

**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO – CAMPUS JOÃO PESSOA
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA**

VICTOR RAFAEL VIEIRA DO EGITO

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO BANIMENTO PERMANENTE DE USUÁRIOS
DE REDES SOCIAIS E APLICATIVOS**

**JOÃO PESSOA
2022**

VICTOR RAFAEL VIEIRA DO EGITO

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO BANIMENTO PERMANENTE DE USUÁRIOS
DE REDES SOCIAIS E APLICATIVOS**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Graduação em
Direito de João Pessoa do Centro de
Ciências Jurídicas da Universidade
Federal da Paraíba como requisito parcial
da obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Orientador: Dr. Gustavo Rabay Guerra

**JOÃO PESSOA
2022**

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

E29i Egito, Victor Rafael Vieira do.
A (in)constitucionalidade do banimento permanente de
usuários de redes sociais e aplicativos / Victor Rafael
Vieira do Egito. - João Pessoa, 2022.
48 f. : il.

Orientação: Gustavo Rabay Guerra.
TCC (Graduação) - UFPB/CCJ.

1. Punições digitais. 2. Banimentos Permanentes. 3.
Eficácia diagonal dos direitos fundamentais. 4.
Inconstitucionalidade. I. Guerra, Gustavo Rabay. II.
Título.

UFPB/CCJ CDU 34

VICTOR RAFAEL VIEIRA DO EGITO

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO BANIMENTO PERMANENTE DE USUÁRIOS
DE REDES SOCIAIS E APLICATIVOS**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Graduação em
Direito de João Pessoa do Centro de
Ciências Jurídicas da Universidade
Federal da Paraíba como requisito parcial
da obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Orientador: Dr. Gustavo Rabay Guerra

DATA DA APROVAÇÃO: 17/06/2022

BANCA EXAMINADORA:

**Prof. Dr. GUSTAVO RABAY GUERRA
(ORIENTADOR)**

**Prof. Dr. ANDRÉ LUIZ CAVALCANTI CABRAL
(AVALIADOR)**

**Prof. Dra. MARIA CREUSA DE ARAÚJO BORGES
(AVALIADORA)**

RESUMO

Desde os primórdios da humanidade, as pessoas punem umas às outras. Na atualidade, com o surgimento de grandes corporações de tecnologia, é possível perceber o fenômeno das punições digitais, tais como suspensões temporárias de contas, limitações de determinadas ferramentas e até mesmo banimentos permanentes. Diante disso, o presente trabalho veio a discutir os limites constitucionais de tais punições, em especial os banimentos permanentes, sob a ótica da eficácia diagonal dos direitos fundamentais, concluindo pela inconstitucionalidade de punições digitais que possuam caráter perpétuo, por contrariarem o teor do artigo 5º, inciso XLVII, alínea “b”, da Constituição Federal de 1988. Além disso, mesmo que não se reconhecesse a eficácia diagonal do referido direito fundamental, ainda assim seriam inconstitucionais os banimentos permanentes, por violar o princípio constitucional da proporcionalidade. Por fim, apontou-se para a necessidade de editar leis infraconstitucionais que versem sobre a temática, vedando expressamente punições de caráter perpétuo e disciplinando procedimentos mínimos a serem seguidos ao sancionar usuários de aplicativos.

Palavras-chave: Punições digitais. Banimentos Permanentes. Eficácia diagonal dos direitos fundamentais. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

Since the dawn of humanity, people have been punishing each other. Nowadays, with the emergence of large technology corporations, it is possible to perceive the phenomenon of digital punishments, such as temporary suspensions of accounts, limitations of certain tools and even permanent bans. Therefore, the present work came to discuss the constitutional limits of such punishments, especially permanent bans, from the perspective of the diagonal effectiveness of fundamental rights, concluding by the unconstitutionality of digital punishments that have a perpetual character, for contradicting the content of Article 5, item XLVII, point "b", of the Federal Constitution of 1988. Moreover, even if the diagonal effectiveness of that fundamental right was not recognised, permanent bans would still be unconstitutional for violating the constitutional principle of proportionality. Finally, it was pointed to the need to edit infraconstitutional laws that versed on the subject, expressly prohibiting perpetual punishments and discippling minimum procedures to be followed when sanctioning application users.

Key-words: Digital punishments. Permanent Bans. Diagonal effectiveness of fundamental rights. Unconstitutionality.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 OS BANIMENTOS NA ATUALIDADE	7
2.1 O CASO DONALD TRUMP	7
2.2 O BANIMENTO DOS ANÔNIMOS	7
3 BANIMENTOS PERMANENTES: UMA OFENSA AO ART. 5º, INCISO XLVII, “b” DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL?	16
3.1 A INTERPRETAÇÃO TRADICIONAL DO ART. 5º, INCISO XLVII, ALÍNEA “d”, DA CF/88	16
3.2 ADI 2975	17
3.3 O DIREITO COMPARADO E O TRATAMENTO DADO AOS BANIMENTOS DOS USUÁRIOS DAS PLATAFORMAS	20
3.4 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: UMA ALTERNATIVA VIÁVEL?	22
4 A EFICÁCIA TRANSVERSAL DO DIREITO A NÃO SOFRER PENA DE CARÁTER PERPÉTUO	25
4.1 O SURGIMENTO DAS TEORIAS DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES PRIVADAS	25
4.1.1 Teoria da Negação	28
4.1.2 Teoria da Eficácia Mediata	30
4.1.3 Teoria da Eficácia Imediata	31
4.2 TEORIA DA EFICÁCIA HORIZONTAL E TRANSVERSAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ADOTADA PELA DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA NACIONAL	32
4.3 PONDERAÇÃO ENTRE A AUTONOMIA PRIVADA E O DIREITO FUNDAMENTAL A NÃO SOFRER PENAS DE CARÁTER PERPÉTUO	34
4.3.1 A Ponderação pelo Poder Legislativo	39
5 BANIMENTOS PERMANENTES E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROPORCIONALIDADE	41
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	44
REFERÊNCIAS	46

1 INTRODUÇÃO

O mundo contemporâneo vê a consolidação de grandes empresas de tecnologia, as chamadas “*big techs*”, como o Facebook e o Twitter, que diuturnamente ganham cada vez mais espaço na vida cotidiana de seus usuários, influenciando a forma como as pessoas trabalham, se relacionam e expressam suas ideias.

Nesse contexto, é possível perceber que as *big techs* acabam por assumir o papel de estipular regras e de sancionar os usuários que venham a violar as regras que lhes foram impostas, exercendo uma espécie de “poder sancionatório privado”.

Dentre tais sanções, talvez a mais problemática seja a do banimento permanente, que se mostra como uma forma de ostracismo virtual daqueles que cometeram algum deslize na utilização dos aplicativos.

Nos últimos anos, o mais emblemático caso de banimento foi o do ex-presidente dos Estados Unidos, Donald Trump, que, diante do evento do Capitólio, ficou permanentemente proibido, pelo Twitter, de manter sua conta na plataforma.

Além dos casos de banimentos por violações a diretrizes, também é recorrente o banimento de usuários sem que haja causa aparente ou qualquer justificativa da plataforma, como demonstrar-se-á nas páginas seguintes, através do depoimento de usuários, colhidos em pesquisa de campo.

Resta, então, o questionamento: à luz da Constituição Federal de 1988, os banimentos permanentes são compatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro?

Para responder a essa pergunta, o caminho metodológico traçado foi o da pesquisa bibliográfica, revisitando a doutrina nacional e estrangeira. Além disso, como dito anteriormente, fez-se também uma pesquisa de campo para identificar como ocorrem os banimentos e as consequências disso para os usuários comuns.

2 OS BANIMENTOS NA ATUALIDADE

2.1 O CASO DONALD TRUMP

Após as eleições americanas de 2020, com a derrota de Donald Trump, manifestantes tomaram violentamente o Capitólio, em Washington DC, numa tentativa de impedir a diplomação do presidente eleito, Joe Biden.¹

Isso se deu, parcialmente, em decorrência de incitações do ex-presidente, que insistia na narrativa de que as eleições foram fraudadas.

Assim, por ter atribuído ao presidente Trump a culpa pelo evento do Capitólio, o Twitter decidiu banir permanentemente Donald Trump da plataforma, sob o argumento de que sua presença na rede social representaria um risco de que eventos semelhantes voltassem a se repetir.

Além do Twitter, outras plataformas, como o Facebook também repreenderam o ex-presidente.²

Ainda não se sabe se, com a possível compra do Twitter pelo bilionário sul-africano, Elon Musk, a política de banimentos permanentes permanecerá; visto que a manifestação de interesse na aquisição da plataforma veio acompanhada de forte discurso pró-liberdade de expressão, contra suposta censura que a rede social impõe a seus usuários.

2.2 O BANIMENTO DOS ANÔNIMOS

Em se tratando de anônimos, os usuários muitas vezes sequer sabem o motivo de seu banimento; outros, possuem razões banais, em clara desproporção com a pena sofrida (permanente desplatformização).

Com o fito de ouvir histórias do mundo real, promoveu-se uma pesquisa de campo, com pergunta em grupo do Facebook. Ao todo, obtive mais de 400 respostas, dentre as quais foram selecionadas algumas para exemplificar o problema atual da postura arbitrária de certas empresas de tecnologia, promovendo banimentos

¹ BBC. **Donald Trump: US President permanently banned from Twitter**. Disponível em: <https://www.bbc.co.uk/newsround/55600246>. Acesso em: 25/04/2022.

² BBC. **Donald Trump: Social media sites block President after Washington violence**. Disponível em: <https://www.bbc.co.uk/newsround/55572494>. Acesso em: 25/04/2022

permanentes, sem exposição dos motivos e sem chance de defesa ou de recurso. Vejamos alguns dos exemplos colhidos, preservando a identidade dos envolvidos:

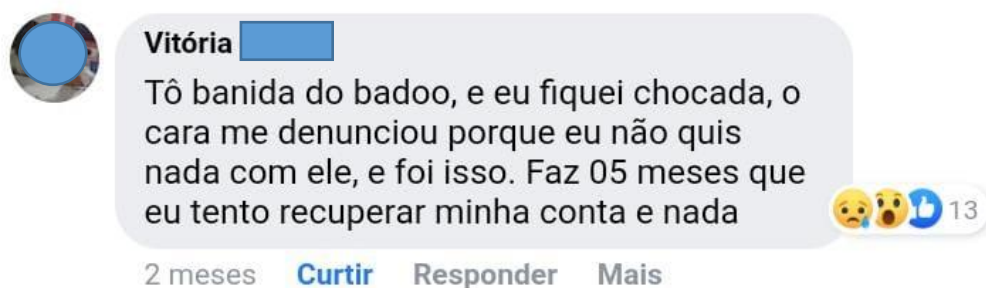


Figura 1 – Usuária do Facebook relatando banimento de aplicativo de relacionamento, sem causa aparente ou maiores explicações.

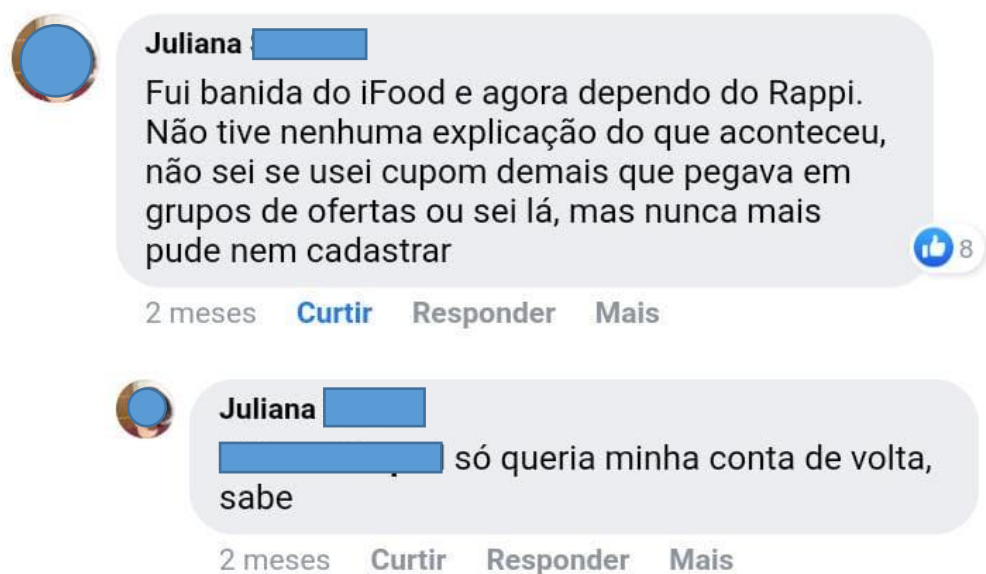


Figura 2 – Usuária do Facebook relatando banimento de aplicativo de entrega de comidas, sem causa aparente ou maiores explicações



Figura 3 – Usuário do Facebook relatando banimento de aplicativo de relacionamento, sem causa aparente ou maiores explicações.



Figura 4 – Usuária do Facebook relatando banimento de rede social em decorrência de desentendimento pontual com outra usuária da mesma rede social.

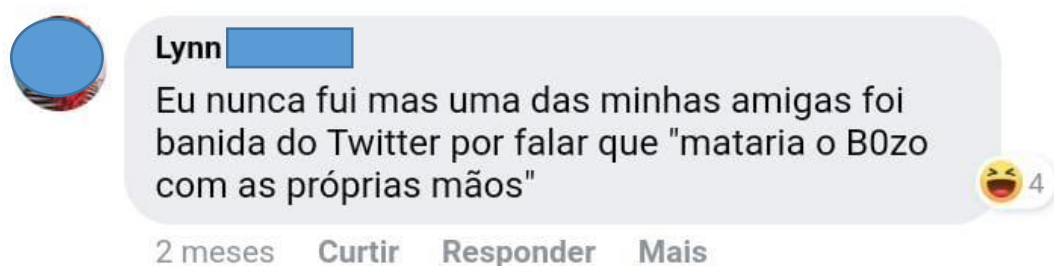


Figura 5 – Usuária do Facebook relatando que amiga teria sido banida do Twitter por fala jocosa possivelmente desconsiderada de seu contexto.



Figura 6 – Duas usuárias do Facebook, em interação, compartilhando uma história semelhante: o banimento de aplicativo de namoro sem razão aparente e sem maiores explicações.



Figura 7 – Usuária do Facebook narrando banimento injustificado de loja virtual.



Figura 8 – Usuária do Facebook relatando banimento de aplicativo de relacionamento, sem causa aparente ou maiores explicações.

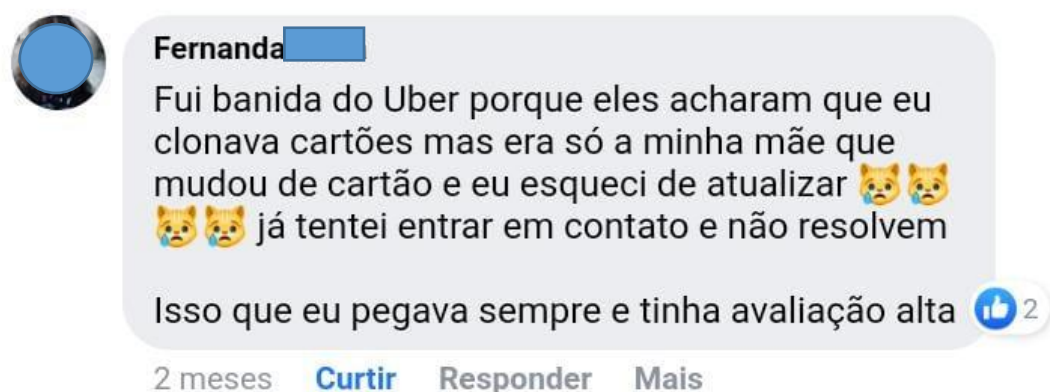


Figura 9 – Usuária do Facebook relatando ter sido banida da Uber, sem a oportunidade de ser efetivamente ouvida sequer após o banimento.

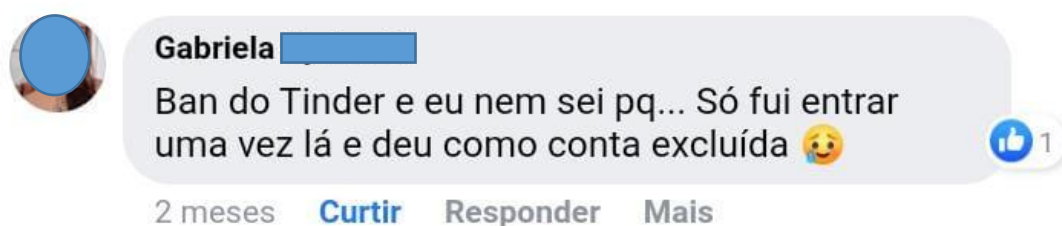


Figura 10 – Usuária do Facebook relatando banimento de aplicativo de relacionamento, sem causa aparente ou maiores explicações.

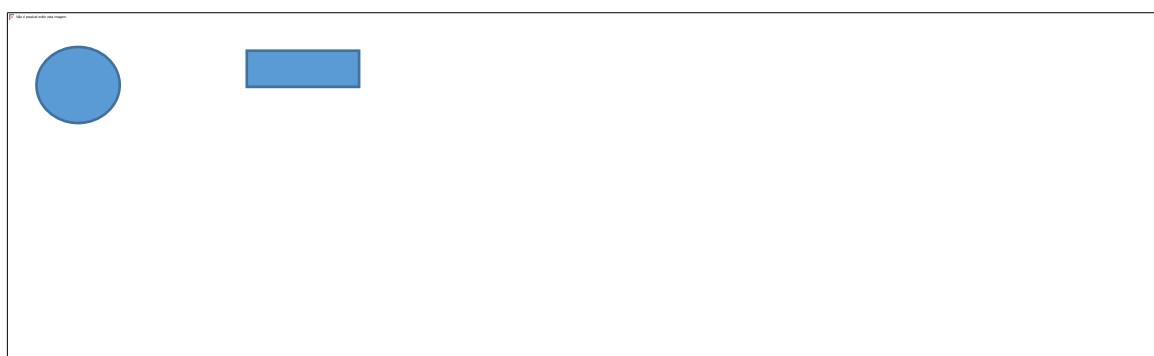


Figura 11 – Usuária do Facebook relatando banimento do TikTok sem justificativa ou causa aparente.



Figura 12 – Usuárias do Facebook em interação sobre banimento em aplicativo de namoro, sem justificativa ou causa aparente.

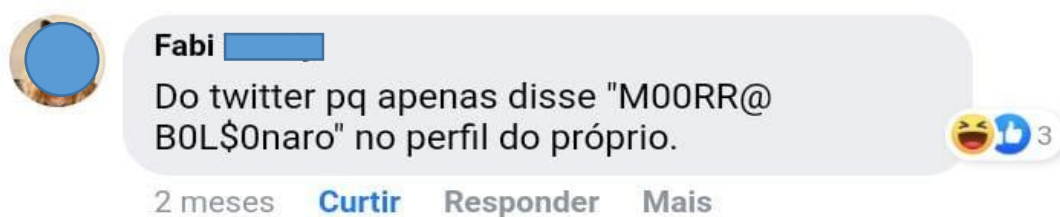


Figura 13 – Usuária do Facebook relatando banimento do Twitter por fala possivelmente jocosa e desconsiderada do contexto.



Figura 14 – Usuária do Facebook relatando banimento de aplicativo de relacionamento, sem causa aparente ou maiores explicações.



Figura 15 – Usuárias do Facebook em diálogo sobre o banimento do irmão de uma delas, sem justificativas ou causa aparente; acompanhada, inclusive, de cobrança.



Figura 16 – Usuária do Facebook relatando banimento da Uber, sem justificativa ou causa aparente.



Brenda

Sim da Cornershoper. Como me arrependo!!
Fui desonesta com eles e mereci o ban mas
mandei email assumindo que fui msm ridícula
e pedi perdão 🙏🙏

Não sou fã de empresa rica não, quissifodan
mas isso me fez mto mal pq eu não sou assim
véi ._.

O que aconteceu foi que: eu tinha uma conta lá
e comprava no Atacadão sempre. E AMAVA,
foi bem na pandemia e tipo tava mto bom pq
eu tava em casa já então não precisava sair
nem pra mercado. Aí ok, só que a taxa de
entrega é de 20 reais. E eu b*rra sem noção
achava caro então fiz mais duas contas pq no
primeiro pedido a entrega é gratuita. Inclusive
coloquei nomes diferentes e quando
entregador veio eu fiquei até "ué quem é essa
garota? Ata é minha personalidade desonesta
🙄" aí ok, não sei como mas descobriram e me
baniram 😭😭😭😭😭😭

Eu juro por tudo q é mais sagrado q me senti
tão ridícula, tão desonesta e ruim que chorei
pra caramba e só ficava pensando "como pude
me sujar por 20 reais?"

Tem pouco mais de 1 ano isso e hoje já
superei pq é algo q eu fiz a primeira vez e com
ctz a última. Sinta falta de comprar lá visto q o
Atacadão é longe de casa mas nem me atrevo
a pedir mais uma chance pq eu mereci 🤡

Ah e já tomei vários blocks do tio Zuck, já fui
ban de páginas e grupos mas esses eu tô é
nem aí

E o melhor: toda familia me bloqueou ❤️🥰



2 meses

[Curtir](#)

[Responder](#)

[Mais](#)

Figura 17 – Comentário de usuária do Facebook relatando o banimento de aplicativo de supermercado; o qual, embora devidamente justificado, revela de forma bastante clara o mal dos banimentos permanentes: o eterno confrontar do usuário com seu erro cometido no passado.

Da análise dos elementos colhidos em pesquisa de campo, percebe-se a recorrência do Tinder como um aplicativo que realiza banimentos sem justificativa prévia, sem explicações e sem causa aparente (Figuras 3, 6, 8, 10, 14 e 15).

Além do Tinder, há relato de banimento sem justificativa ou causa aparente também na Uber (Figura 16)

Por sua vez, os banimentos do Twitter são, em sua maioria, em decorrência do que se expressa nas redes sociais (Figuras 4, 5 e 13).

Registre-se, por fim, a relevância do último depoimento (Figura 17), que trata de um banimento com uma justificativa clara. Embora a explicação seja bastante plausível, o depoimento da usuária revela com bastante nitidez o mal de punições perpétuas: o eterno confrontar da pessoa com seu erro do passado, causando-lhe uma angústia perene.

3 BANIMENTOS PERMANENTES: UMA OFENSA AO ART. 5º, INCISO XLVII, “b” DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL?

Preceitua o art. 5º, inciso XLVII, alínea “b”, da Constituição Federal de 1988 que “não haverá penas de caráter perpétuo”. Para compreender a aplicação do referido dispositivo às sanções privadas de banimento, precisamos: 1) compreender o sentido tradicional do que sejam “penas de caráter perpétuo”; 2) identificar, no direito comparado, o tratamento que vem sendo dado aos banimentos de usuários 3) sendo a interpretação tradicional incompatível com a aplicação do art. 5º, inciso XLVII, alínea “b” da CF às relações entre particulares, investigar a possibilidade de mutação constitucional, com vistas à evolução do direito constitucional brasileiro.

3.1 A INTERPRETAÇÃO TRADICIONAL DO ART. 5º, INCISO XLVII, ALÍNEA “d”, DA CF/88

Inegavelmente, ao inserir na Constituição de 1988 o dispositivo ora em comento, a constituinte estava preocupada com evitar que penas perpétuas fossem cominadas aos crimes tipificados pelo legislador ordinário.

Comentando a Constituição Federal, Guilherme de Souza Nucci faz um breve apanhado histórico do regramento dado pelas Constituições brasileiras – desde a época do Império – às sanções penais. Vejamos:

[...] verifica-se na Constituição de 1824, [...] no art. 179: “[...] XIX. Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis. [...]”. Na sequência, a Constituição de 1891 expressa, no art. 72, o seguinte: “[...] § 20. Fica abolida a pena de galés e a de banimento judicial. § 21. Fica igualmente abolida a pena de morte, reservadas as disposições da legislação militar em tempo de guerra”. Refere-se ao princípio [da humanidade] a Constituição de 1934: “Art. 113. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] 29) Não haverá pena de banimento, morte, confisco ou de caráter perpétuo, ressalvadas, quanto à pena de morte, as disposições da legislação militar, em tempo de guerra com país estrangeiro.” O mesmo se dá na Constituição de 1937: “Art. 122. A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no país o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: 13) Não haverá penas corpóreas perpétuas.”³

³MORAES, Alexandre de; NUCCI, Guilherme de Souza Et al. **Constituição Federal Comentada**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2018. p. 205.

Seguindo na linha do tempo, tratando dos limites constitucionais às sanções penais, o autor conclui que “a *atual Constituição tratou do assunto no art. 5º, inciso XLVII, nos seguintes termos: “não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis”*.”⁴

Não se pode olvidar, no entanto, que, à época, a discussão acerca de pessoas banidas permanentemente de aplicativos era impossível, visto que esse cenário somente começou a se desenhar a partir dos anos 2000.

Além disso, o fato de que o Direito Fundamental em comento esteve atrelado, nos últimos três séculos, às sanções penais aplicadas pelo Estado não impede o aprofundamento da discussão sobre eventual ampliação de sua esfera de incidência, conforme se demonstrará a seguir.

Nas palavras de Mazzuoli, “*Os direitos humanos são históricos, isto é, são direitos que se vão construindo com o decorrer do tempo*.”⁵. Isso quer dizer que se, de um lado, os direitos humanos não surgiram hoje; do outro, continuam a ser construídos ainda na atualidade, dia após dia.

Passemos a analisar, portanto, a ADI 2975, famoso julgado do STF no qual se amplia o sentido da alínea “b”, do art. 5º, inciso XLVII, da CF/88 para atingir também as sanções de caráter administrativo.

3.2 ADI 2975

A ADI 2975, proposta pela Procuradoria Geral da República, versa sobre a (in)constitucionalidade do art. 137, parágrafo único, da lei 8.112/1990, segundo o qual não poderá retornar ao serviço público federal o servidor demitido ou destituído de cargo em comissão por infringência do art. 132, incisos I, IV, VIII, X e XI da referida lei. Vejamos:

Art. 137. A demissão ou a destituição de cargo em comissão, por infringência do art. 117, incisos IX e XI, incompatibiliza o ex-servidor para nova investidura em cargo público federal pelo prazo de 5 (cinco) anos.

⁴ Ibid.

⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2022. p. 31.

Parágrafo único. Não poderá retornar ao serviço público federal o servidor que for demitido ou destituído do cargo em comissão por infringência do art. 132, incisos I, IV, VIII, X e XI

Os incisos que gerariam a incompatibilidade permanente com o serviço público diziam respeito a, respectivamente, crimes contra a administração pública, improbidade administrativa, aplicação irregular de dinheiro público, lesão aos cofres públicos, dilapidação do patrimônio nacional e corrupção.

Defendendo a constitucionalidade do dispositivo questionado, a Advocacia Geral da União (AGU) argumentou que a vedação às penas de caráter perpétuo não se aplica às penalidades de caráter administrativo, mas tão somente às sanções penais, fazendo uma leitura conservadora da Constituição. Vejamos:

A controvérsia instalada refere-se a dois pontos específicos: primeiramente, ao alcance da regra contida no artigo 5º, XLVII, “b”, da Constituição Federal, e, segundo, à natureza da vedação do retorno ao serviço público federal, estabelecida pelo parágrafo único do artigo 137 da Lei Federal 8.112/90.

1. Do alcance da regra contida no artigo 5º, XLVII, “b”, da Carta da República.

Inicialmente, deve-se fazer alusão às considerações acerca da inteligência do artigo 5º, XLVII, “b”, da Constituição da República. Em seguida, impende destacar que a Constituição consiste num conjunto de normas sistematicamente dispostas, o que significa que há uma relação de coerência entre as mesmas. Dessa forma, a interpretação de cada norma constitucional deve considerar as demais, a fim de extrair um sentido que seja adequado à manutenção da harmonia do conjunto, consagrando o princípio da unidade da constituição.

O artigo 5º, XLVII, “b”, da Constituição Federal, veda a adoção de penas de caráter perpétuo. Entretanto, pode-se observar, a partir da dicção do texto constitucional, que o inciso antecedente determina que a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as elencadas no mesmo dispositivo. Ora, se o princípio da individualização da pena diz respeito à pena imposta pelo Estado-Juiz ao réu condenado, revela-se descabida a extensão de tal princípio ao âmbito administrativo disciplinar.

Posto isso, chega-se à conclusão que o Poder Constituinte originário, quando estabeleceu a vedação de pena de caráter perpétuo, estava fazendo referência às penalidades de natureza penal, até porque, no mesmo inciso, inclui a vedação às: penas de morte, de trabalhos forçados, de banimento e as cruéis. É lógico que as restrições impostas pela disposição constitucional referida não dizem respeito às sanções de natureza administrativa, uma vez que nunca poderão adotar a natureza de quaisquer daquelas mencionadas. [...]

Portanto, conclui-se que, malgrado a interpretação das normas que contêm direitos fundamentais deve ser no sentido de atribuir máxima efetividade ou eficiência, não se pode romper com a unidade da Constituição e aplicar uma exegese demasiadamente ampliada. Dessa forma, torna-se manifesto que o dispositivo constitucional que trata da vedação de pena perpétua não se aplica às penalidades administrativas.

Por outro lado, opinando pela procedência da ADI, a Procuradoria Geral da República (PGR) sustentou que os efeitos permanentes da sanção imposta violam o art. 5º, inciso XLVII, alínea “b”, da Constituição Federal. Fazendo uma interpretação mais extensiva do texto constitucional, a PGR defendeu que toda penalidade deve ser temporária. Vejamos:

Neste contexto, pode-se inferir que os efeitos permanentes das penalidades impostas pela norma jurídica atacada ao servidor público faltoso vulneram o disposto na alínea “b” do inciso XLVII do artigo 5.º da Constituição Federal, posto que perpetuam indevidamente os efeitos da condenação imposta pela administração. Em consonância com o preceito constitucional supracitado, toda a penalidade há de ser temporária, limitada e definida, conforme dispuser a lei, não se admitindo, por imposição constitucional, pena de caráter perpétuo.

Solucionando o impasse, o relator, Ministro Gilmar Mendes, apontou que, por existir vínculo entre as sanções penais e administrativas, visto que ambas decorrem do poder sancionatório estatal, essas devem se submeter às limitações do artigo 5º, inciso XLVII, “b”, da Constituição Federal.

O ministro faz, no entanto, a ressalva que não há como transpor todos os princípios e garantias do direito penal, sem as devidas adaptações, para a seara administrativa; posto que, por sua própria natureza, as sanções penais demandam um procedimento mais rígido. Vejamos:

É importante destacar que a norma constitucional encontra-se estabelecida enquanto garantia à aplicação de sanções penais. Não obstante, a doutrina destaca a extensão dessa e das demais garantias da pena às sanções administrativas, reconhecendo o vínculo entre essas duas esferas do poder sancionatório estatal. [...]

É certo que essa transposição dos princípios e garantias penais para o direito administrativo sancionador exige adaptações, já que a extensão à seara administrativa de todo o rigoroso regime de procedimento e punição que envolve a restrição à liberdade de locomoção não se demonstra factível e tampouco exigível. [...]

Trata-se claramente de punição, retribuição pela prática de fatos considerados graves no exercício de cargos em comissão, razão pela qual essa sanção deve submeter-se à norma do art. 5º, XLVII, “b”, da CF/88.

Portanto, não resta dúvida de que o dispositivo atacado é inconstitucional por violação à proibição de imposição de sanção perpétua.

Por fim, Gilmar Mendes fundamenta que – mesmo que não se admitisse a aplicação do artigo 5º, inciso XLVII, “b”, da CF/88 ao caso – o art. 137, parágrafo único,

da lei 8.112/1990 ainda seria inconstitucional, por violar o princípio constitucional da proporcionalidade. Vejamos:

Não obstante, mesmo que se entenda pela não aplicação da norma constitucional do art. 5º, XLVII, “b”, da CF/88 – o que se admite apenas a título argumentativo – a conclusão a que se chegaria é a mesma, tendo em vista a violação ao princípio da proporcionalidade.

Percebe-se, portanto, que houve um certo avanço, em termos de Direitos Fundamentais quando, na ADI 2975, ampliou-se a aplicação do art. 5º, XLVII, “b”, da CF/88 para além das sanções penais.

Esse avanço, todavia, mostra-se ainda tímido, considerando que teve por *ratio decidendi* o vínculo entre o Direito Administrativo Sancionador e o Direito Penal. Ou seja, conforme a interpretação atual, ainda que se tenha ampliado o sentido tradicional da norma, a sanção deve partir do poder sancionatório estatal para que se aplique o inciso em comento.

3.3 O DIREITO COMPARADO E O TRATAMENTO DADO AOS BANIMENTOS DOS USUÁRIOS DAS PLATAFORMAS

Como se viu no capítulo anterior, a interpretação que tanto a doutrina quanto a jurisprudência nacional fazem é a de que, para fins de proteção constitucional (art. 5º, inciso XLVII, alínea “b”, da CF), somente se considera pena aquela aplicada pelo Estado.

Embora o argumento tenha certa carga histórica, imaginar que só o Estado tem a capacidade de aplicar penas é, permissa vênua, esquecer a própria história – basta que se lembre da época das vinganças privadas.

Em tal era, os próprios membros da comunidade eram os responsáveis por aplicar penas àqueles que agiam em desconformidade com as regras sociais, numa espécie de reação mecânica⁶ ao comportamento desviante. Isso tudo, frise-se, dentro de relações horizontais.

Antes de adentrarmos na doutrina e na jurisprudência internacional, vejamos o que diz Felipe Machado Caldeira – professor de Direito Penal da UERJ – acerca da vingança privada:

⁶ DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

O ser humano sempre viveu agrupado, em virtude de seu nítido impulso associativo, e lastreou, no seu semelhante, suas necessidades, anseios, conquistas, enfim, sua satisfação. E desde os primórdios, o ser humano violou as regras de convivência, ferindo os semelhantes e a própria comunidade onde vivia, tornando inexorável a aplicação um castigo (sanção). No início, a punição era uma reação coletiva contra as ações antissociais. Inicia-se, portanto, o período da reação social.

O Direito Penal, neste período, era a tradução, no domínio das leis positivas, das necessidades de defesa social; ou melhor, é o próprio instrumento de defesa social adaptado às exigências da ideia de justiça. Reflete nada mais do que a reação da sociedade proclamada pela perda da paz, cujas consequências, tal conforme observa Nilo Batista, consiste até na expulsão do agressor da tribo, do clã etc; ou seja, do corpo social. [grifo nosso]⁷

Ora, o que é o banimento permanente senão a reação não-estatal de expulsar, em caráter definitivo, um membro de determinada comunidade em decorrência de violação a “regras de convivência”?

É preciso ter a sensibilidade para perceber que os banimentos assumem sim as feições de uma punição, com graves repercussões numa série de outros direitos fundamentais, como a liberdade de expressão e o exercício de um ofício. Banir permanentemente um usuário do Twitter é, para os dias de hoje, o mesmo que proibir um grego (da antiguidade clássica) de frequentar a Ágora.

Nas palavras do Prof. Dr. Edoardo Celeste, que ministra a disciplina *Law, Technology and Innovation* na Universidade de Dublin, “*Impedir usuários de acessar redes sociais específicas ou parte delas significa restringir as possibilidades dos usuários exercerem plenamente seus direitos fundamentais. A exclusão das redes sociais é uma forma de punição digital que, embora virtual, afeta concretamente as liberdades individuais.*”⁸ (tradução nossa)⁹.

Percebe-se, portanto, que há um movimento surgindo no exterior no sentido de conferir proteção constitucional aos usuários de redes sociais contra as punições digitais que lhes são impostas pelos aplicativos.

⁷ CALDEIRA, Felipe Machado. **Evolução Histórica, Filosófica e Teórica da Pena.** Revista da EMERJ, v. 12, nº 45, 2009.

⁸ CELESTE, Edoardo. **Digital Punishment: social media exclusion and the constitutionalising role of national courts.** Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/epub/10.1080/13600869.2021.1885106?needAccess=true>

⁹ “Preventing users from accessing specific social media websites or parts of them means restricting their possibility to fully exercise their fundamental rights. Social media exclusion is a form of digital punishment, which, although virtual, concretely affects individual freedoms”.

Igualmente tratando os banimentos como sanção, o “Tribunal Superior Regional de Dresden” (*Oberlandesgericht Dresden*), na Alemanha, decidiu da seguinte forma¹⁰: *“as sanções das plataformas, incluindo o banimento de usuários, devem ser proporcionais e, em particular, levando em consideração a gravidade da ofensa, bem como a conduta pretérita do indivíduo”*¹¹

Fica bastante evidente, portanto, que à luz do direito comparado, os banimentos estão passando a serem vistos como sanções digitais, merecedoras de limitação constitucional. Por razões óbvias, os limites constitucionais irão variar de acordo com o país.

Nesse cenário, surge uma questão: se há um movimento para reconhecer como penas as sanções digitais, inclusive garantindo proteção constitucional aos usuários; seria, então, o caso de, no Brasil, ocorrer uma mutação constitucional, ampliando a interpretação tradicional do art. 5º, inciso XLVII, alínea “b”, da CF? É o que veremos no tópico a seguir.

3.4 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: UMA ALTERNATIVA VIÁVEL?

Compreende-se por mutação constitucional a mudança da norma sem que se altere o texto constitucional. Isso se dá por meio de uma mudança de interpretação do órgão julgador.

A respeito das mutações constitucionais, leciona Lêdo Peixoto:

Não obstante as Constituições sejam feitas para perdurarem no tempo, a sociedade, inevitavelmente, muda; novos padrões culturais surgem (ex.: divórcio, autonomia das mulheres, relações homoafetivas), especialmente, a partir do Estado de Bem-Estar Social); as inovações tecnológicas (máquina a vapor, energia elétrica, telefone, automóvel, avião, internet, clonagem, celulares) criam novas relações sociais, de modo que o texto constitucional também precisa ser modificado.¹² [destaque nosso]

¹⁰ OLG Dresden, 08.08.2018 – 4 W 577/18/2018, *Apud*. CELESTE, Edoardo. 2021

¹¹ [...] *the German case law held that platforms’ ‘sanctions’, including banning the users, should be proportionate, and, in particular should take into account the ‘seriousness of the offence and the past conduct of the person’*

¹² PEIXOTO, Paulo Henrique Lêdo. **A Mutação Constitucional e o Supremo Tribunal Federal: Interpretação e Aplicação das Normas Constitucionais**. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. p. 22.

Como se vê, estamos diante de um cenário que, marcado pela inovação tecnológica, cria um contexto social bastante diferente daquele que existia quando da construção do sentido tradicional do art. 5º, inciso XLVII, alínea “b”, da CF/88.

Perceba que, à época, não se podia imaginar que empresas de tecnologia surgiriam e se tornariam tão grandes a ponto de estipular regras próprias e aplicar sanções privadas a seus usuários como forma de reprimenda pelo descumprimento às referidas regras. Frise-se, em 1988 sequer havia Facebook.

Além de mudanças na sociedade que justifiquem uma mutação constitucional, Ana Paula Ávila e Roger Raupp Rio, inspirados nas lições de Luís Roberto Barroso, trazem outros dois limites para que a mutação constitucional seja dotada de legitimidade. Vejamos:

Barroso também adverte que a mutação, para ser legítima, deve respeitar outros dois limites: (a) a necessária conservação dos princípios estruturais da Constituição, à medida que somente são viáveis as mudanças interpretativas que preservem os princípios fundamentais que identificam um determinado Estado e (b) a mutação deve ter lastro democrático, no sentido de corresponder a uma demanda social efetiva por parte da sociedade.¹³

Quanto ao primeiro limite, acredita este autor que eventual mutação constitucional não subverteria os princípios estruturais da constituição. Ao contrário, pôr um limite temporal às sanções, ainda que privadas, aplicadas por aqueles que se encontram em posições de poder (em relação ao sancionado), representa a concretização dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade e da proporcionalidade.

Conforme lição de Ingo Wolfgang Sarlet, *“onde não houver limitação do poder, [...] não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças.”*¹⁴

Ora, é evidente que se não houver qualquer limitação ao poder sancionador privado dos aplicativos, e se os usuários forem colocados na mera situação de objeto, como destinatários inanimados da sanção, ali esses estarão sujeitos a arbítrios e injustiças, situação que viola, portanto, a dignidade da pessoa humana.

¹³ ÁVILA, Ana Paula Oliveira; RIOS, Roger Raupp. **Mutação constitucional e proibição de discriminação por motivo de sexo**. Revista Direito e Práxis, vol. 7, núm. 13, 2016, pp. 21-47.

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 66.

Por sua vez, quanto ao lastro democrático da mutação, a pesquisa feita junto a usuários de redes sociais no início deste trabalho indica, por si, o mal-estar que os banimentos permanentes causam. Lamúrias como “só queria minha conta de volta”, que cada vez mais passam a se repetir refletem a importância social de que se coloque um limite às sanções privadas por violações de diretrizes.

Não é porque o Estado esteve, nos últimos séculos, assumindo o monopólio do *ius puniendi* que devemos ignorar o fato de que, no plano fático, é possível que indivíduos sancionem uns aos outros.

Os pressupostos das sanções são basicamente dois: I) a violação a uma norma, seja ela uma convenção social ou uma regra imposta pelo(s) agente(s) sancionador(es); e II) a superioridade do sancionador em relação ao sancionado.

Na época da vingança privada, essa superioridade se dava ou pela “lei do mais forte”, impondo sua vontade ou aquele que detinha a força física, ou aqueles que estavam em superioridade numérica (a reação do coletivo ao indivíduo desviante, na chamada reação mecânica, como visto anteriormente, em termos *Durkheimianos*).

É fácil perceber, diante disso, que o que se vê é um retorno histórico em espiral às origens da punição. São os particulares, diante da presença ainda precária do Estado no meio virtual, reassumindo as funções de estabelecer regras e punir. Não é prudente, dessa forma, fechar os olhos, fingindo que só o Estado tem um poder sancionador, negando direitos fundamentais aos indivíduos que passaram a ser alvo do poder sancionatório privado.

Diante disso, a mutação constitucional para que se considere pena não apenas as sanções decorrentes do poder sancionatório estatal, mas também aquelas que surgem no seio das relações privadas é, além de viável, uma necessidade da sociedade contemporânea.

4 A EFICÁCIA TRANSVERSAL DO DIREITO A NÃO SOFRER PENA DE CARÁTER PERPÉTUO

Admitindo-se a mutação constitucional nos termos do capítulo anterior, passando a serem consideradas “penas” – para efeitos do art. 5º, XLVII, alínea “b”, da CF – também aquelas decorrentes do poder sancionatório privado, importante se torna a discussão acerca de como tal direito incidiria no âmbito das relações privadas.

Tal incidência se daria por meio do que a doutrina chama de “eficácia diagonal/transversal dos direitos fundamentais”, compreendida como a aplicação de direitos fundamentais no âmbito das relações privadas quando, entre os particulares, há uma relação de hipossuficiência de uma parte em relação a outra (relações trabalhistas e consumeristas).

A eficácia diagonal contrapõe-se à eficácia vertical (relações Estado-indivíduo) e à eficácia horizontal propriamente dita (relações indivíduo-indivíduo em paridade).

No presente capítulo, serão abordadas as teorias acerca da eficácia dos direitos no âmbito das relações privadas (teoria da negação, teoria da eficácia mediata e teoria da eficácia imediata); analisaremos qual teoria parece ter sido adotada no Brasil e, em seguida, serão apresentados fundamentos para que se confira eficácia transversal ao direito de não sofrer uma pena de caráter perpétuo, à luz daquela que parece ter sido a teoria adotada pelo ordenamento jurídico pátrio.

4.1 O SURGIMENTO DAS TEORIAS DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES PRIVADAS

Conforme lições de Zulmar Fachin e Karina Benhossi, o ponto de partida para a discussão acerca da eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas foi a Alemanha, *“logo após o advento da Lei Fundamental de Bonn, promulgada em 1949, surgindo antes do emblemático leading case “Lüth” que refletiu uma discussão política com intuito de proteger interesses de classes e grupos sociais desfavorecidos diante do poder de particulares.”*¹⁵

¹⁵FACHIN, Zulmar; BENHOSSI, Karina Pereira. **A importância da eficácia horizontal como garantia da preservação dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana.** Encontro Nacional do CONPEDI, 21. 2012, Niterói, RJ: UFF, 2012, p. 378-404.

No mesmo sentido, Luís Roberto Barroso:

Há razoável consenso de que o marco inicial do processo de constitucionalização do Direito foi estabelecido na Alemanha. Ali, sob o regime da Lei Fundamental de 1949 e consagrando desenvolvimentos doutrinários que já vinham de mais longe, o Tribunal Constitucional Federal assentou que os direitos fundamentais, além de sua dimensão subjetiva de proteção de situações individuais, desempenham uma outra função: a de instituir uma ordem objetiva de valores. O sistema jurídico deve proteger determinados direitos e valores, não apenas pelo eventual proveito que possam trazer a uma ou a algumas pessoas, mas pelo interesse geral da sociedade na sua satisfação. Tais normas constitucionais condicionam a interpretação de todos os ramos do Direito, público ou privado, e vinculam os Poderes estatais. O primeiro grande precedente na matéria foi o caso Lüth, julgado em 15 de janeiro de 1958.¹⁶

O leading case se deu no contexto do pós-guerra, quando Erich Lüth promoveu um boicote à exibição do filme “Amada Imortal” (Unsterbliche Geliebte), do cineasta Veit Harlan, quando esse tentava se reinserir no cenário artístico alemão. O motivo do boicote foi a ligação próxima que Harlan possuiu com o alto escalão do governo nazista durante o Terceiro Reich.

Nas palavras de Karina Nunes Fritz, *“a par desse histórico de vida, Lüth, ao saber que o filme de Harlan seria exibido durante o festival de cinema, em um pronunciamento, exortou os cinemas e teatros a não exibir o filme e o público a não assisti-lo.”*¹⁷

Diante da campanha que Lüth estava promovendo para que o filme de Harlan não fosse reproduzido na semana do festival de cinema, a produtora Domnick e a distribuidora Herzog, sentindo-se prejudicadas, *“ajuizaram ação na corte estadual de Hamburgo (Landgericht Hamburg), pedindo liminar contra Lüth, para que lhe fosse vedado prosseguir no boicote.”*¹⁸

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. Revista de Direito Administrativo 240:1, 2005.

¹⁷ FRTIZ, Karina Nunes. **Decisões históricas: o caso Lüth e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais**. Migalhas, 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/german-report/313983/decisoes-historicas--o-caso-luth-e-a-eficacia-horizontal-dos-direitos-fundamentais>. Acesso em: 18 de maio de 2022.

¹⁸ CARLOS, Mario Sérgio da Costa. **Direitos fundamentais nas relações privadas: o leading case (Lüth-Urteil) e sua recepção na doutrina e na jurisprudência brasileiras**. Brasília: Conteúdo Jurídico. 2016. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/47148/direitos-fundamentais-nas-relacoes-privadas-o-leading-case-luth-urteil-e-sua-recepcao-na-doutrina-e-na-jurisprudencia-brasileiras>

O pedido das firmas foi deferido, tendo Lüth apelado, sem sucesso, ao Tribunal Regional Superior (*Oberlandesgericht*), que manteve a determinação para que ele deixasse de prosseguir com o boicote.

Crendo ter sido injustiçado, Erich Lüth acionou, dessa vez, o Tribunal Constitucional Federal Alemão (*Bundesverfassungsgericht*), invocando, contra os particulares (Harlan, a produtora e a distribuidora), seu direito constitucional à liberdade de expressão.

Em análise sobre a decisão do Tribunal Constitucional Alemão, Mário Sérgio Carlos aponta que:

Antes de adentrar no mérito da controvérsia, a corte constitucional expressamente faz menção às divergências em torno da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais: de um lado, uma das posições mais extremadas sustentava que os direitos fundamentais teriam aplicação restrita contra o Estado (*“die Grundrechte ausschließlich gegen den Staat gerichtet seien”*); outra das posições extremadas defendia que os direitos fundamentais também poderiam valer nas relações privadas (*“auch im Privatrechtsverkehr gegen jedermann gälten”*).¹⁹

Diante das duas posições (ou não se aplica entre particulares, ou aplica-se de forma imediata), o Tribunal Constitucional deu uma resposta com fundamento numa teoria intermediária, segundo a qual aplicam-se os direitos fundamentais nas relações entre particulares apenas de forma mediata, por meio das cláusulas gerais constantes da codificação privada. Vejamos a ementa do julgamento, em tradução livre feita pelo mesmo autor (Mário Carlos):

1. Os direitos fundamentais são, em primeira linha, direitos de defesa dos cidadãos contra o Estado; nos preceitos dos direitos fundamentais da Lei Fundamental toma corpo também uma ordem objetiva de valores, que vale como decisão fundamental constitucional para todos os campos do Direito;

2. No Direito Civil desenvolve-se o conteúdo jurídico dos direitos fundamentais mediatamente por intermédio dos preceitos de direito privado. Ele alcança principalmente previsões normativas de caráter obrigatório e é especialmente realizável pelo juiz através das cláusulas gerais.

3. O juiz civilista pode violar direitos fundamentais pelo seu julgado, quando ele ignora a atuação dos direitos fundamentais sobre o Direito Civil. O Tribunal Federal Constitucional Alemão analisa em julgamentos civis tais violações de direitos fundamentais, e não erros de julgamento em geral.

4. Preceitos de Direito Civil também podem ser considerados “leis gerais” no sentido do parágrafo 2º do artigo 5º da Lei Fundamental e dessa forma restringir o direito fundamental à liberdade de expressão.[grifo nosso]

¹⁹ CARLOS, Mario Sérgio da Costa. Op. Cit.

5. “As “leis gerais” devem ser interpretadas na perspectiva do significado especial do direito fundamental à liberdade de expressão para o Estado Democrático de liberdade.

6. O direito fundamental do artigo 5º da Lei Fundamental não protege apenas a exteriorização da opinião como tal, senão também a atuação anímica que ocorre pela manifestação da opinião.

7. A manifestação de opinião que contém convite para o boicote não viola necessariamente os bons costumes, na forma do parágrafo 826 do Código Civil; ela pode ser justificada pela liberdade de expressão por força do sopesar das circunstâncias do caso.²⁰

A solução dada pelo Tribunal Constitucional foi a de que a exortação pública ao boicote, da forma como feita, e pelos motivos perseguidos, não violavam os bons costumes (cláusula geral do Código Civil alemão), razão pela qual era legítima a liberdade de expressão de Erich Lüth.

Vejamos agora, com mais detalhes, cada uma das três teorias (teoria da negação, teoria da eficácia mediata e teoria da eficácia mediata), qual a teoria parece se sobressair no nosso ordenamento e a forma como isso influenciaria nos fundamentos para a incidência do direito fundamental a não sofrer pena de caráter perpétuo no âmbito das relações entre particulares.

4.1.1 Teoria da Negação

A Teoria da Negação, também chamada de “Doutrina da State Action”, pauta-se na ideia do liberalismo clássico.

Conforme lições de Zulmar Fachin e Karina Benhossi:

[...] para esta corrente doutrinária, os direitos fundamentais surgiram nas declarações universais como forma de proteger o indivíduo do Estado, logo, não há que se falar em hierarquia normativa da Constituição em face do direito privado, o que não implica na admissão de uma hierarquia axiológica.”²¹

Como exemplo marcante da aplicação da Teoria da Negação, os autores trazem o caso *Boys Scouts of America v. Dale*. A controvérsia consistiu na expulsão de James Dale do grupo de escoteiros “Boys Scouts of America” sob a alegação de que a associação não admitia membros homossexuais.

²⁰ CARLOS, Mario Sérgio da Costa. Op. Cit.

²¹ FACHIN, Zulmar; BENHOSSI, Karina Pereira. Op. Cit.

A trajetória de James Dale no grupo de escoteiros é bem descrita em artigo publicado pela Cornell Law School²². Vejamos:

James Dale entrou no escotismo em 1978, aos oito anos de idade, juntando-se ao *Monmouth Council's Cub Scout Pack 142*. Dale tornou-se um "Boy Scout" em 1981 e permaneceu escoteiro até completar 18 anos. Segundo todos os relatos, Dale era um escoteiro exemplar. Em 1988, ele alcançou o posto de "Eagle Scout", uma das maiores honras do Escotismo.

Dale se candidatou a membro adulto dos Boy Scouts em 1989. Os escoteiros aprovaram seu pedido para o cargo de chefe de escoteiros assistente da Tropa 73. Na mesma época, Dale saiu de casa para frequentar a Universidade Rutgers. Após chegar a Rutgers, Dale assumiu pela primeira vez, a si e aos outros, que era gay. Ele rapidamente se envolveu com e, eventualmente, tornou-se o co-presidente da *Rutgers University Lesbian/Gay Alliance*. Em 1990, Dale participou de um seminário abordando as necessidades psicológicas e de saúde de adolescentes lésbicas e gays. Um jornal que cobria o evento o entrevistou sobre sua defesa da necessidade de adolescentes homossexuais por modelos gays. No início de julho de 1990, o jornal publicou a entrevista e a fotografia de Dale acima de uma legenda que o identificava como copresidente da Aliança Lésbica/Gay.

Mais tarde naquele mês, Dale recebeu uma carta do Executivo do Conselho de Monmouth, James Kay, revogando sua filiação de adulto membro. Dale escreveu para Kay, solicitando o motivo da decisão do Conselho de Monmouth. Kay respondeu por carta que os escoteiros "proíbem especificamente a adesão de homossexuais".[tradução nossa]²³

Diante de sua expulsão, Dale acionou a justiça americana contra a associação de escoteiros, com fulcro em lei estadual de Nova Jersey que proibia qualquer tipo de discriminação contra homossexuais em locais públicos.

²² CORNELL LAW SCHOOL. **Boy Scouts of America and Monmouth Council, et al., petitioners v. James Dale on writ of certiorari to the Supreme Court of New Jersey**. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supct/html/99-699.ZO.html>. Acesso em: 19 de maio de 2022.

²³ James Dale entered scouting in 1978 at the age of eight by joining Monmouth Council's Cub Scout Pack 142. Dale became a Boy Scout in 1981 and remained a Scout until he turned 18. By all accounts, Dale was an exemplary Scout. In 1988, he achieved the rank of Eagle Scout, one of Scouting's highest honors. Dale applied for adult membership in the Boy Scouts in 1989. The Boy Scouts approved his application for the position of assistant scoutmaster of Troop 73. Around the same time, Dale left home to attend Rutgers University. After arriving at Rutgers, Dale first acknowledged to himself and others that he is gay. He quickly became involved with, and eventually became the copresident of, the Rutgers University Lesbian/Gay Alliance. In 1990, Dale attended a seminar addressing the psychological and health needs of lesbian and gay teenagers. A newspaper covering the event interviewed Dale about his advocacy of homosexual teenagers' need for gay role models. In early July 1990, the newspaper published the interview and Dale's photograph over a caption identifying him as the copresident of the Lesbian/Gay Alliance. Later that month, Dale received a letter from Monmouth Council Executive James Kay revoking his adult membership. Dale wrote to Kay requesting the reason for Monmouth Council's decision. Kay responded by letter that the Boy Scouts "specifically forbid membership to homosexuals."

Prevaleceu, todavia, o entendimento de que o clube de escoteiros não era um lugar público, mas um grupo privado, o qual não poderia ser obrigado a se associar com pessoas que julgam não compartilhar dos mesmos valores; privilegiando, assim, a autonomia privada, deixando de aplicar, na relação entre particulares, o direito fundamental a não sofrer discriminação.

Como é possível perceber, a negação da eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas pode conduzir a graves violações à dignidade da pessoa humana, devendo, por esse motivo, ser rechaçada a doutrina da *State Action*.

4.1.2 Teoria da Eficácia Mediata

Para os defensores da Teoria da Eficácia Mediata, os direitos fundamentais somente incidem no âmbito das relações privadas através de normas de direito privado; não de forma direta, a partir da própria constituição. Nesse sentido, leciona Daniel Sarmento:

Para a teoria da eficácia mediata, os direitos fundamentais não ingressam no cenário privado como direitos subjetivos, que possam ser invocados a partir da Constituição. Segundo Düring, a proteção constitucional da autonomia privada pressupõe a possibilidade de os indivíduos renunciarem a direitos fundamentais no âmbito das relações privadas que mantêm, o que seria inadmissível nas relações travadas com o Poder Público. Por isso, certos atos, contrários aos direitos fundamentais, que seriam inválidos quando praticados pelo Estado, podem ser lícitos no âmbito do Direito Privado. E, por outro lado, certas práticas podem ser vedadas pelo Direito Privado, embora se relacionem ao exercício de um direito fundamental.²⁴

Nas palavras de José Roberto Freire Pimenta e de Juliana Augusta Medeiros de Barros:

*[...] ao Poder Judiciário sobraria o papel de preencher as cláusulas indeterminadas criadas pelo legislador levando em consideração os direitos fundamentais, bem como o de rejeitar, por inconstitucionalidade, a aplicação das normas privadas incompatíveis com tais direitos.*²⁵

²⁴ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 258.

²⁵ PIMENTA, José Roberto Freire; BARROS, Juliana Augusta de. **A eficácia imediata dos direitos fundamentais individuais nas relações privadas e a ponderação de interesses**. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/jose_roberto_freire_pimenta.pdf. Acesso em: 20 de maio de 2022.

Ao que me parece, mesmo que o Código Civil de 2002 tenha adotado um sistema de cláusulas gerais, as quais funcionam como janelas irradiadoras de direitos e valores constitucionais, isso não exclui, a priori, a possibilidade de que os direitos fundamentais incidam também de forma direta.

4.1.3 Teoria da Eficácia Imediata

Nas palavras de Zulmar Fachin e Karina Benhossi:

*[...] quando se fala em aplicabilidade direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, significa que da mesma forma como são aplicados na relação entre Estado e indivíduo, não é necessária nenhuma ação intermediária para que sejam aplicáveis nas relações privadas.*²⁶

Para os defensores dessa teoria, não há necessidade, portanto, de uma lei de direito privado pela qual se aplicam os direitos fundamentais. Nesse sentido, leciona Quadra-Salcedo:

*[...] a obrigação de respeitar os direitos fundamentais dos cidadãos decorre e emana diretamente da Constituição e não apenas de seus regulamentos de desenvolvimento, não sendo, portanto, um mero reflexo do ordenamento jurídico que pode sofrer alterações, modificações e supressões que o legislador decide, mas há um núcleo essencial que se deduz diretamente da Constituição e que se impõe a todos os cidadãos.*²⁷ (tradução nossa)²⁸

Por fim, é importante observar que os adeptos da teoria da eficácia imediata “*não negam a existência de especificidades na incidência dos direitos fundamentais, nem a necessidade de ponderar, em contraposição, a relevância do direito fundamental da autonomia privada dos particulares envolvidos no caso concreto*”²⁹

²⁶ FACHIN, Zulmar; BENHOSSI, Karina Pereira. Op. Cit.

²⁷ QUADRA-SALCEDO, Tomás. **El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares**. Madrid: Civitas, 1981, 70 apud PIMENTA, José Roberto Freire; BARROS, Juliana Augusta de Op. Cit.

²⁸ [...] la obligación de respetar los derechos fundamentales por los ciudadanos surge y emana directamente de la Constitución y no sólo de las normas de desarrollo de ésta, no es por lo tanto un mero reflejo del ordenamiento que puede sufrir las alteraciones, modificaciones e supresiones que el legislador decida, sino que hay un núcleo esencial que se deduce directamente de la Constitución y que se impone a todos los ciudadanos.

²⁹ PIMENTA, José Roberto Freire; BARROS, Juliana Augusta de Op. Cit.

Assim, mesmo que um direito fundamental possa ser aplicado diretamente da Constituição, sem a necessidade de ingressar nas relações privadas por meio das cláusulas gerais, isso não significa dizer que os direitos serão aplicados independentemente de qualquer juízo de ponderação. Na realidade, como se mostrará em capítulo posterior deste trabalho, o juízo de ponderação é necessário sempre que buscamos dar eficácia horizontal ou diagonal a um direito fundamental.

4.2 TEORIA DA EFICÁCIA HORIZONTAL E TRANSVERSAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ADOPTADA PELA DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA NACIONAL

Como anteriormente dito, é consabido que o Código Civil de 2002 adotou um sistema aberto de Cláusulas Gerais, isto é, conceitos indeterminados, intencionalmente vagos, cujo sentido deve vir a ser preenchido pelo julgador.

Nesse sentido, leciona Judith Martin-Costa

Nas cláusulas gerais a formulação da hipótese legal é procedida mediante o emprego de conceitos cujos termos têm significado intencionalmente vago e aberto, os chamados ‘conceitos jurídicos indeterminados’. Por vezes – e aí encontraremos as cláusulas gerais propriamente ditas –, o seu enunciado, ao invés de traçar punctualmente a hipótese e as consequências, é desenhado como uma vaga moldura, permitindo, pela vagueza semântica que caracteriza os seus termos, a incorporação de princípios e máximas de conduta originalmente estrangeiros ao corpus codificado, do que resulta, mediante a atividade de concreção destes princípios, diretrizes e máximas de conduta, a constante formulação de novas normas.³⁰

Para preencher de sentido tais conceitos abertos, o julgador pode se valer, por vezes, de valores constitucionais. As cláusulas gerais são, portanto, janelas irradiadoras dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas. Nesse sentido, já votou o Ministro Gilmar Mendes:

Um meio de irradiação dos direitos fundamentais para as relações privadas seriam as cláusulas gerais (Generalklausel), que serviriam de “porta de entrada” (Einbruchstelle) dos direitos fundamentais no âmbito do Direito Privado.³¹

³⁰ MARTINS-COSTA, Judith. O novo Código Civil brasileiro: em busca da “ética da situação”. In: BRANCO, Gerson Luiz Carlos e MARTINS-COSTA, Judith. Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 118.

³¹ STF, RE 201.819/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 11.10.2005.

Todavia, embora o Código Civil tenha adotado esse sistema aberto de cláusulas gerais, operacionalizando a eficácia mediata dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, isso não exclui a possibilidade de que os direitos fundamentais tenham também sua eficácia direta e imediata. Os direitos fundamentais podem ter, portanto, eficácia mediata ou imediata no seio das relações privadas.

Para Flávio Tartuce, possibilidade de se conferir eficácia horizontal imediata dos direitos fundamentais decorre, inclusive, do próprio texto constitucional. Vejamos:

Essa horizontalização dos direitos fundamentais nada mais é do que o reconhecimento da existência e aplicação dos direitos que protegem a pessoa nas relações entre particulares. Nesse sentido, pode-se dizer que as normas constitucionais que protegem tais direitos têm aplicação imediata (eficácia horizontal imediata). Essa aplicação imediata está justificada pelo teor do art. 5º, §1º, da Constituição Federal de 1988, pelo qual: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”³²

Além de Flávio Tartuce, também Ingo Wolfgang Sarlet aponta que, na doutrina brasileira, vem prevalecendo a tese de que os direitos fundamentais possuem “eficácia direta *prima facie* na esfera das relações privadas”. Vejamos:

[...] de qualquer modo, para além dessas e de outras considerações que aqui poderiam ser tecidas, constata-se que no direito constitucional brasileiro tem prevalecido a tese de que, em princípio, os direitos fundamentais geram uma eficácia direta *prima facie* na esfera das relações privadas, sem se deixar de reconhecer, todavia, que o modo pelo qual se opera a aplicação dos direitos fundamentais às relações jurídicas entre particulares não é uniforme, reclamando soluções diferenciadas.³³

A jurisprudência das cortes superiores, de igual modo, caminha em direção ao reconhecimento da eficácia horizontal imediata dos Direitos Fundamentais no âmbito das relações privadas. Assim expressamente decidiu o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 201.819/RJ. Vejamos:

As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos

³² TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. Vol Único. 9ª ed. São Paulo: Método. 2019, p. 53-54.

³³ SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Direito Constitucional**. 10a ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 168.

fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. [grifo nosso]

É importante relembrar, por fim, que o fato dos Direitos Fundamentais não necessitarem de uma norma infraconstitucional para incidir no âmbito das relações privadas não exclui a necessidade de se realizar um juízo de ponderação.

Isso porque, quando invocados, tais direitos podem eventualmente vir a colidir com outros direitos de igual envergadura, como por exemplo a autonomia privada – algo bastante comum em se tratando de eficácia horizontal/transversal dos direitos fundamentais. Nesse sentido, leciona Ingo Wolfgang Sarlet:

Tal circunstância, por sua vez, não se contrapõe ao fato de que, no âmbito da problemática da vinculação dos particulares, as hipóteses de um conflito entre os direitos fundamentais e entre estes e o princípio da autonomia privada reclamam sempre uma análise calcada nas circunstâncias específicas do caso concreto, devendo ser tratada de forma similar às colisões entre direitos fundamentais de diversos titulares, isto é, buscando-se uma solução norteadas – quando for o caso – pela ponderação, almejando obter um equilíbrio e uma concordância prática, caracterizados, em última análise, pelo não sacrifício completo dos direitos fundamentais em pauta, bem como pela preservação, na medida do possível, do seu conteúdo essencial.³⁴

Admitindo, portanto, que o ordenamento jurídico brasileiro não demanda necessariamente uma norma infraconstitucional para que se reclame o direito fundamental a não sofrer uma pena de caráter perpétuo, passemos a analisar, no caso concreto, o conflito entre o princípio constitucional da autonomia privada e o direito fundamental a não sofrer penas de caráter perpétuo.

4.3 PONDERAÇÃO ENTRE A AUTONOMIA PRIVADA E O DIREITO FUNDAMENTAL A NÃO SOFRER PENAS DE CARÁTER PERPÉTUO

Sempre que estamos diante da colisão entre direitos ou valores de mesma envergadura, buscando definir quando determinado direito fundamental incide ou não numa relação entre particulares, necessária se faz a aplicação da técnica da ponderação. Nesse sentido, lecionam Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco:

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme, Op. Cit.

Definir quando um direito fundamental incide numa relação entre particulares demanda exercício de ponderação entre o peso do mesmo direito fundamental e o princípio da autonomia da vontade. Há de se efetuar essa ponderação à vista de casos concretos, reais ou ideados. Cabe ao legislador, em primeiro lugar, estabelecer em que hipóteses a autonomia da vontade haverá de ceder. Assim, o próprio legislador já pune, e com pena criminal, as decisões tomadas por particulares que importem discriminação racial, não valendo, em casos assim, dizer que, por alguém ser o proprietário de um prédio, possa vir a restringir, odiosamente, a entrada nele a pessoas de certa etnia. Ao Judiciário incumbirá o exame da conformidade da deliberação legislativa com as exigências da proporcionalidade e estabelecer outras ponderações, nos casos não antevistos pela lei.³⁵

A ponderação, por sua vez, pode ser definida como *“uma técnica de decisão própria para casos difíceis (do Inglês, ‘hardcases’), em relação aos quais o raciocínio tradicional da subsunção não é adequado”*.³⁶

No caso sob análise, não há subsunção porque não há uma única norma a ser aplicada, mas o conflito entre a autonomia privada e o direito a não sofrer pena de caráter perpétuo, gerando a chamada antinomia real.

Conforme lições de Daniel Sarmento, o fundamento constitucional da autonomia privada encontra-se *“na cláusula da dignidade da pessoa humana, no direito à liberdade inscrito no caput e no inciso II do art. 5º da Lei Maior e no princípio da livre iniciativa, acolhido no art. 170 do texto fundamental”*³⁷

Essa autonomia, tão cara ao nosso ordenamento jurídico, pode ser compreendida como o poder conferido aos particulares para que esses autorregulem seus próprios interesses. Nesse sentido, Fernanda Cantali:

[...] em uma concepção atual, entende-se a autonomia privada como a faculdade ou poder conferido pelo ordenamento jurídico aos privados para autorregularem seus próprios interesses. Em outras palavras, trata-se do poder conferido às pessoas para livremente conformarem seus interesses, governando a sua esfera jurídica, já que no exercício cotidiano dos direitos, o que é garantido pela tutela positiva reconhecida pela ordem jurídica. No exercício da autonomia o titular do direito disciplina as relações concretas do seu cotidiano, criando, modificando ou extinguindo situações jurídicas. Nesse sentido, estabelece as regras que regulam as situações específicas de sua vida, regras estas que são reconhecidas e validadas pelo ordenamento

³⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 80.

³⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. **Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional**. In: A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luís Roberto Barroso (Org.). 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

³⁷ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 6.

jurídico, desde que não atinjam direitos de terceiros e não configurem um ato ilícito, além de respeitar o conteúdo mínimo da dignidade humana. A autonomia é, portanto, legítima fonte de direito, já que se traduz em um poder normativo.³⁸

Desse modo, é razoável que se considere como autonomia da vontade o autogoverno dos próprios interesses promovido pelos aplicativos, estipulando regras e aplicando sanções (como silenciar, suspender cintas temporariamente, banir permanentemente) aos usuários descumpridores de tais regras.

Se de um lado desse conflito de direitos está a autonomia da vontade (art. 5º, inciso II, c/c art. 170 da CF), do outro está o direito fundamental a não sofrer penas de caráter perpétuo, expressamente previsto na CF de 1988, no art. art. 5º, inciso XLVII, alínea “b”, como exaustivamente visto até o presente momento.

Diante disso desse conflito de direitos de igual envergadura, como ponderar adequadamente para encontrar a norma do caso concreto? Para responder a esse questionamento, assim sugerem Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco:

[...] embora o texto constitucional brasileiro não tenha privilegiado especificamente determinado direito, na fixação das cláusulas pétreas (CF, art. 60, § 4º), não há dúvida de que, também entre nós, os valores vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana assumem peculiar relevo (CF, art. 1º, III).³⁹

Assim, na ponderação a ser feita, devemos buscar encontrar a norma para o caso concreto que represente a máxima aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Sobre a dignidade da pessoa humana, retomo a valiosa lição de Ingo Wolfgang Sarlet, segundo o qual “*onde não houver limitação do poder, [...] não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças.*”⁴⁰

Na ponderação, portanto, é importante que se estabeleçam limites ao poder (manifestado, no caso, pela autonomia privada), de modo que os usuários

³⁸ CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da Personalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 203.

³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. Op. Cit. p. 109.

⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 66.

consumidores de redes sociais e aplicativos não se tornem meros objetos destinatários de arbítrios.

Essa relativização da autonomia da vontade, quando o “autogoverno dos próprios interesses” se esbarra na dignidade da pessoa humana, é admitida, sem muita dificuldade, pela doutrina. Nesse sentido, lecionam Zulmar Fachin e Karina Benhossi:

Torna-se claro que o poder econômico de algumas pessoas aliado à ampla liberdade de pactuar negócios, pode indubitavelmente compelir indivíduos a situações vexatórias, privá-los de direitos mínimos, além de fortalecer ainda mais supostas desigualdades que a sociedade já está farta de presenciar. Portanto, é inegável o fato de que a autonomia privada embora tenha sua força normativa, deve ser relativizada perante outros direitos fundamentais e o princípio da dignidade humana.⁴¹

Ressalte-se ainda que, no caso em análise, há uma relação de hipossuficiência de uma parte em relação à outra (pois trata-se de eficácia diagonal, consumidor-fornecedor), circunstância que autoriza um sacrifício ainda maior da autonomia privada na ponderação de interesses.

Quanto maior for a distância entre as partes, maior pode ser a flexibilização da autonomia daquele que ditou as regras. Nesse sentido, lecionam José Roberto Pimenta e Juliana Barros:

A proteção dispensada à autonomia privada e a incidência das normas jusfundamentais nas relações privadas impõe o equacionamento do caso através de uma ponderação de interesses, na qual um dos fatores que deverá ser necessariamente considerado é a maior ou menor desigualdade entre as partes. Quanto maior o desequilíbrio, mais intensa será a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.⁴²

No caso em análise, a distância entre as *big techs* e os usuários-consumidores é a maior possível. A autonomia da vontade não pode, nessas

⁴¹ FACHIN, Zulmar; BENHOSSI, Karina Pereira. **A importância da eficácia horizontal como garantia da preservação dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana.** Encontro Nacional do CONPEDI, 21. 2012, Niterói, RJ: UFF, 2012, p. 378-404.

⁴² PIMENTA, José Roberto Freire; BARROS, Juliana Augusta de. **A eficácia imediata dos direitos fundamentais individuais nas relações privadas e a ponderação de interesses.** Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/jose_roberto_freire_pimenta.pdf. Acesso em: 20 de maio de 2022.

circunstâncias, receber a mesma proteção que poderia receber num acordo de cavalheiros celebrado em paridade.

Frise-se, todavia, que ainda assim não se buscaria, com a ponderação, aniquilar o cerne da autonomia da vontade. Os aplicativos poderiam continuar a estipular regras e a sancionar usuários, desde que respeitando os limites constitucionais.

Conforme as lições de Gilmar Mendes e Paulo Branco, quando da ponderação entre direitos no âmbito das relações entre particulares, deve se buscar a concretização dos direitos fundamentais sem sacrificar o cerne da autonomia da vontade. Vejamos:

No âmbito das relações entre particulares que se achem em relativa igualdade de condições, o problema se torna mais complexo. Haverá de se proceder a uma ponderação entre os valores envolvidos, com vistas a alcançar uma harmonização entre eles no caso concreto (concordância prática). Há de se buscar não sacrificar completamente um direito fundamental nem o cerne da autonomia da vontade.⁴³

No caso em análise, eventual declaração de inconstitucionalidade dos banimentos permanentes não afetaria a autonomia da vontade em seu cerne, eis que estaria mantida a liberdade de autogovernar-se para aplicar diversas outras penalidades, desde que respeitados os limites constitucionais (vedação a penas de caráter perpétuo). Seria viável, por exemplo, manter suspensões temporárias.

Por fim, é importante que se perceba que, na balança dessa ponderação, não há *apenas autonomia privada vs. vedação a penas de caráter perpétuo*. Na realidade, quando se bane permanentemente o usuário de uma rede social ou de um aplicativo, uma série de outros direitos são afetados.

O usuário que é banido do Twitter vê contra si uma restrição permanente à sua liberdade de expressão no mundo digital, pois tal plataforma se tornou, nos últimos anos, o equivalente a uma praça pública virtual, na qual os usuários de diversas partes do país e do mundo discutem diferentes ideias.

Por sua vez, o motorista que é banido da Uber, o *digital influencer* que perde permanentemente sua conta no TikTok ou o microempresário que faz e-commerce que é afastada em definitivo do Instagram, todos eles vêm contra si também uma grave limitação ao direito de exercer de seus respectivos ofícios.

⁴³ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. Cit. p. 80.

Se na ponderação entre direitos deve se buscar o mínimo sacrifício de um, e o máximo ganho do outro lado, fica evidente que, na situação analisada, o sacrifício em parte da autonomia da vontade representa a garantia de uma série de outros direitos, como já exposto (liberdade de ofício, liberdade de expressão, direito a não sofrer penas de caráter perpétuo etc.).

4.3.1 A Ponderação pelo Poder Legislativo

Além da ponderação feita pelo Poder Judiciário, é possível que também o Legislador preveja possíveis colisões entre direitos fundamentais, realizando, diante disso, a ponderação. Assim, pode ficar estabelecido por lei que, em determinadas circunstâncias, um direito deve prevalecer sobre o outro. Nesse sentido, lecionam Gilmar Mendes e Paulo Branco:

[...] esse juízo de ponderação entre os bens em confronto pode ser feito tanto pelo juiz, para resolver uma lide, quanto pelo legislador, ao determinar que, em dadas condições de fato, um direito há de prevalecer sobre o outro.⁴⁴

Assim, percebendo que empresas de tecnologia, no exercício de sua autonomia privada, acabam por estipular penas de caráter perpétuo a seus usuários – com repercussões, inclusive, em outros direitos fundamentais – o legislador pode, disciplinando a matéria, vedar a desplataformização em caráter permanente.

Em havendo o disciplinamento da matéria, seria oportuno, inclusive, adicionar outras questões, estabelecendo limites claros ao poder sancionatório privado; evidentemente, sem que isso signifique a transposição literal, sem as necessárias adaptações, de todo o sistema de garantias do Direito Penal.

Observando os depoimentos colhidos em pesquisa de campo, vemos que, além da vedação ao banimento permanente, outra regra viria a calhar seria, por exemplo a determinação de que, no ato da sanção, a plataforma indique expressamente a diretriz violada e o momento em que a violação ocorreu, explicitando o comportamento inadequado. Isso porque várias pessoas são banidas permanentemente e sequer sabem o motivo do próprio banimento (figuras 2, 3, 6, 8, 10, 12, 14 e 16).

⁴⁴ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. Cit. p. 80.

Além de não serem avisados previamente sobre o motivo do banimento, muitos usuários relatam que, mesmo buscando contato com a plataforma, não conseguiram esclarecimentos sobre as causas da penalidade, sendo ainda mais difícil reverter a sanção (Figuras 2, 3, 6, 9).

Assim, seria interessante também que ficasse legalmente assegurado ao usuário-consumidor de redes sociais e aplicativos o direito de recorrer administrativamente das sanções que lhe forem impostas, oportunidade em que seria ouvido sobre a violação apontada.

5 BANIMENTOS PERMANENTES E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROPORCIONALIDADE

Ainda que o art. 5º, inciso XLVII, alínea “b” da CF não pudesse, de forma alguma, ser aplicado nas relações privadas, os banimentos permanentes ofenderiam a constituição por violar o princípio constitucional da proporcionalidade.

Linha de raciocínio semelhante seguiu o Min. Gilmar Mendes, relator da ADI 2975, ao proferir seu voto, como anteriormente mostrado. Vejamos:

[...] não obstante, mesmo que se entenda pela não aplicação da norma constitucional do art. 5º, XLVII, “b”, da CF/88 – o que se admite apenas a título argumentativo – a conclusão a que se chegaria é a mesma, tendo em vista a violação ao princípio da proporcionalidade.

Ora, mesmo que não se admita a transposição das limitações constitucionais às sanções penais para as relações entre particulares, a autonomia privada ainda assim deveria observar o princípio constitucional da proporcionalidade.

Importante que se frise que, tal como os direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade também pode ser oposto aos particulares. Nesse sentido, adverte Almiro Couto e Silva: *“as providências adotadas pelos particulares ou pelo Estado com relação aos interesses das demais pessoas ou dos administrados, devem ser adequadas a esses mesmos interesses, proibindo-se medidas excessivas”*⁴⁵. [grifo nosso].

Além de sustentar a aplicação do princípio da proporcionalidade no âmbito das relações entre particulares, o autor trouxe ainda os desdobramentos da referida norma: os subprincípios da necessidade e da adequação, que são brilhantemente explicados por Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco:

A utilização do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso no direito constitucional envolve, como observado, a apreciação da necessidade (Erforderlichkeit) e adequação (Geeignetheit) da providência legislativa

O subprincípio da adequação (Geeignetheit) exige que as medidas interventivas adotadas se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos. A Corte Constitucional examina se o meio é “simplesmente inadequado” (schlechthin ungeeignet), “objetivamente inadequado” (objektiv ungeeignet), “manifestamente inadequado ou desnecessário” (offenbar ungeeignet oder

⁴⁵ SILVA, Almiro do Couto e. apud MARQUES, Andréa Neves Gonzaga. **O princípio da proporcionalidade e seus fundamentos**. Disponível em: <https://investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-constitucional/4350--princípio-da-proporcionalidade>. Acesso em: 26 de maio de 2022.

unnötig), “fundamentalmente inadequado” (grundsätzlich ungeeignet), ou “se com sua utilização o resultado pretendido pode ser estimulado” (ob mit seiner Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann)

O subprincípio da necessidade (Notwendigkeit oder Erforderlichkeit) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos.

Em outros termos, o meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa.⁴⁶

Sobre o binômio necessidade-adequação, a doutrina aponta ainda que há mais relevância em observar a necessidade (isso é, checar se não há outra forma menos gravosa para que se alcancem os objetivos pretendidos) do que a adequação (se, adotando a medida, o objetivo é alcançado).

Isso porque é possível que uma medida drástica se mostre apta (ou seja, adequada) a alcançar o objetivo pretendido, mesmo que excessivamente gravosa (ou seja, desnecessária). Nesse caso, basta a análise do critério da necessidade para que se infira se a medida segue ou não os preceitos da proporcionalidade, sem que seja preciso adentrar no subprincípio da adequação. Nesse sentido, lecionam Gilmar Mendes e Paulo Branco, em atenção aos ensinamentos de Pieroth e Schlink:

Pieroth e Schlink ressaltam que a prova da necessidade tem maior relevância do que o teste da adequação. Positivo o teste da necessidade, não há de ser negativo o teste da adequação. Por outro lado, se o teste quanto à necessidade revelar-se negativo, o resultado positivo do teste de adequação não mais poderá afetar o resultado definitivo ou final. De qualquer forma, um juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação e do possível equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (proporcionalidade em sentido estrito)⁴⁷

No caso em análise, percebe-se que, quanto à necessidade, as empresas de tecnologia acabam por se exceder, pois medidas menos gravosas, como suspensões temporárias, poderiam facilmente ser tomadas para garantir o bom uso dos aplicativos.

Ao suspender em definitivo as contas, os aplicativos assumem que determinado usuário sempre tornará a incorrer no mesmo erro (violação a alguma diretriz), e o privam eternamente do convívio virtual com seus pares na referida plataforma.

⁴⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. Cit. p. 101-102.

⁴⁷ Ibidem.

Ao invés de tomar medida tão drástica, seria possível aplicar sanções temporárias sempre que o usuário violasse as diretrizes, permitindo seu retorno ao fim do período de afastamento.

Essa medida seria igualmente adequada porque os aplicativos ainda exerceriam o controle e afastariam daquele meio virtual quem, naquele momento, estivesse perturbando a ordem.

No caso de Donald Trump, por exemplo, será que para conter as rebeliões no evento do Capitólio era realmente necessário ostracizar o ex-presidente americano permanentemente? Ou uma limitação momentânea já se prestaria de forma suficiente à finalidade de conter a animosidade?

Assim, percebendo a ausência de preenchimento do requisito “necessidade”, a conclusão de que banimentos permanentes ofendem o princípio da proporcionalidade prescinde da análise da “adequação”.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que foi exposto, conclui-se pela incompatibilidade dos banimentos permanentes de usuários de aplicativos com a Constituição Federal de 1988; seja pela violação ao direito fundamental a não sofrer penas de caráter perpétuo, seja pela ofensa ao princípio constitucional da proporcionalidade.

Na primeira hipótese, estaríamos diante do fenômeno da mutação constitucional, passando a dar nova interpretação à alínea “b” do art. 5º, inciso XLVII, da CF; de forma a serem consideradas “penas” não apenas aquelas decorrentes do poder sancionatório estatal, mas também aquelas que decorrem do poder sancionatório privado.

Embora, num primeiro momento, possa parecer estranho admitir que os particulares apliquem penas, basta lembrar da época das vinganças privadas para que se perceba que as recém surgidas punições digitais igualmente merecem atenção, necessitando sofrer limitações constitucionais.

Além disso, como segunda hipótese, ficou demonstrado que, também pelo princípio constitucional da proporcionalidade, os banimentos permanentes não se sustentam. Isso porque banimentos permanentes de redes sociais e aplicativos não atendem ao binômio necessidade-adequação.

Há meios menos gravosos (suspensão temporária da conta, por exemplo) para manter as diretrizes dos aplicativos. Essas sanções mais moderadas seriam adequadas, na justa medida da necessidade e não afetariam de forma tão agressiva a esfera de direitos dos usuários.

Por fim, vislumbrando um conflito de direitos fundamentais (autonomia privada x direito a não sofrer punição de caráter perpétuo), e considerando que também o legislador pode fazer juízo de ponderação, percebeu-se que seria bastante oportuna a edição de normas infraconstitucionais que vedem expressamente os banimentos permanentes no âmbito dos aplicativos.

Além da vedação aos banimentos permanentes, viriam a calhar também a edição de outras regras no mesmo diploma, como o dever de informar, no ato de sancionar, o motivo pelo qual o usuário está sendo penalizado.

A justificativa disso está na pesquisa de campo, onde constatou-se a recorrência do relato “fui banido sem sequer saber o porquê”, o que evidentemente afronta as noções mais básicas do que seja a dignidade da pessoa humana.

Essas conclusões, todavia, não encerram em definitivo a questão objeto do presente trabalho. Em momento posterior, e com mais tempo, pode vir a ser interessante investigar as relações entre o poder sancionatório privado e o poder sancionatório estatal, desde sua gênese. Essa investigação seria importante para adaptar, de forma adequada, o sistema de garantias penais ao novo sistema de garantias contra as punições digitais no âmbito das relações privadas.

REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Ana Paula Oliveira; RIOS, Roger Raupp. **Mutação constitucional e proibição de discriminação por motivo de sexo**. Revista Direito e Práxis, vol. 7, núm. 13, 2016, pp. 21-47.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional**. In: A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luís Roberto Barroso (Org.). 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. Revista de Direito Administrativo 240:1, 2005.
- BBC. **Donald Trump: Social media sites block President after Washington violence**. Disponível em: <https://www.bbc.co.uk/newsround/55572494>. Acesso em: 25/04/2022
- BBC. **Donald Trump: US President permanently banned from Twitter**. Disponível em: <https://www.bbc.co.uk/newsround/55600246>. Acesso em: 25/04/2022.
- CALDEIRA, Felipe Machado. **Evolução Histórica, Filosófica e Teórica da Pena**. Revista da EMERJ, v. 12, nº 45, 2009.
- CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da Personalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 203.
- CARLOS, Mario Sérgio da Costa. **Direitos fundamentais nas relações privadas: o leading case (Lüth-Urteil) e sua recepção na doutrina e na jurisprudência brasileiras**. Brasília: Conteúdo Jurídico. 2016. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/47148/direitos-fundamentais-nas-relacoes-privadas-o-leading-case-luth-urteil-e-sua-recepcao-na-doutrina-e-na-jurisprudencia-brasileiras>. Acesso em: 18 maio 2022.
- CELESTE, Edoardo. **Digital Punishment: social media exclusion ad the constitutionalising role of national courts**. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/epub/10.1080/13600869.2021.1885106?needAccess=true>
- CORNELL LAW SCHOOL. **Boy Scouts of America and Monmouth Council, et al., petitioners v. James Dale on writ of certiorari to the Supreme Court of New Jersey**. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supct/html/99-699.ZO.html>. Acesso em: 19 de maio de 2022.
- DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- FACHIN, Zulmar; BENHOSSI, Karina Pereira. **A importância da eficácia horizontal como garantia da preservação dos direitos fundamentais e da dignidade da**

pessoa humana. Encontro Nacional do CONPEDI, 21. 2012, Niterói, RJ: UFF, 2012, p. 378-404.

FRTIZ, Karina Nunes. **Decisões históricas: o caso Lüth e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.** Migalhas, 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/german-report/313983/deciso-es-historicas--o-caso-luth-e-a-eficacia-horizontal-dos-direitos-fundamentais>. Acesso em: 18 de maio de 2022.

MALTA, Nigel Stewart Neves Patriota. **A ponderação principiológica de Robert Alexy na construção da argumentação das decisões judiciais.** Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistateoriasjustica/article/download/1673/2201>. Acesso em 24 de maio de 2022.

MARTINS-COSTA, Judith. **O novo Código Civil brasileiro: em busca da “ética da situação”.** In: BRANCO, Gerson Luiz Carlos e MARTINS-COSTA, Judith. Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 118.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos.** 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2022. p. 31.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2021. p. 80.

MORAES, Alexandre de; NUCCI, Guilherme de Souza Et al. **Constituição Federal Comentada.** 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2018. p. 205.

PEIXOTO, Paulo Henrique Lêdo. **A Mutação Constitucional e o Supremo Tribunal Federal: Interpretação e Aplicação das Normas Constitucionais.** São Paulo: Editora Saraiva, 2021.

PIMENTA, José Roberto Freire; BARROS, Juliana Augusta de. **A eficácia imediata dos direitos fundamentais individuais nas relações privadas e a ponderação de interesses.** Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/jose_roberto_freire_pimenta.pdf. Acesso em: 20 de maio de 2022.

QUADRA-SALCEDO, Tomás. **El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares.** Madrid: Civitas, 1981, 70 apud PIMENTA, José Roberto Freire; BARROS, Juliana Augusta de Op. Cit.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais.** 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 66.

SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Direito Constitucional.** 10a ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 168.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVA, Almiro do Couto e. apud MARQUES, Andréa Neves Gonzaga. **O princípio da proporcionalidade e seus fundamentos.** Disponível em:

<https://investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-constitucional/4350--principio-da-proporcionalidade>. Acesso em: 26 de maio de 2022.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil. Vol Único**. 9ª ed. São Paulo: Método. 2019, p. 53-54.