reconhecidos, apenas vinculam o Estado e são invocáveis tão-somente em face de uma ação estatal (*State Action*) presumidamente ilícita, de tal sorte que se atribui certo grau de imunidade a condutas eminentemente privadas frente a este tipo de controle (SARLET, 2000). Como visto, cada realidade fática determina a condição de eficácia da Constituição jurídica vigente sobre o território em que as relações de poderes sociais se impõem, sendo tarefa eminentemente retórica, e deveras improdutiva, dentro dos limites que se propõe o trabalho, continuar em análise correspondente a matéria no direito comparado (HESSE, 2019).

Dentro da realidade jurídica pátria, a Constituição Federal de 1988 expressamente dispôs, no artigo 5, § 1, que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata. O sentido atribuído à esta previsão, contudo, resta longe de posicionamento consensual dentre os doutrinadores nacionais. Como destaca o professor Ingo Sarlet:

“As diferentes concepções encontradas oscilam entre os que, adotando posição extremamente tímida, sustentam, por exemplo, que a norma em exame não pode atentar contra a natureza das coisas, de tal sorte que boa parte dos direitos fundamentais alcança sua eficácia apenas nos termos e na medida da lei, e os que, situados em outro extremo, advogam o ponto de vista segundo o qual até mesmo normas de cunho nitidamente programático podem ensejar, em virtude de sua imediata aplicabilidade, o gozo de direito subjetivo individual, independentemente de concretização legislativa” (SARLET, 2018, p. 273)

Virgílio Afonso da Silva, por sua vez, vai além, posicionando-se no sentido de que:

“a simples prescrição constitucional de que as normas definidoras de direitos fundamentais terão “aplicação imediata” não diz *absolutamente nada* sobre *quais*

relações jurídicas sofrerão seus efeitos, ou seja, não traz indícios sobre o tipo de relação que deverá ser disciplinada pelos direitos fundamentais” (2014, p. 58)

Não se extrai de uma exegese imediata da norma que, ademais das relações público-privadas, também entre particulares se pugna, fundada na ordem Constitucional, à uma imediata aplicação dos preceitos fundamentais. Tal entendimento resulta, como até então tentou-se demonstrar, do caráter normativo atribuído aos próprios Direitos Fundamentais. Vale dizer: (a) se entendidos sob uma ótica limitante que os caracteriza como Direitos Públicos Subjetivos, aplicáveis, tão somente, ora com viés negativo (*status negativus sive libertatis*), ora em caráter positivo (*status activus sive civitatis*) às relações em que o sujeito oposto se identifica com a figura Estatal, ou (b) como se integrantes fossem de uma ordem Objetiva de valores, capazes de irradiar efeitos sob toda a ordem jurídica vinculada aos seus preceitos, adentrando, por conseguinte, na outrora absoluta, autonomia privada respeitante às relações intersubjetivas (SARMENTO, 2006).

Com o que foi acima desenvolvido deveras não resulta negar que o preceito Artigo 5, § 1 da nossa Constituição aparenta tratar de norma com cunho inequivocamente principiológico, considerando-a portanto, uma espécie de mandado de otimização, a qual impõe aos órgãos estatais que procedam no sentido de conferir a maior eficácia possível aos Direitos Fundamentais (SARLET, 2018). O que se busca, efetivamente, não só neste momento da narrativa, mas ao longo de todo o trabalho, diz com a reunião de argumentos capazes de, as proposições jusfundamentais, assegurar a maior efetividade e proteção possível. A tal intuito, contudo, não parece corresponder-se à ideia de que os Direitos Fundamentais devem ser entendidos sob uma ótica Pública Subjetiva, apenas. Recorre-se, assim, a chamada eficácia horizontal, também conhecida como “eficácia privada” ou “eficácia perante terceiros” dos Direitos Fundamentais.

3.5 SOBRE UMA EFICÁCIA MEDIATA OU ABSOLUTA DE VINCULAÇÃO

Partindo de um predicado comum, que trata esses direitos como integrantes de uma ordem de valores objetiva, alcançando daí caráter de princípios elementares válidos para todo o ordenamento jurídico, Günter Dürig e Hans Carl Nipperdey, cada qual com sua visão, fundam o alicerce dogmático acerca do *modus vinculandi* dos Direitos Fundamentais entre privados (SARLET, 2000). Contrapõe-se visão dogmática a teorização fundada em argumentos histórico-funcionais ou embasados em uma concepção abrangente da autonomia do direito privado os quais amparam a defesa de uma possível negação de efeitos dos Direitos

Fundamentais nas relações interindividuais (SILVA, 2014). Em que pese a convergência dos autores supracitados no que tange sobre a existência de uma vinculação dos sujeitos particulares aos Direitos Fundamentais, a amplitude e o modo desta vinculação restam longe de consenso.

Günter Dürig, por sua vez, ao formular uma teoria dos efeitos indiretos, parte da concepção de um direito geral de liberdade, imanente da dignidade humana, presente nas relações negociais travadas por particulares (DÜRIG, 2012). Esta liberdade individual fundamental, segundo o autor, busca:

“reconhecer como jurídicos contratos, negócios jurídicos unilaterais, atuações e omissões de privados uns com os outros, também quando eles antagonizam proposições de direitos fundamentais da Constituição, que para o Estado, se ele se apresentasse como agente, seriam vinculativas” (2012, p. 16)

Com o intuito de evitar uma suposta estatização do Direito Privado e um virtual esvaziamento da autonomia privada, propõe, então, o pensador alemão, atribuir ao material normativo próprio do Direito Privado, como “conceitos indeterminados” e cláusulas gerais, a função precípua de *portas de entrada* aos direitos fundamentais (DÜRIG, 2012). Em última análise, cabe ao legislador, dentro do seu poder de conformação, e na condição de destinatário precípua das normas de direitos fundamentais, a aplicação de preceitos jusfundamentais às relações jurídico-privadas (SARLET, 2000).

Ao afirmar aquilo que se busca conceituar com a teoria da eficácia absoluta, no sentido de não necessitarem os direitos fundamentais de qualquer transformação ante a transposição de seus efeitos no tráfego jurídico-privado, segundo os defensores de uma eficácia indireta, partes específicas desta seara normativa, em especial, o direito dos contratos e a responsabilidade civil, seriam guindadas ao patamar constitucional e conseqüentemente destituídas de sua autonomia (CANARIS, 2003). Não há, para Günter Dürig, uma correspondente proibição legal (constitucional) para privados como a apresentada, através das previsões jusfundamentais, ao Estado (DÜRIG, 2012). Este direito geral de liberdade confeccionado pelo doutrinador alemão, que emana de preceitos ligados a dignidade humana e ao desenvolvimento da personalidade, outorga ao privado (pessoas físicas ou jurídicas) a possibilidade de deixar-se tratar desigualmente, na mesma medida em que lhe é conferido poder de tratar desigualmente outros, sem que proposições jusfundamentais tenham o condão de, diretamente (imediatamente), afastar inequidade resultante da pactuação fática entabulada (DÜRIG, 2012).

Entre particulares, frente a ausência de correspondente atuação legislativa privada no sentido de adequar os ditames pelas normas fundamentais efluentes, valor máximo garante-se a autonomia privada, possibilitando amplo aspecto de deliberação dentro da relação jurídica

por particulares desenvolvida (CANARIS, 2003). Não há, como se viu, que falar em suposta negação da influência dos direitos fundamentais na esfera privada. O que defende a teoria dos efeitos indiretos é a imposição de certa condicionante nesse sentido. A produção de efeitos das normas fundamentais no âmbito particular apresenta-se possível, somente, após a devida intermediação operada pelo legislador democraticamente eleito. Entende-se a razão de assim ser. No trato privado, impende reconhecer, ao menos aprioristicamente, a existência de elevado grau de igualdade entre os relacionantes. Caráter desconsiderado quando da relação figurar, em um dos polos, presença Estatal.

Por isto, impor uma atuação legislativa, com o intuito de adequar normas – fundamentais – concebidas sob um viés de desigualdade, mostra-se por deveras razoável quando não mais apenas destinadas ao ente público. Afirmativas que, contudo, não tem o condão de afastar a problemática desenvolvida ao longo deste trabalho acadêmico. Não se pode olvidar que aqui perscrutamos relações desenvolvidas entre mídias sociais e seus usuários, onde o grau de igualdade, por mais que ambos privados, resta quase inexistente. Se deixarmos à baila da “autonomia privada”, lesões aos direitos fundamentais dos internautas, especialmente no que diz respeito a liberdade de expressão destes, continuarão sob o manto de proteção da liberdade geral defendida por Dürig. Deve o indivíduo, assim, ao relacionar-se com pessoas coletivas, dotadas de um certo *poder especial*, isto é, como ensina Vieira de Andrade, um “poder de fato inequívoco e objetivamente determinável” (2001, p. 255), sujeitar-se a uma atuação legislativa ordinária para que só então invista-se na condição de destinatário – efetivo - de posições jusfundamentais? Diante de tal configuração jurídica, não atribuir-se-ia caráter meramente declaratório às posições de Direitos Fundamentais?

Penso ser aqui o local adequado à defesa daquilo que, segundo Hans Carl Nipperday, acordou-se em chamar efeitos absolutos dos direitos fundamentais (NIPPERDEY, 2012). Neste passo, em caráter introdutório, necessário se faz esclarecer de antemão que quando Nipperdey fala em efeitos absolutos, não faz ele menção a uma eventual concepção dos direitos fundamentais como direitos absolutos, lhes atribuindo, portanto, ideia de irrestringibilidade (SILVA, 2014). Referido autor não apenas rejeita tal visão, como faz uso de posicionamento diametralmente oposto para fundar as bases teóricas de sua doutrina (NIPPERDEY, 2012). Sustenta o professor alemão, que a liberdade dos indivíduos – valor máximo na concepção desenvolvida por Dürig – tenha efetivamente o condão de ser limitada dentro de relações intersubjetivas, a fim de que se garanta precedência a outros direitos fundamentais como, por exemplo, a igualdade (NIPPERDEY, 2012). Em suma, os efeitos absolutos, convergem com aquilo que boa parte da doutrina acordou em chamar de aplicabilidade direta dos direitos

fundamentais às relações privadas (SILVA, 2014). Encontramos aqui posicionamento que retira a premente obrigatoriedade – atribuída por Dürig e seus seguidores – de haver pontos de infiltração dos direitos fundamentais nas relações privadas (SARMENTO, 2006). Como assenta Nipperdey:

“Não é necessário, para a validade de direitos fundamentais como normas objetivas para o direito privado, nenhum “meio”, nenhuma espécie de “lugares de invasão”, como devem ser as cláusulas gerais. O efeito jurídico é, ao contrário, um normativo imediato que modifica ou cria de novo normas de direito privado existentes” (2012, p. 62).

Ademais, de amplo consenso, entre os defensores de uma eficácia imediata, é o reconhecimento de que têm, os particulares, ao relacionarem-se, a liberdade de auto-delimitar sua posição jurídica, isto é, de compatibilizar eficazmente certas limitações de sua posição jurídico-fundamental no trato interprivado (NIPPERDEY, 2012). Como dito alhures, não há que se confundir entre eficácia absoluta dos direitos fundamentais e o suposto caráter absoluto que a eles possa ser atribuído. O próprio ordenamento jurídico garante ao indivíduo, dotado de personalidade jurídica, o poder de atuar como ser independente e moralmente autorresponsável, frente aos negócios jurídicos que porventura venha firmar.

3.6 DA DEFESA DE UMA EFICÁCIA DIRETA (ABSOLUTA) DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ESFERA DAS RELAÇÕES PRIVADAS

Atribuir vinculação imediata às normas de direitos fundamentais nas relações interprivadas em nada tangência atacar a autonomia privada, bem entendida como núcleo estrutural do Direito Privado, dos indivíduos. Frente a constituição de uma situação dotada de aproximada igualdade fática e jurídica das partes contratantes, devem a autonomia privada e a liberdade contratual desenvolver plenamente seus efeitos (NIPPERDEY, 2012). Os pactuantes, neste cenário, podem, fundamentalmente, obrigar-se a todas as atuações e omissões, dispendo livremente de seus direitos. A norma fundamental de liberdade, por mais que perfectibilize, principalmente, seus efeitos no âmbito do Direito Privado, não resta desconfigurada do sistema valorativo contemplado pela Constituição (ALEXY, 2017).

Afirmar, como pretendem os defensores de uma eficácia mediata, que ao atribuir efeitos absolutos aos direitos fundamentais, renegando uma necessária atuação de conformação legislativa, estar-se-ia atacando a “raiz” do sistema privado, vale dizer, a autonomia privada dos contratantes, não parece ser o melhor ponto de vista. Primeiro, pois aparenta desconsiderar

tratar-se a ordem Constitucional, como afirma Robert Alexy, “uma ordem objetiva de valores, que vale como decisão constitucional fundamental para todos os ramos do direito, e que fornece diretrizes e impulsos para a Legislação, a Administração e a Jurisprudência” (2017, p. 525). Ora, se parte, a noção de liberdade geral em sentido autêntico, de preceitos relacionados com a dignidade humana e ao livre desenvolvimento da personalidade, como sustenta Dürig, forçoso parece concluir que a autonomia privada e a liberdade contratual dela resultantes, sejam recepcionadas como valores absolutos dentro do Direito Privado. Muito porque, apesar de bem responderem às relações horizontal relativamente equânimes, onde há uma predominante livre disposição de direitos entre aqueles que ali figuram em pé de igualdade, o mesmo não se opera quando presentes particulares detentores de certo grau de poder social ou econômico. Como é o caso das interações contratuais travadas entre mídias sociais e seus usuários.

Neste particular existe somente uma relação de igualdade fictícia, a qual se baseia especialmente, segundo Nipperdey, na ideia de que “liberdade de resolução de vontade basta na contração de obrigações para assegurar o particular diante de limitações não-exigíveis de sua liberdade” (2012, p. 85). A teoria da eficácia absoluta não limita, através da interferência direta dos direitos fundamentais, a autonomia da vontade dos pactuantes. Muito pelo contrário, busca equilibrar relações materialmente desiguais, sem que para isso recorra-se, necessariamente, à atividade legislativa privada, ou a algum outro mecanismo de interpretação de preceitos gerais e indeterminados. Dentro das relações fáticas de poder, inseridas nos limites aqui estudados, a possibilidade que tem o usuário de pactuar condições contratuais a ele mais favoráveis, dissolve-se perante a inexistência de uma situação juridicamente equânime. Não pode, por isso, como propõe a teoria da eficácia mediata, reconhecer-se uma limitação da posição de direitos fundamentais, baseando-se na liberdade contratual, pois, para isto, apresentar-se-ia como pressuposto indispensável, a igualdade jurídica e real completa decorrente do negócio jurídico (SCHWABE, 2012).

Se feita devida reflexão do que foi acima desenvolvido percebe-se que ante a superação de concepções doutrinárias opositoras à uma eventual vinculação de particulares aos direitos fundamentais, isto é, quanto ao “se” desta suposta conexão, convergem as teorias alemãs de Dürig e Nipperdey (SARLET, 2000). Como ponto inicial, partem as doutrinas de pressuposto comum, o qual entende os direitos fundamentais dentro de uma concepção relativa a uma ordem objetiva de valores, capaz de irradiar seus efeitos por todos os âmbitos do ordenamento jurídico que se vêem eles integrantes, atingindo assim a esfera de Direito Privado (SARLET, 2018). Noutro compasso, como visto, caracteriza-se o “*modus vinculandi*” defendido por cada qual pensador. Isto é, qual a intensidade atribuída a esta influência dos direitos fundamentais na

esfera de livre deliberação resultante das relações interprivadas. De acordo com o modelo teórico que se adote, portanto, surtem efeitos diversos na forma pela qual insurge suposta nulidade de um contrato entre particulares, pois violador de alguma disposição de direito fundamental.

Na visão de Dürig – modelo de efeitos indiretos – somente seria possível falar-se em nulidade de um contrato por privados firmado em decorrência de uma norma como a do § 138 do Código Civil alemão, onde “um negócio jurídico que seja contrário aos bons costumes é nulo” já que aqui estaríamos diante de uma das “portas de entrada” dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Doutro modo, coadunando-se com a teoria da aplicabilidade direta, sustentada por Nipperdey e levada adiante por seus seguidores, tal nulidade seria direta, no sentido do § 134, também inserido no Código Civil alemão. Prevê este segundo dispositivo que “um negócio jurídico que contrarie uma proibição legal é nulo (...)”. A própria disposição de direito fundamental, neste segundo caso, se confunde com a previsão legal privada, já que, como visto acima, desnecessária se faz a intermediação legislativa para que posições jusfundamentais consagrem seus efeitos nas relações entre particulares (SILVA, 2014).

Ademais, não se quer, através de uma ideia de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais entre particulares, fazer ineficaz o conteúdo liberal destes direitos (CANARIS, 2003). Sobre a problemática já teve o Supremo Tribunal Federal possibilidade de manifestação.³² Não foi ainda, contudo, oportunizada à corte nacional escrutínio relativo capaz de ensejar posicionamento sobre qual teoria adotar, em matéria de relações contratuais entabuladas entre poderosas mídias sociais e seus usuários. O dilema da vinculação dos particulares a direitos fundamentais em caráter geral é, contudo, tema que ocupa a jurisprudência da nossa corte suprema (SILVA, 2014). Se tomada na condição de *leading case* para a matéria, a resolução contida no RE 201819/RJ garante aplicação da garantia constitucional do devido processo legal – ampla defesa e contraditório – quando da hipótese de uma sociedade civil, portanto, uma entidade privada, proceder ao afastamento de um sócio³³.

Contempla-se, então, positivamente a possibilidade de os particulares atuarem no tradicional lugar do Estado como sujeitos passivos dos direitos, liberdades e garantias (ANDRADE, 2001). A divergência consiste em saber, nos casos em que mídias sociais,

³² Assim, por exemplo as decisões no Recurso Extraordinário número 158.215/RS, Relator Ministro Marco Aurélio, e no Recurso Extraordinário número 161.243/DF, Relator Ministro Carlos Maia Velloso, ambas do ano de 1996.

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 201818/RJ. Ministro Relator Gilmar Mendes. Segunda Turma. Julgado em: 11/10/2005. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1641534>. Acesso em 04 mai. 2020.

provedoras intangenciáveis de serviços comunicacionais, travam relações com outros particulares – usuários adstritos a estas plataformas de fala – o modo pelo qual se dá esta vinculação de posições jusfundamentais, e as consequências daí resultantes. Longe de apresentar uma solução base para todos os casos, à defesa da teoria relacionada a eficácia direta das normas de direitos fundamentais nas relações entre particulares se impõe uma pauta de soluções diferenciadas (SARMENTO, 2006). Não se aduz, ao reconhecer vinculação direta à particulares, que tais direitos possam ser aplicados nas relações privadas da mesma forma que vigoram nas relações entre cidadãos e Estado (SARMENTO, 2006). Importante ter presente o fato de que os particulares são titulares de direitos fundamentais. A autonomia privada, constitucionalmente protegida, elevada a grau máximo quando de uma defesa à eficácia mediata sustentada por Dürig, salienta como necessária uma série de adaptações, devido sua peculiaridade, no que tange a incidência dos direitos fundamentais no campo privado (DÜRIG, 2012).

Nesse sentido, entende Daniel Sarmento que “a fixação de limites para a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares envolve um problema de ponderação com a Autonomia Privada” (2006, p. 260). Assim, pois dotado de legitimidade democrática, incumbiria, em primeira análise, ao legislador realizar esta ponderação (CANARIS, 2003). Assumiria, o Juiz, tal competência, diante de omissão legislativa, ou nos casos em que há verdadeira inadequação da norma em face dos valores Constitucionais em jogo (SARMENTO, 2006). A atuação destes poderes estatais, tanto em esfera abstrata, quando em posições concretas, em nada busca afastar possibilidade de vinculação direta dos sujeitos privados (HARTMANN; SARLET, 2019). Os deveres de proteção estatal neste contexto revelam-se justamente pela hipótese de os direitos fundamentais estarem sujeitos a violações quando do trato interprivado, impossibilitando-se, salvo em casos excepcionais, ao particular cuidar ele próprio da tutela dos seus direitos (HARTMANN; SARLET, 2019). A premente figura do Estado, pois necessária, como visto, ante a resolução de conflitos lesivos a posições jusfundamentais particulares, não descaracteriza, em si, a existência de outro dever, juridicamente vinculativo, de respeito e não violação por parte dos sujeitos privados (SARLET, 2000).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Se quer com isto dizer, em princípio, que podem e devem ser extraídos efeitos jurídicos diretamente das normas de direitos fundamentais também em relação aos atores privados, sendo

a falta ou insuficiência de regulação legal incapaz de conduzir a uma inaplicabilidade normativa de tais preceitos (HARTMANN; SARLET, 2019). Esta é a ideia que surge no sentido de uma eficácia direta *prima facie* dos direitos fundamentais, na esfera das relações entre plataformas digitais privadas e seus usuários. Apesar de reconhecer tratar-se aqui essencialmente de intercâmbio entre privados, onde os ditames negociais encontram-se norteados pelos valores da autonomia privada e consequente liberdade contratual, restou evidente, em decorrência da posição assimétrica ocupada pelos relacionantes, as violações de direitos fundamentais, especialmente à liberdade de expressão, disso resultantes. Aplicar neste universo a teoria de Dürig, que preconiza uma eficácia indireta, ou, a posição daí decorrente, dos deveres de proteção de Canaris, deixa margem a debate. Tal conclusão decorre de ambas residirem conceitualmente na necessária intermediação legislativa ante a consagração de efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Proceder de outra forma acarretaria, segundo os doutrinadores citados, no esvaziamento da autonomia privada e da liberdade contratual garantida aos pactuantes. Por isto, cabe exclusivamente ao legislador privado, utilizando-se de prerrogativas do Direito Privado, fazer esta recepção de normas fundamentais ao âmbito normativo infraconstitucional. Quando, contudo, sujeitos privados poderosos, como no caso das redes sociais, entabulam relações jurídico-privadas com outra parte evidentemente hipossuficiente, seus usuários por exemplo, não há muito que se falar em autonomia da vontade entre os pactuantes, pois demais premente a desigualdade material daí emergente. Resulta a defesa da eficácia direta, nos moldes propostos por Nipperdey, uma proteção imediata dos direitos fundamentais sem que para isso se recorra a atuação do legislador ordinário, nem que seja necessário proceder à colmatação judicial das cláusulas gerais do Direito Privado porventura existentes (NIPPERDEY, 2012). Segundo ensinamento de Daniel Sarmiento,

“o princípio da igualdade material, que se infere da conjugação da cláusula da isonomia (art. 5, *cáput*, CF) com a diretriz constitucional, apontada como um dos fundamentos da República, de redução das desigualdades sociais (art. 3, inciso III, CF), não apenas permite, mas antes impõe, na ordem jurídica brasileira, a proteção das partes mais débeis nas relações privadas” (2006, p. 263).

Às empresas de Mídias Sociais, como Facebook, Instagram, Twitter, YouTube, todas dotadas de certo grau de poder social e econômico, apresenta-se demanda ilimitada de usuários decorrente dos novos moldes comunicacionais digitais. Ante pactos contratuais, previa e unilateralmente confeccionados pelas plataformas online, que passam a vigorar sob aspecto de Termos e Serviços ou Condições de Uso, estabelecem-se, como visto ao longo do artigo, aberturas, autorizações, favorecimentos, capazes de atribuir caráter “indecoroso” às mais

diversas manifestações de usuários que, apesar de controversas, se apresentam de forma completamente legítima. Uma das alternativas ante a referida situação, diz, sob olhares demasiadamente privatista, em aderir à lição que retira da autonomia privada este amplo caráter liberal quando à estipulação de um contrato. Tem as partes aqui irrestrito viés discricionário para deixar tratar-se desigualmente (viés negativo) ou para poder tratar desigualmente outros (viés positivo).

Não há que olvidar, contudo, ser tal preceito doutrinário firmado em uma concepção pautada por relações em que elevado grau de igualdade, quando do trato interprivado, demonstra-se presente. Os ISP's (Internet Service Providers), por mais que privados, encontram-se dotados de poder factual inequívoco objetivamente determinável. Inexiste paridade relacional quando de um lado figurar poderosa Mídia Social e, de outro, os usuários destes canais. Inseridos dentro de um mesmo ambiente virtual, portanto, particulares, dotados de diferentes gradações determinativas, buscam consagrações de diferentes direitos (ora revestidos por viés patrimonial – Mídias Sociais - ora integrantes de âmbito personalíssimo – Usuários). Encontram-se as plataformas privadas online de comunicação embasadas na Autonomia Privada, e em princípios gerais que pautam a atividade econômica, como a Livre Iniciativa. De outro posto, contudo, ocupam-se os usuários de valores essencialmente ligados à noção de dignidade humana, na medida em que a livre manifestação do pensamento e a ampla capacidade de expressão modulam aquilo que poderia ser conceituado dentro do âmbito dinâmico da pessoa e de sua dignidade, ou seja, relacionar-se-iam intrinsecamente ao livre desenvolvimento de sua personalidade (NOVAIS, 2017).

Abusos contratuais, decorrentes desta posição privilegiada ocupada pelas mídias sociais podem ocorrer em dois momentos distintos. Inicialmente verificados com sua elaboração, isto é, caracterizados no momento de sua confecção, através da imposição unilateral e arbitrária de termos genéricos motivados por interesses puramente econômicos. Ou, posteriormente, quando da manipulação daquilo legitimamente veiculado pelo usuário ao fazer uso deste canal. Em ambos os casos, apresenta-se ao aplicador do direito, pois ao Estado cumpre o monopólio da resolução de dissídios, o dever de proceder à ponderação de interesses. É nesse sentido que se defende a ideia da aplicação direta de preceitos jusfundamentais nestas relações *sui generis* entabuladas entre poderosas mídias e seus usuários. Mitigar os efeitos da Autonomia Privada, reconhecendo aplicabilidade horizontal direta dos direitos fundamentais, especialmente no que tange a Liberdade de Expressão, com a finalidade de equacionar tangencial disparidade entre particulares, apresenta-se como medida por demais adequada frente as disparidades do caso concreto. Independente de suposta intermediação legislativa, como propõem os defensores de

uma eficácia mediata, decorre diretamente das normas promotoras de direitos fundamentais, pois integrantes de uma ordem objetiva de valores, a percepção de seus efeitos nas relações intersubjetivas. Na lição de Konrad Hesse, a força normativa da Constituição institui-se na compreensão da necessidade e do valor de uma “ordem normativa inquebrantável, que projeta o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme” (2019, p. 133).

Garantir uma aplicabilidade direta dos direitos fundamentais às relações entabuladas entre Mídias Sociais e seus usuários, pois pautadas em assimetria disforme, decorre, portanto, de entender as normas do catálogo de direitos fundamentais como uma expressão geral de princípios, os quais têm de existir para a caracterização de uma sociedade que prima pela preservação de valores humanitários em detrimento de aspectos meramente materiais, incapaz de limitar a produção dos efeitos de suas normas jusfundamentais apenas à relação Estado cidadão. Ademais, quando sopesados os valores em jogo, esclarece Daniel Sarmiento, que,

“no campo das relações econômicas, a essencialidade do bem é um critério importante para aferição da intensidade da proteção conferida à autonomia privada. Portanto, quanto mais o bem envolvido na relação jurídica em discussão for considerado essencial para a vida humana, maior será a proteção do direito fundamental em jogo, e menor a tutela da autonomia privada” (2006, p. 266).

Norteando-se através de um caráter eminentemente econômico-patrimonial, perpetuam as plataformas online de fala lesões a bens materialmente considerados essenciais à vida humana, especialmente violada, neste aspecto, a liberdade de expressão de seus usuários. Levanta-se, por isto, a possibilidade de proteção ineficaz dos direitos fundamentais nessas relações se seus efeitos puderem a elas chegar apenas por meio das chamadas cláusulas gerais. Vincular a vazão dos efeitos jusfundamentais às “portas de entrada” do Direito Privado, concatenadas pela atuação do legislador ordinário, parece a eles instituir feição de preceitos meramente declaratórios, os destituindo de normatividade plena. Produzem, os direitos fundamentais, efeitos absolutos, irradiantes em todas espécies de relações firmadas sob o manto do ordenamento jurídico ao qual eles se destinam. Suposta nulidade praticada por grandes conglomerados empresariais de mídias sociais, aferida após uma ponderação dos interesses em jogo pelo aplicador do direito, não se sujeita aos limites interpretativos impostos, sob um viés protetivo da autonomia privada, na legislação infraconstitucional. A liberdade de expressão das pessoas – usuários de rede particulares – encontra-se demasiadamente sujeita aos desejos econômicos de poderosas plataformas de discurso – mídias sociais privadas. E a esta constatação parece-nos ser um bom ponto inicial de discussão, garantir aos direitos fundamentais, aplicabilidade direta ante estas relações por demais assimétricas.

REFERÊNCIAS

ADLER, Julie. **The Public's Burden in a Digital Age:** Pressures on the Intermediaries and the Privatization of Internet Censorship. *Journal of Law and Policy*. Volume 20, Article 8; 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

AMNESTY INTERNATIONAL. **Surveillance Giants:** How De Business Model of Google And Facebook Threatens Human Rights, ano 2019, p. 4. Disponível em: <https://www.amnesty.org/en/documents/pol30/1404/2019/en/>. Acesso em: 05 abr. 2020.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 2001.

BALKING, Jack M. **Digital speech and democratic culture:** a theory of freedom of expression. *For the informational society*. *New York University Law Review*. Vol 79:1, 2004.

BARRON, Jerome A. **Access to the Press:** A new first amendment right, 80 *Harvard Law Review*, 1967. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1339417?seq=1>. Acesso em: 10 mar. 2020.

BERCOVICI, Gilberto. **A problemática da Constituição dirigente:** algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de informação legislativa*, Brasília, n.142, 1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 201818/RJ. Ministro Relator Gilmar Mendes. Segunda Turma. Julgado em: 11/10/2005. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1641534>. Acesso em 04 mai. 2020.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

CHANDER, Anupam; LÊ, Uyên. **Free Speech**. *Iowa Law Review* 501, 2014 – 2015. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/ilr100&div=21&id=&page=>. Acesso em: 13 mar. 2020.

CRAWFORD, Kate; GILLESPIE Tarleton. **What is a flag for?** Social media reporting tools and the vocabulary of complaint. *New Media & Society*, v. 18(3), 2016. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/1461444814543163>. Acesso em: 12 mar. 2020.

DÜRIG, Günter. Liberdade de circulação. In: HECK, Luís Afonso (org.). **Direitos fundamentais e direito privado:** Textos clássicos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed, 2012.

_____. Direitos fundamentais e jurisdição civil. In: HECK, Luís Afonso (org.). **Direitos fundamentais e direito privado: Textos clássicos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed, 2012.

FACEBOOK. **Política de Dados**. Disponível em: <https://www.facebook.com/policy.php>. Acesso em: 26 abr. 2020.

FOLEY, Ryan. **Facebook Apologizes for Censoring Birth Photographer Laura Eckert**, HUFFINGTON POST Disponível em: http://www.huffingtonpost.com/2011/01/07/facebook-apologizes-birth-photographern_805823.html. Acesso em: 22 abr. 2020.

HESSE, Konrad. **Temas fundamentais de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2019.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Projeção da população do Brasil e das Unidades da Federação. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>. Acesso em: 15 mar. 2020.

INTRONA, Lucas; NISSENBAUM, Helen (2000). **Shaping the Web: Why the Politics of Search Engines Matters**, *The Information Society*, 16:3, 169-185. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/01972240050133634>. Acesso em: 05 mar. 2020.

LEE, Amy. **Facebook Apologizes for Censoring Gay Kiss Photo**. HUFFINGTON POST. Disponível em: https://www.huffpostbrasil.com/entry/facebook-gay-kiss_n_850941?ri18n=true. Acesso em: 21 abr. 2020.

LESSING, Lawrence. **The New Chicago School**. *The Journal of Legal Studies*, v. 27, n. 2, jun. 1998. Disponível em: <https://www.journals.uchicago.edu/doi/abs/10.1086/468039>. Acesso em 01 mar. 2020.

_____. **Code: version 2.0**. New York: Basic Books, 2006.

MARQUES, Garcia; MARTINS, Lourenço. **Direito da Informática**. Coimbra: Almedina, 2000.

NIPPERDEY, Hans Carl. Direitos Fundamentais e direito privado. In: HECK, Luís Afonso (org.). **Direitos fundamentais e direito privado: Textos clássicos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed, 2012.

_____. Livre desenvolvimento da personalidade. In: HECK, Luís Afonso (org.). **Direitos fundamentais e direito privado: Textos clássicos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed, 2012.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais nas relações entre particulares**. Coimbra: Almedina, 2018.

_____. **Direitos sociais: Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. Lisboa: AAFDL Editora, 2017.

NUNZIATO, Dawn. **The death of the public forum in Cyberspace**. George Washington Law Faculty Publications & Other Works. 2005. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/berktech20&div=108&id=&page=>. Acesso em: 04 mar. 2020.

OREMUS, Will. **Did Facebook Censor an Anti-Obama Meme?** SLATE. Disponível em: <https://slate.com/technology/2012/11/facebook-censors-anti-obama-navy-seals-meme-apologizes-breitbart-outraged.html>. Acesso em: 20 abr. 2020.

PASQUALE, Frank. **Plataform neutrality**: enhancing freedom of expression in spheres of private power. *Theoretical Inquiries L.*, v. 17, 2016. Disponível em: <https://www.degruyter.com/view/journals/til/17/2/article-p487.xml><https://www.degruyter.com/view/journals/til/17/2/article-p487.xml>. Acesso em: 03 mar. 2020.

_____. **Search neutrality as disclosure and auditing**. (2011) Disponível em: <https://balkin.blogspot.com/2011/02/search-neutrality-as-disclosure-and.html>. Acesso em: 12 mai. 2020.

KREIMER, Seth. **Censorship by proxy**: the first amendment, internet intermediaries, and the problem of the weakest link (2006). *Faculty Scholarship at Penn Law*. 127. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/pnlr155&div=10&id=&page=>. Acesso em: 12 mar. 2020.

KRYN, Jeremy. **Facebook, google, social media sites ‘actively’ censor christian content: study**. Disponível em: <https://www.lifesitenews.com/news/facebook-google-social-media-sites-actively-censor-christian-content-study>. Acesso em: 23 abr. 2020.

ROSEN, Jeffrey. **The deciders**: The Future of Privacy and Free Speech in the Age of Facebook and Google, 80 *Fordham L. Rev.* 1525 (2012). Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/flr80&div=54&id=&page=>. Acesso em: 05 mai. 2020.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

_____. A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro. In: SARLET, Ingo; NEUER, Jörg; MONTEIRO, António Pinto. **Direitos fundamentais e direito privado**. Uma perspectiva de direito comparado. Coimbra: Almedina, 20007.

_____. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. In: SARLET, Ingo (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. Direitos Fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo (org.). **A**

constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SARLET, Ingo; HARTMANN, Ivar. **Direitos fundamentais e direito privado:** a proteção da liberdade de expressão nas mídias sociais. Revista de Direito Público, Porto Alegre, Volume 16, n. 90, 2019, 85-108, nov-dez 2019.

SAUTER, Molly. **The coming swarm:** DDOS actions, hacktivism, and civil disobedience on the internet. New York: Bloomsbury academic, 2014.

SCHWABE, Jürgen. O chamado efeito perante terceiros dos direitos fundamentais para a influência dos direitos fundamentais no tráfego do direito privado. In: HECK, Luís Afonso (org.). **Direitos fundamentais e direito privado:** Textos clássicos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito:** os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância:** a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TUSHNET, Rebecca. **power without responsibility:** Intermediaries and the first amendment. 76 Georgetown Law Review. 101 (2008). Disponível em: <http://lsr.nellco.org/georgetown/fwps/papers/76/>. Acesso em: 15 mar. 2020.

TUTT, Andrew. **The new speech.** 41 Hastings Constitutional Law Quarterly. 235 (2014). Disponível em: https://repository.uchastings.edu/hastings_constitutional_law_quaterly/vol41/iss2/1. Acesso em: 12 mar. 2020.

VIEIRA, Tatiana Malta. **O direito à privacidade na sociedade da informação:** a efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris ED, 2007.

WE ARE SOCIAL. **Digital 2019:** Essential insights into how people around the world use the internet, mobile devices, social media, and E-commerce, ano 2019, p. 7. Disponível em: <https://wearesocial.com/global-digital-report-2019>. Acesso em: 10 abr. 2020.

WU, Tim. **When code isn't law.** 89 Va. L. Rev. 679, 2003. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/3202374>. Acesso em: 22 mar. 2020.

YOO, Christopher. **Free speech and the myth of the internet as an unintermediated experience.** Faculty Scholarship. Paper 280. 2009. Disponível em: http://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/280. Acesso em: 03 mar. 2020.

YOUTUBE. **YouTube em números:** mais de dois bilhões de usuários, ano 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/intl/pt-BR/about/press/>. Acesso em: 12 abr. 2020.