

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC-SP

Fernanda Freire dos Santos

**Direito ao esquecimento: as colisões entre liberdades comunicativas e  
direitos fundamentais da personalidade**

Mestrado em Direito

SÃO PAULO

2017

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
PUC-SP

Fernanda Freire dos Santos

**Direito ao esquecimento: as colisões entre liberdades comunicativas e  
direitos fundamentais da personalidade**

Mestrado em Direito

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção de título de Mestre em Direito Constitucional, sob orientação do Professor Doutor Roberto Baptista Dias da Silva.

SÃO PAULO

2017

**Banca Examinadora**

---

---

---

*Para RICARDO ORNELLAS PAIVA, por tudo.*

## AGRADECIMENTOS

Meus agradecimentos vão a todos aqueles que tornaram esta dissertação possível, especialmente:

ao meu orientador, Professor ROBERTO DIAS, pelo seu apoio, críticas e sugestões no desenvolvimento deste trabalho. Além da orientação, suas instigantes aulas no Mestrado foram essenciais para o aprofundamento dos temas trabalhados nesta pesquisa;

aos Professores JORGE RADI JUNIOR e LUIZ GUILHERME ARCARO CONCI, pelas percucientes observações em minha banca de qualificação;

à Professora SONIA MARIA D'ELBOUX, pelos conhecimentos compartilhados nas aulas da pós-graduação em Direito do Entretenimento e da Comunicação na Escola Superior de Advocacia (ESA-OAB/SP), nos idos de 2011;

aos colegas, amigos e Professores da PUC-SP, por fomentarem o debate durante as aulas, intervalos e grupos de discussão, em muito contribuindo com pertinentes ideias que ajudaram a enriquecer minha vida acadêmica.

à CARLA BERTINATO, pela amizade e cuidadosa revisão textual deste trabalho;

aos meus amados pais, JOÃO ROBERTO DOS SANTOS (*in memoriam*) e MARIA FREIRE DOS SANTOS, exemplos de dedicação e persistência, verdadeiros heróis em um sistema marcado pela injustiça e pela desigualdade;

ao meu querido irmão, LEANDRO FREIRE DOS SANTOS, pela amizade, incentivo e carinho;

aos meus felinos, LENNY e GAIA, integrantes da minha família multiespécie, companheiros silentes e constantes na redação deste trabalho.

## RESUMO

SANTOS, Fernanda Freire dos. *Direito ao esquecimento: colisões entre liberdades comunicativas e direitos fundamentais da personalidade*. 2017. 277 f. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

O presente estudo tem por objetivo analisar a existência do denominado “direito ao esquecimento”, caracterizado como uma pretensão de seu titular não ser lembrado em uma informação atual, ou mesmo pretérita (acessada pela Internet), de um fato do passado, publicizado, à época, de forma lícita, em virtude da perturbação causada à vida presente.

Não expressamente positivado no Brasil, o direito ao esquecimento tem se revelado em uma situação de tensão entre as liberdades comunicativas e os direitos fundamentais da personalidade, como a vida privada (aqui não apenas em seu conceito tradicional, mas em uma definição mais dinâmica e relacional, envolvendo o controle de dados e informações pessoais), a imagem e a honra.

Considerando que a ausência de contemporaneidade da informação é apenas uma das circunstâncias fáticas a serem observadas quando do sopesamento entre as liberdades comunicativas e os direitos fundamentais da personalidade, adota-se como modelo para resolução das tensões entre os direitos fundamentais a teoria dos princípios desenvolvida por Robert Alexy.

Com base neste pressuposto teórico, examinamos as liberdades comunicativas e os direitos fundamentais da personalidade no Brasil, para, na sequência, esmiuçarmos o direito ao esquecimento a partir da experiência estrangeira e dos casos brasileiros. Em abordagem à pretensão ao olvido nas mídias tradicionais e no contexto digital, diferenciamos seus principais aspectos e os seus mecanismos de regulação e tutela. Esquadrinhamos o direito à memória e à verdade, o direito à autodeterminação informativa, a manutenção de notícias antigas em arquivos digitais da imprensa e a remoção de *links* dos resultados de pesquisa em motores de busca, a chamada desindexação.

Ao final, analisamos casos concretos submetidos ao Poder Judiciário envolvendo o direito ao esquecimento digital no Brasil e aplicamos a regra da proporcionalidade.

**Palavras-chave:** Direito ao esquecimento – Liberdades comunicativas – Direitos fundamentais da personalidade – Mídias tradicionais e digitais – Internet – Proporcionalidade

## ABSTRACT

SANTOS, Fernanda Freire dos. *Right to be forgotten: collisions between communicative freedoms and fundamental personality rights*. 2017. 277 f. Dissertation (Master's). The Pontifical Catholic University of São Paulo.

The aim of this study is to analyse the existence of the so-called "right to be forgotten", characterised as a desire of an individual regarding a fact from the past, published at the time, in a lawful way, not to be remembered in current or even past information (accessed through the Internet) by virtue of the disturbance caused to their life in the present.

Not expressly implemented in Brazil, the right to be forgotten has emerged within a tense situation between communicative freedoms and fundamental personality rights, such as private life (not only treated herein as the traditional concept, but a more dynamic and relational definition, involving the control of personal data and information), image and honour.

Considering that the absence of contemporaneous information is only one of the factual circumstances to be observed when assessing communicative freedoms and fundamental personality rights, the theory of principles developed by Robert Alexy is adopted as a model for resolving the tensions between fundamental rights.

Based on this theoretical assumption, we examine communicative freedoms and fundamental personality rights in Brazil, in order to, in sequence, scrutinise the right to be forgotten from the foreign experience and in Brazilian cases. In addressing the desire to be forgotten in the traditional media and in the digital context, we differentiate its main aspects and its mechanisms of regulation and guardianship. We scrutinise the right to memory and truth, the right to informational self-determination, the storage of old news in digital Press archives and the removal of *links* from the search results in search engines, so-called de-indexation.

Finally, we analyse specific cases submitted to the Judiciary Branch involving the right to be forgotten digitally in Brazil and we apply the rule of proportionality.

**Keywords:** Right to be forgotten - Communicative freedoms - Fundamental personality rights - Traditional and digital media - Internet - Proportionality

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	11
2. REFERENCIAL TEÓRICO.....	18
2.1    Origens da distinção entre princípios e regras.....	19
2.2    A distinção entre princípios e regras na teoria dos princípios desenvolvida por Robert Alexy.....	21
2.3    A regra da proporcionalidade.....	27
2.4    Suporte fático dos direitos fundamentais.....	37
2.5    Restrições a direitos fundamentais.....	40
2.6    Conteúdo essencial dos direitos fundamentais.....	42
3. LIBERDADES COMUNICATIVAS.....	49
3.1    As liberdades comunicativas e a legitimação da democracia.....	52
3.2    O Estado como garantidor das liberdades comunicativas.....	60
3.3    A doutrina da posição preferencial.....	63
3.4    Liberdades comunicativas em espécie.....	75
3.4.1    O direito à informação.....	75
3.4.1.1    O interesse público.....	79
3.4.1.2    A verdade.....	82
3.4.1.3    Os direitos de informar, de se informar e o de ser informado....	84
3.4.2    Direito à liberdade de expressão <i>stricto sensu</i> (direito de opinião ou de livre manifestação do pensamento).....	88
3.4.3    A liberdade de imprensa ou o Direito de Comunicação Social.....	91
4. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PERSONALIDADE.....	96
4.1    Breve panorama histórico.....	100
4.1.1    As várias “eras” dos direitos da personalidade.....	101
4.2    Conceitos.....	106
4.3    Natureza Jurídica.....	109
4.4    Características essenciais.....	112
4.5    Direitos da personalidade em espécie.....	120
4.5.1    Direito à privacidade.....	120
4.5.1.1    Os vários conceitos de “privacidade”.....	121
4.5.2    Direito à imagem.....	127

4.5.3	Direito à honra.....	129
4.5.4	Circunstâncias fáticas comuns na hipótese de colisão entre direitos fundamentais da personalidade e direito às liberdades comunicativas: alguns critérios argumentativos.....	132
5.	“DIREITO AO ESQUECIMENTO”: UMA ANÁLISE CRÍTICA A PARTIR DA EXPERIÊNCIA ESTRANGEIRA E DOS CASOS BRASILEIROS.....	142
5.1	Panorama histórico: origem e precedentes internacionais.....	150
5.1.1	O <i>droit à l’oubli</i> na França.....	150
5.1.2	O <i>diritto all’oblio</i> na Itália.....	152
5.1.3	Alemanha: <i>Recht auf Vergessenwerden</i> .....	153
5.1.4	Outros países europeus.....	156
5.1.5	<i>Right to be forgotten</i> nos Estados Unidos da América.....	157
5.2	O “direito ao esquecimento” nas mídias tradicionais brasileiras.....	160
5.2.1	O caso “Doca Street” no TJRJ.....	161
5.2.2	O caso “Aída Curi”.....	163
5.2.2.1	Considerações sobre a audiência pública no ARE 833.248.....	166
5.2.3	O caso “Chacina da Candelária”.....	167
5.2.4	Considerações sobre os <i>cases</i> examinados.....	169
5.3	O direito à memória e à verdade.....	173
5.3.1	O direito à memória e à verdade em julgamentos no STJ: tensão com o “direito ao esquecimento”.....	179
5.3.2	O caso “Gomes Lund” na Corte Interamericana de Direitos Humanos: a inadmissibilidade do “direito ao esquecimento”.....	183
5.4	Um outro contexto: o “direito ao esquecimento” digital.....	190
5.4.1	A arquitetura da Internet como aspecto distintivo do “direito ao esquecimento” digital.....	192
5.4.2	Os mecanismos de busca na <i>Web</i> .....	195
5.4.3	O <i>leading case</i> Costeja González.....	202
5.4.4	Considerações sobre o “direito à autodeterminação informativa”.....	208
5.4.5	A manutenção de notícias antigas nos arquivos digitais da imprensa.....	216
5.4.6	A remoção de <i>links</i> dos resultados de pesquisa em buscadores digitais: a desindexação.....	222

5.5	Análise de casos concretos envolvendo o “direito ao esquecimento” digital no Brasil.....	231
5.5.1	Caso “Xuxa Meneghel”: Recurso Especial 1.316.921.....	232
5.5.2	<i>Websites</i> com imagens não autorizadas de nudez: AgInt no Recurso Especial 1.593.873.....	235
5.5.3	Considerações sobre os casos analisados.....	237
5.5.4	A aplicação da regra da proporcionalidade.....	243
5.6	Projetos de lei em trâmite sobre o “direito ao esquecimento”: equívocos.....	247
6.	CONCLUSÃO.....	250
7.	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	255

## 1

## INTRODUÇÃO

Em 1999, próximo ao portão de Brandemburgo, em local situado no que era a parte oriental da dividida cidade de Berlim, operários que preparavam os alicerces de novos gabinetes para a Administração Pública alemã desenterraram o *bunker* de Adolf Hitler. Receosas da transformação do local em um monumento a ser utilizado como santuário por neonazistas, as autoridades preferiram soterrá-lo novamente embaixo do novo distrito voltado à sede de órgãos governamentais. À época, o prefeito da cidade disse: “mais cinquenta anos, e talvez as pessoas sejam capazes de decidir o que fazer”<sup>1</sup>. Um pouco antes da Copa do Mundo de 2006, realizada na Alemanha, foi instalada uma singela placa no local, informando que ali, nos subterrâneos, fica(va) o *führerbunker*. Apesar de não aberto à visitação, houve um consenso de que a destruição do esconderijo sinalizaria esquecimento ou negação do passado.

Jill Price, de 41 anos, do Estado da Califórnia, nos Estados Unidos da América, é foco de estudos acadêmicos por sofrer de síndrome hipertímestica. Desde os 11 anos de idade, ela se lembra de tudo, de notícias a trivialidades: o que exatamente almoçou há três décadas, quem telefonou para ela, quando ocorreram essas ligações e o teor da conversa, o que aconteceu em detalhes em cada episódio de séries televisivas por ela assistidas. Em vez de uma bênção, sua prodigiosa memória restringe sua habilidade de tomar decisões, incapacitando-a de deixar coisas passadas para trás, de abstrair pensamentos e seguir em frente.

Assim como o personagem do conto *Funes, o memorioso*, de JORGE LUÍS BORGES, sua memória infalível impossibilita o esquecimento de diferenças e a generalização, fixando-a em especificidades que levam a um comportamento paralisante<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> ANNA FUNDER, *Stasilândia*, p. 75-76.

<sup>2</sup> JORGE LUIS BORGES, *Ficções*, p. 99-108; VIKTOR MAYER-SCHÖNBERGER, *Delete: the virtue of forgetting in the digital age*, p. 12-13.; PEDRO BURGOS, *A mulher que nunca esquece*. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/comportamento/a-mulher-que-nao-consegue-esquecer/>>. Acesso em: 4 set. 2017.

Isto porque não revisitar memórias indefinidamente permite que cada ser humano perdoe, esqueça e se transforme, sem estar atrelado eternamente a fatos pretéritos.

A homenagem à capacidade de mudar e empreender uma vida futura descontínua com o passado é um dos aspectos que nos definem como pessoas livres. Por outro lado, o expurgo ou a manipulação de fatos históricos, verdadeiros e que apresentem interesse público, são atentatórios à memória coletiva, à busca da verdade e ao livre fluxo de informações.

É compreensível que não haja contentamento por parte de pessoas saudáveis em reviver acontecimentos passados desabonadores ou constrangedores. E em quase todos os fatos da vida há ganhadores e perdedores, vencedores e vencidos, poderosos e humilhados.

Mas isso significa que podemos simplesmente apagar o que nos incomoda ou sensibiliza? O que define o que pode ser olvidado daquilo que não o deve? Há previsão legal para tanto?

A pretensão de um direito ao esquecimento não é nova, tendo surgido muito antes do advento da chamada sociedade da informação. No campo jurídico, remonta ao ano de 1965, quando a expressão foi cunhada na França pelo Professor GERARD LYON-CAEN.

No Brasil, ganhou notoriedade nos anos 2000, com o caso “Doca Street” e, posteriormente, com os casos “Aída Curi” e “Chacina da Candelária”, todos concernentes à divulgação na mídia televisiva.

Mais recentemente, em 2014, já em plena era digital, uma decisão prolatada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), envolvendo a gigante de buscas *Google*, deu repercussão global ao tema, em um típico caso de direito ao controle de dados pessoais despidos de interesse público, ou o denominado direito à autodeterminação informativa com a especificidade da fluência do lapso temporal.

Evocado quando há o desejo de o indivíduo não ser mais lembrado em uma informação atual, ou mesmo pretérita (acessada pela Internet), de um fato passado verdadeiro, publicizado, à época, de forma lícita, devido à perturbação causada à vida presente do titular, a compreensão e as soluções a serem dadas ao direito ao esquecimento

adquiriram complexidade e destaque maiores com a sua transposição ao ambiente virtual, não somente devido às especificidades inerentes aos seus mecanismos de regulação e tutela, mas também em decorrência das características da replicação da informação, da instantaneidade e da perenidade, assim como a capacidade de armazenamento de dados quase ilimitada da *Web*.

Além da fácil recuperação e do acesso transnacional das informações digitalizadas, são somados ao moderno ambiente fatores distintivos daqueles presentes nas mídias tradicionais, como a arquitetura da Rede, que inclui aspectos que proporcionam uma forma específica de difusão e acesso aos dados, bem como as possibilidades para sua restrição.

Quem nunca “deu um *google*”<sup>3</sup> pesquisando sobre si próprio ou digitando o nome de outra pessoa para descobrir informações particulares? É verdade que também é possível digitar o nome de um político em um buscador digital e encontrar notícias sobre sua questionável vida pregressa, eventuais acusações de corrupção ou, até mesmo, uma condenação por improbidade administrativa ocorrida há décadas, o que nos ajudaria sobremaneira em um pleito eleitoral no qual seja candidato<sup>4</sup>.

Por outro lado, profissionais de recursos humanos, supostos amigos, potenciais parceiros de trabalho ou amorosos, clientes, e fofoqueiros em geral, também vasculham a Internet inserindo o nome de “celebridades” e “pessoas comuns” nos buscadores<sup>5</sup>. Até mesmo o Departamento de Segurança interna dos Estados Unidos da

---

<sup>3</sup> A escolha do *Google* não ocorre de maneira acrítica. Segundo dados da *Stat Counter Global Stats* referentes ao uso global de buscadores, no Brasil, em junho de 2017, o *Google* seria responsável por 96,73% das buscas, o *Bing* por 1,73% e o *Yahoo!* por 1,41%. (STATCOUNTER. Disponível em: <<http://gs.statcounter.com/search-engine-market-share/all/brazil>>. Acesso em: 17 jul. 2017).

<sup>4</sup> Caso o político ou a sua agremiação não tentem retirar tais informações da Rede. Vide interessante estudo promovido pela Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo (Abraji) intitulado *CTRL+X*, no qual é demonstrado que, em anos eleitorais, há aumento exponencial de processos judiciais para remoção de conteúdo (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE JORNALISMO INVESTIGATIVO. *Ctrl+X*. Disponível em: <<http://www.ctrlx.org.br/#/noticias>>. Acesso em: 21 jun. 2017).

<sup>5</sup> Tais acontecimentos motivaram, inclusive, um novo nicho no mercado. Empresas privadas estão se especializando em monitorar e limpar a “honra digital” para manutenção da boa reputação *online*. Especialistas trabalham para “enganar” os algoritmos do *Google* e fazer com que dados positivos da pessoa apareçam na primeira página, logo no topo da lista, empurrando, por consequência, informações desairosas para o final das buscas (ANDRÉ BRANDÃO NERY COSTA, *Direito ao esquecimento na Internet: a scarlet letter digital*, p. 199).

América assume promover escrutínio rigoroso no *Facebook* e em *e-mails* na busca de informações dos solicitantes de visto<sup>6</sup>.

O senso comum chega ao absurdo de imaginar que o que não aparece como resultado do *Google Search* não existe, reforçando a ideia de que “existir é ser indexado por um mecanismo de busca”<sup>7</sup>.

O compartilhamento de informações pessoais produzidas incessantemente na Rede, seja diretamente pelo próprio internauta, seja indiretamente por meio de terceiros, seja pela postagem de fotos, *tags*, indicações de amizades, ou ainda por meio da compilação de dados, sem o conhecimento do interessado, forma um incrível arcabouço informativo, visto que, por mais reservado que seja o indivíduo, “não há como viver integrado à sociedade moderna sem deixar diversos rastros de informação”<sup>8</sup>.

Por isso, além da pretensa proibição ou limitação da divulgação nas mídias tradicionais de acontecimentos pretéritos notórios, ou o pedido de indenização *a posteriori* por sua veiculação, aqueles que advogam um direito a ser olvidado também buscam remover ou alterar conteúdos disponíveis *online*, sejam textos, imagens, áudios ou vídeos, alegando a ausência de interesse nas informações pelo transcurso temporal. No entanto, é observada certa confusão nos termos relacionados ao direito ao esquecimento no Brasil, principalmente quando em estudo as mídias digitais. Conceitos como exclusão de *links*, desindexação, “apagamento”, direito à autodeterminação informativa e direito ao controle de dados pessoais têm sido colocados embaixo da expressão “direito ao esquecimento”, truncando a compreensão da matéria. Considerações de índole técnica sobre a arquitetura da Rede também têm se mostrado como um obstáculo a mais aos profissionais do Direito, em sua maioria, com conhecimentos básicos na área de tecnologia.

Não expressamente positivado no Brasil, o direito ao esquecimento tem se revelado em uma situação de tensão entre as liberdades comunicativas e os direitos fundamentais da personalidade, como a vida privada (aqui não apenas em seu conceito

---

<sup>6</sup> VEJA. *EUA checarão e-mails e redes sociais de solicitantes de vistos*. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/mundo/eua-checarao-e-mails-e-redes-sociais-de-solicitantes-de-visto/>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

<sup>7</sup> “To exist is to be indexed by a search engine” (LUCAS D. INTRONA e HELEN NISSEBAUM, *Shaping the web: Why the politics of search engines matters*, p. 171. Disponível em: <<https://www.nyu.edu/projects/nissenbaum/papers/ShapingTheWeb.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2017).

<sup>8</sup> MARCEL LEONARDI, *Tutela e Privacidade na Internet*, p. 67.

tradicional, mas em uma definição mais dinâmica e relacional, envolvendo o controle de dados e informações pessoais), a intimidade, a imagem e a honra. No entanto, são inúmeras e bastante diversas as situações de colisão, e nosso ordenamento jurídico não apresenta respostas definitivas para a sua solução.

A Carta de 1988 protege com o mesmo peso abstrato tais direitos fundamentais, não havendo previsão sobre a preponderância de um sobre outro. Isso porque, a depender do caso concreto e suas peculiaridades, ora haverá prevalência das liberdades comunicativas, ora dos direitos fundamentais da personalidade.

E não poderia ser diferente quando aventamos um eventual direito ao esquecimento. Revelam-se temerárias as argumentações fundamentalistas ou a previsão de parâmetros abstratos para justificar a prevalência de um dos princípios sem a promoção de análise casuística.

Mas fatos verdadeiros e públicos divulgados na Internet podem se tornar ilícitos com o transcurso do tempo? E uma informação nova retratando o passado? Há alguma diferença com a exposição de tais informações nas mídias tradicionais? Personalidades com um passado pouco edificante poderiam excluir passagens de suas vidas, em uma espécie de “edição”? E uma pessoa comum do povo, protagonista ou coadjuvante de determinado fato histórico que, por si só, revele interesse público, mas lhe cause algum tipo de desconforto? E caso não haja interesse público no conteúdo? Há uma prerrogativa do titular do direito, ou dos seus familiares, em impedir a veiculação de conteúdos nas mídias tradicionais ou excluí-los do ambiente digital após certo hiato temporal? Agentes públicos protagonistas de fatos de triste memória têm o direito de ser esquecidos? E se estivermos falando da proteção de dados pessoais que não envolvam interesse público? Quando falamos sobre o ambiente digital, a tutela jurídica deve ser diferenciada para os meios de comunicação *online* e os motores de busca?

Assim, nosso propósito é o de apresentar algumas considerações para a solução das frequentes tensões nas quais seja evocado um direito ao esquecimento, tanto nas mídias tradicionais como nas digitais, tendo em vista, inclusive, a imprevisibilidade da jurisprudência nacional concernente à matéria. A proposta é demonstrar em que ocasiões pode se falar em um direito a ser esquecido e o porquê. Por outro lado, também almejamos apresentar em que situações se revela inadmissível sua acolhida e as razões para o posicionamento.

Para tanto, nos valem da teoria dos princípios desenvolvida por ROBERT ALEXY. O trabalho é iniciado no Capítulo 2 com este referencial teórico que, apesar de não ser o tema em estudo, é utilizado como base para aplicação da ponderação entre os direitos fundamentais. No capítulo em questão, falamos sobre a relevância da distinção entre princípios e regras, da regra da proporcionalidade, da noção de suporte fático amplo e da teoria externa, além da consideração, no nível dos princípios, do conteúdo essencial relativo dos direitos fundamentais.

No Capítulo 3, nos debruçamos sobre as liberdades comunicativas, sua estreita correlação com a democracia, o papel do Estado como garantidor da liberdade de expressão *lato sensu*, e o porquê do não cabimento da adoção da doutrina da posição preferencial no Brasil. Na sequência, esmiuçamos as liberdades comunicativas em espécie, como o direito à informação em suas três vertentes – o direito de informar, o direito de se informar e o direito de ser informado –, o direito à liberdade de expressão *stricto sensu*, caracterizada pelo direito de opinião ou de livre manifestação do pensamento, e a liberdade de imprensa ou o Direito de Comunicação Social.

O capítulo seguinte é inteiramente dedicado aos direitos fundamentais da personalidade. Nesta seção, traçamos um breve panorama histórico demonstrando sua evolução no mundo ocidental, tecemos alguns conceitos sobre a expressão e falamos sobre sua natureza jurídica e características essenciais. Em um tópico dedicado aos direitos fundamentais da personalidade em espécie, abordamos o direito à privacidade, especialmente no conceito de controle sobre as próprias informações e na determinação da maneira de construir a própria esfera particular, o direito à imagem e o direito à honra. No mais, apresentamos as circunstâncias fáticas comuns na hipótese de colisão entre os direitos fundamentais da personalidade e o direito às liberdades comunicativas, além de alguns critérios argumentativos, sem a pretensão de esgotá-los.

O Capítulo 5 é voltado para uma análise crítica do direito ao esquecimento a partir da experiência estrangeira e dos casos brasileiros. Traçando um panorama histórico, apresentamos sua origem e precedentes internacionais na França, Itália, Alemanha, e em outros países europeus, além de nos Estados Unidos da América. Aprofundamo-nos no direito ao esquecimento nas mídias tradicionais brasileiras, especialmente nos casos “Aída Curi” e “Chacina da Candelária”. No subtópico sobre o direito à memória e à verdade, analisamos dois acórdãos prolatados pelo STJ e sua tensão com o direito ao

esquecimento, além do caso “Gomes Lund”, na Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Passando para o contexto do “direito ao esquecimento digital”, abordamos a arquitetura da Internet como seu aspecto distintivo, os mecanismos de busca na *Web*, o *leading case* Costeja González prolatado pelo TJUE, e tecemos considerações sobre o direito à autodeterminação informativa. No mais, abordamos os temas da manutenção de notícias antigas nos arquivos digitais da imprensa e da remoção de *links* dos resultados de pesquisa em buscadores digitais, a denominada desindexação. Prosseguimos com a análise de casos concretos envolvendo o direito ao esquecimento digital no Brasil, promovendo exame crítico sobre eles e, por fim, a aplicação da regra da proporcionalidade. Para fechar o capítulo, apresentamos um breve panorama sobre os projetos de lei em trâmite na atualidade sobre o direito ao esquecimento.

O Capítulo 6 é dedicado à conclusão geral do trabalho.

Como metodologia adotamos a análise doutrinária e jurisprudencial, sendo que a abordagem metodológica é a dogmática nas dimensões analítica, empírica e normativa. A dimensão analítica é utilizada para examinar o referencial teórico e os desdobramentos dos conceitos trabalhados no desenvolvimento e conclusão do estudo. A dimensão empírica é encontrada na análise e referências a fatos históricos, a notícias jornalísticas e a decisões judiciais. A dimensão normativa, ao procurar oferecer uma resposta ao problema enfocado, é utilizada para demonstrar o meio escolhido para a solução das colisões entre os direitos fundamentais.

## 2

**REFERENCIAL TEÓRICO**

[...] *quanto mais aprendemos sobre o direito, mais nos convencemos de que nada de importante sobre ele é totalmente incontestável.*

RONALD DWORKIN, *O império do Direito*, p. 13.

A caracterização de um eventual “direito ao esquecimento” tanto nas mídias tradicionais como nas digitais se dá por meio da resolução de tensão entre normas de direitos fundamentais com estrutura de princípios. Isto porque, entre as causas de restrição ao exercício das liberdades comunicativas, encontra-se a proteção dos direitos à privacidade, à intimidade, à honra e à imagem, não descrevendo, entretanto, a *Lex Mater*, tampouco a legislação infraconstitucional de regência, critérios suficientes para solução desta colisão entre normas.

Assim, em um estudo que envolva a colisão entre normas-princípio de direitos fundamentais, há necessidade do embasamento em uma teoria capaz de resolver tais tensões de forma racional por meio da argumentação, sob o risco de quedarmos em subjetivismo e incorreções, que conduzem inevitavelmente à insegurança jurídica.

Para tanto, em que pese não ser um modelo perfeito e incontestável, nos alicerçamos na teoria dos princípios desenvolvida por ROBERT ALEXY, não somente pela sua aplicabilidade ao ordenamento jurídico-constitucional brasileiro em decorrência da própria estrutura das normas de direitos fundamentais, mas também por sua configuração como meio e método que possibilita um controle argumentativo e racional para a resolução de tensões entre tais direitos, sem alijar, por completo, concepções morais ou ideológicas do aplicador, quando insuficientes as respostas fornecidas pela ciência do Direito.

## 2.1 Origens da distinção entre princípios e regras

Considerada uma das “colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais”<sup>9</sup>, a distinção das normas de direitos fundamentais<sup>10</sup> entre princípios e regras<sup>11</sup> como duas modalidades de normas<sup>12</sup>, nos moldes adotados neste trabalho, teve sua origem com RONALD DWORKIN<sup>13</sup>.

Na obra *Levando os direitos a sério* e, posteriormente, em *O império do direito*, DWORKIN ataca a teoria desenvolvida por um dos maiores expoentes do positivismo analítico, H.L.A HART, em especial no livro *O conceito de Direito*<sup>14</sup>.

DWORKIN analisa a insuficiência da descrição da realidade jurídica realizada por HART, criticando a tese da existência da área de incerteza dentro das regras jurídicas e a permissividade da discricionariedade judicial nos chamados *hard cases*.

A denominada discricionariedade em sentido forte foi a principal causadora da proflua discussão acadêmica entre os ex-professores de Oxford e, conforme a interpretação da teoria hartiana, pode ser definida, em apertada síntese, como a ausência

<sup>9</sup> ROBERT ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 85.

<sup>10</sup> ROBERT ALEXY afirma de forma taxativa que uma norma jurídica é uma regra ou um princípio (*Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 80).

<sup>11</sup> Não olvidando a existência de outros autores que doutrinam sobre o conceito de norma jurídica e promovem a distinção entre princípios e regras, a exemplo de: J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, p. 1159-1164; HUMBERTO ÁVILA, que apresenta um modelo classificatório distinto, mas ainda atrelado ao grau, em que há três categorias de normas: regras, princípios e postulados normativos, subdivididos em hermenêuticos e aplicativos (*Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 78-84 e 133-149); e MARCELO NEVES, que advoga que a distinção entre regras e princípios só pode ser tematizada no plano discursivo, visto que, “[...] de antemão, não se pode definir qual padrão constitui um princípio ou uma regra. Vai depender do modo mediante o qual a norma será incorporada do ponto de vista funcional-estrutural no processo argumentativo” (*Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*, p. 103).

<sup>12</sup> Apenas a título de informação, tendo em vista o desvio que seria necessário para tratar do assunto, alerte-se que há autores que defendem que princípios não são normas jurídicas. Cf. SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA: “[...] para os sistemas prescritivos os princípios traduzem seus valores e são fonte de suas normas [...]. O fato de que um princípio se torne explícito, isto é, que venha a ser expresso no texto de uma disposição legal, não faz com que se transforme em norma” (*Princípios constitucionais*, p. 55-58). TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, ao mencionar os princípios gerais de direito, afirma que: “[...] De qualquer modo, ainda que se entenda que possam ser aplicados diretamente na solução de conflitos, trata-se não de normas, mas de princípios. Ou seja, não são elementos do repertório do sistema, mas fazem parte de suas regras estruturais, dizem respeito à relação entre as normas no sistema, ao qual conferem coesão” (*Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*, p. 213).

<sup>13</sup> RONALD DWORKIN, *Levando os direitos a sério*, p. 235-282.

<sup>14</sup> Em 1994, dois anos após a morte de H.L.A HART (1907-1992), foi publicada uma compilação de rascunhos sob a forma de pós-escrito ao livro *O conceito de Direito*, no qual o professor britânico tem como centro das atenções a teoria de RONALD DWORKIN. Já em 2006, DWORKIN realiza a tréplica à tese de HART, no capítulo intitulado *O “pós-escrito” de Hart e a questão da filosofia política*, publicado no livro *A justiça de toga*. Em estudo sob o assunto, vide FERNANDA FREIRE DOS SANTOS, *O pós-escrito de H.L.A. Hart em “O conceito de Direito”: breves comentários às respostas a Ronald Dworkin*, p. 841.

de vinculação a padrões legais previamente determinados para se chegar a um veredicto em decisões judiciais ou administrativas.

Para HART, nos casos de lacuna na lei<sup>15</sup>, a decisão se dá a partir de uma escolha, não havendo uma resposta juridicamente certa, mas respostas. Para a decisão destes casos, é admitido pelo autor, inclusive, algo como uma “racionalidade extrajurídica”.

Já para DWORKIN, mesmo nos *hard cases*, há somente uma resposta juridicamente correta<sup>16</sup>, pois os padrões de direito não são meras recomendações ou sugestões que podem ou não ser aceitas como fundamento da decisão judicial. Segundo o autor, os magistrados não aplicam tais *standards* porque o bom senso ou experiência como julgador apontam nesta direção, mas porque tais prescrições são obrigatórias, tanto nos casos fáceis como nos casos difíceis. Logo, se para a teoria de HART o julgador pode se utilizar de qualquer padrão para chegar a um veredicto, para DWORKIN, o juiz somente poderá alicerçar sua sentença em padrões pertencentes ao Direito.<sup>17</sup>

A metáfora do “juiz Hércules” com “capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas”<sup>18</sup> simboliza o dever legal da busca, por meio da análise holística do sistema jurídico, dos princípios que melhor fundamentam esse ordenamento, visto que estes vincularão os julgadores no espaço em que as regras não sejam suficientes para a solução dos *hard cases*.

DWORKIN apresenta três padrões de orientação aos julgadores: as regras, os princípios e as políticas.

Segundo ele:

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis da maneira do tudo ou nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida,

---

<sup>15</sup> Para DWORKIN, esses são os chamados casos difíceis (*hard cases*).

<sup>16</sup> VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA comenta que a ideia da “única resposta correta” de DWORKIN promoveu uma confusão com o conceito de “otimização” presente na obra de ALEXY. No entanto, assim como a ideia de otimização não existe na obra de DWORKIN, a “única resposta” é rejeitada por ALEXY, conforme se depreende de sua teoria dos princípios (*A institucionalização dos direitos: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, p. 121; ROBERT ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 164).

<sup>17</sup> FERNANDA FREIRE DOS SANTOS, *O pós-escrito de H.L.A Hart em “O conceito de Direito”*: breves comentários às respostas a Ronald Dworkin, p. 844.

<sup>18</sup> RONALD DWORKIN, *Levando os direitos a sério*, p. 165.

e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui com a decisão<sup>19</sup>.

Já os princípios “[...] não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas”<sup>20</sup> e “[...] possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão de peso ou de importância”<sup>21</sup>. Ao colidirem ou, na expressão dworkiniana, se intercruzarem, “aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um”<sup>22</sup>.

Quanto às políticas, englobadas muitas vezes no conceito genérico de princípios, DWORKIN as conceitua como “aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade”<sup>23</sup>, diferenciando-as de princípio por este ser um padrão que deve ser observado, independentemente de assegurar uma melhoria à coletividade, mas por ser “uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”<sup>24</sup>.

## **2.2 A distinção entre princípios e regras na teoria dos princípios desenvolvida por Robert Alexy**

Utilizando a teoria dworkiniana como ponto de partida, ROBERT ALEXY reformula os critérios de forma mais detalhada por considerar o modelo anterior “muito simples”<sup>25</sup>.

Para ALEXY, a diferença entre regras e princípios não é de grau, mas qualitativa<sup>26</sup>.

<sup>19</sup> RONALD DWORKIN, *Levando os direitos a sério*, p. 39.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 40.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 42.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 42.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 36.

<sup>24</sup> DWORKIN ainda observa que “os argumentos de princípios são argumentos destinados a estabelecer um direito individual; os argumentos de política são argumentos destinados a estabelecer um objetivo coletivo. Os princípios são proposições que descrevem direitos; as políticas são proposições que descrevem objetivos” (*Levando os direitos a sério*, p. 36 e 141).

<sup>25</sup> ROBERT ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 104.

<sup>26</sup> O critério metodológico adotado neste estudo não é o da diferença de grau entre princípios e regras, seja em relação à generalidade, à abstração ou à fundamentalidade, mas o baseado em critérios de natureza lógica e qualitativa. Na teoria tradicional, princípio é conceituado como “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas [...]” (CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 882) ou, ainda, no plural, “[...] ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, [...] ‘núcleos de condensações’ nos quais confluem valores e bens constitucionais” (JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 92), sendo as regras apenas as normas que os concretizam, com caráter instrumental. Em citação

Regras são normas que sempre são satisfeitas ou não satisfeitas, garantindo direitos ou impondo deveres definitivos<sup>27</sup>, sendo aplicadas por meio de subsunção. Um conflito entre regras<sup>28</sup> pode ser solucionado com a introdução de uma cláusula de exceção ou, em sua impossibilidade, por meio da declaração de invalidade de uma das regras<sup>29</sup>.

Os princípios<sup>30</sup>, por sua vez, são mandamentos de otimização, “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes”<sup>31</sup>, assegurando direitos ou impondo deveres *prima facie*<sup>32</sup>. Em caso de colisão entre princípios, um deles deve ceder, não significando que o princípio cedente, ao contrário das regras, deva ser declarado inválido ou que nele deva ser introduzida cláusula de exceção. Assim, “um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições”<sup>33</sup>, ocorrendo a “fixação de relações condicionadas de preferência” conforme as peculiaridades do caso concreto<sup>34</sup>.

Em que pesem princípios e regras serem passíveis de formulação por meio de expressões deônticas de dever, de proibição e de permissão, haverá distinção qualitativa entre as normas em virtude de sua estrutura lógica e forma de aplicação.

No caso dos princípios, haverá “uma diferença entre aquilo que é garantido (ou imposto) *prima facie* e aquilo que é garantido (ou imposto) definitivamente”<sup>35</sup>, sendo

---

aos critérios tradicionais vide: VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 44-45; ROBERT ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 86-90.

<sup>27</sup> ROBERT ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 91.

<sup>28</sup> No Direito brasileiro, são utilizados três critérios para solução do conflito entre regras: o hierárquico (*lex superior derogat legi inferior*), o cronológico (*lex posterior derogat legi priori*) e o da especialidade (*lex specialis derogat legi generali*).

<sup>29</sup> ROBERT ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 92.

<sup>30</sup> A teoria dos princípios, de ALEXY, divide os princípios entre materiais, objeto deste estudo, e formais, como o da competência decisória do legislador democraticamente legitimado. O princípio formal ou procedimental “não determina nenhum conteúdo, mas apenas diz quem deve definir conteúdos” (*Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 615).

<sup>31</sup> ROBERT ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 90.

<sup>32</sup> Conforme esclarece VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, “um princípio, compreendido como mandamento de otimização, é, *prima facie*, ilimitado”. No entanto, em virtude da “impossibilidade da existência de direitos absolutos, o conceito de mandamento de otimização já prevê que a realização de um princípio pode ser restringida por princípios colidentes”, estando aí a distinção entre direito *prima facie* e direito definitivo (*Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 140).

<sup>33</sup> ROBERT ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 93.

<sup>34</sup> VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 50.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 45.

sua realização, no geral, apenas parcial<sup>36</sup>, ao contrário do direito garantido por norma com a estrutura de regra, o qual, caso aplicável, deve se realizar totalmente<sup>37</sup>.

Conforme elucida ALEXY:

[...] o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão de peso<sup>38</sup>.

Observe-se, ademais, que a distinção entre princípios e regras nem sempre restará clara por meio de uma análise simplista do enunciado normativo, sendo necessário um trabalho de interpretação jurídica sobre o sentido da norma no contexto constitucional.

No mais, para ALEXY, ao contrário do defendido por DWORKIN<sup>39</sup>, princípios podem se referir tanto a interesses individuais como coletivos, significando neste último caso que o princípio “exige a criação ou a manutenção de situações que satisfaçam – na maior medida possível, diante das possibilidades jurídicas e fáticas – critérios que vão além da validade ou da satisfação de interesses individuais”<sup>40</sup>.

Na hipótese de divergência entre regras e princípios de nível constitucional, a otimização destes últimos encontrará limite naquelas por opção expressa do legislador constituinte:

---

<sup>36</sup> VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA observa que a ideia é a realização máxima dos princípios, desde que presentes as condições fáticas e jurídicas ideais, o que dificilmente ocorre nos casos difíceis (*Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 46). FELIPE OLIVEIRA DE SOUZA afirma que a possibilidade dos princípios como mandamentos de maximização é pouco relevante do ponto de vista prático, mas não impossível no campo teórico (*O raciocínio jurídico entre princípios e regras*, p. 100).

<sup>37</sup> Frise-se, entretanto, que nada impede que um princípio restrinja a satisfação de uma regra, que assim seria aplicada apenas parcialmente em um caso concreto. Quanto a eventual colisão entre uma regra e um princípio, VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, apesar de considerar a solução problemática, informa que ALEXY comenta o assunto em duas notas de rodapé de dois trabalhos, indicando o sopesamento como resposta. Assim, “esse sopesamento não ocorre entre o princípio e a regra, já que regras não são sopesáveis. Ele deve ocorrer entre o princípio em colisão e o princípio no qual a regra se baseia” (*Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 52). Na próxima página, tecemos breves considerações sobre a divergência entre princípios e regras de nível constitucional e entre regras infraconstitucionais e princípios constitucionais. Informe-se, ademais, que há autores, como HUMBERTO ÁVILA, que sustentam a possibilidade de ponderação de regras. No entanto, pelo fato de importar desvio dos pressupostos teóricos que alicerçam este estudo, não abordaremos essa tese (*Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 52-64).

<sup>38</sup> ROBERT ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 93-94.

<sup>39</sup> Conforme apontado anteriormente, para RONALD DWORKIN (*Levando os direitos a sério*, p. 36), normas que se refiram a interesses coletivos são por ele denominadas “políticas”.

<sup>40</sup> ROBERT ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 114-115.

Assim, quando se fixam determinações no nível de regras, é possível afirmar que se decidiu mais que a decisão a favor de certos princípios. Mas a vinculação à Constituição significa uma submissão a todas as decisões do legislador constituinte. É por isso que as determinações estabelecidas no nível de regras têm primazia em relação a determinadas alternativas baseadas em princípios<sup>41</sup>.

No tocante à divergência entre regras infraconstitucionais e princípios constitucionais, não há que se falar, em tese, em tensão, visto que a regra seria o resultado da ponderação entre os princípios constitucionais colidentes já realizada pelo legislador ordinário, sendo sua relação de restrição, e não de colisão. Se a regra é expressão dessa restrição, “deve, portanto, ser simplesmente aplicada por subsunção”<sup>42</sup>.

Alerte-se que, caso a regra restrinja de forma desproporcional um princípio de direito fundamental, restará sua declaração de inconstitucionalidade ou, se possível, sua interpretação de acordo com a Constituição.

Conforme destacado por VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, o exemplo-padrão no qual a realização de um princípio quase sempre é restringida pela realização do outro é o da colisão do direito de imprensa e o direito à privacidade:

Realizar uma ampla liberdade de imprensa, pode, em muitos casos, ser incompatível com a proteção ideal da privacidade de algumas pessoas. Esse tipo de colisão não pode ser resolvido, contudo, a partir da declaração de invalidade de um dos princípios. Ou seja, mesmo após a solução da colisão os princípios da liberdade de imprensa e da proteção à privacidade continuam tão válidos quanto antes. Não se pode dizer também que um institui uma exceção ao outro, já que às vezes prevalecerá um, às vezes o outro, ao contrário do que acontece no caso das regras. Tudo dependerá das condições do caso em questão. Essa é a idéia por trás do conceito de relações condicionadas de precedência<sup>43</sup>.

Essa relação condicionada de precedência é formulada por meio da lei de colisão, da qual decorreriam duas possibilidades<sup>44</sup>: (P1 P P2) C e (P2 P P1) C’, ou seja, na primeira hipótese o princípio P1 terá prevalência sobre o princípio P2, observadas determinadas condições (C); na outra, o princípio P2 terá precedência sobre P1, tendo em

---

<sup>41</sup> ROBERT ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 140.

<sup>42</sup> VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 52.

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 50.

<sup>44</sup> ROBERT ALEXY propõe que, caso a colisão não se limite a apenas dois princípios, se utilize a “fórmula do peso estendida”, que poderá se transmutar em “fórmula do peso estendida completa”, na hipótese de a cumulação de princípios ocorrer em ambos os polos da tensão (*La formula del peso*, p. 47-49).

vista outras particularidades do caso concreto (C'). Do enunciado de preferência acerca de uma relação condicionada de precedência decorrerá uma regra<sup>45</sup>.

Assim, para ALEXY, “as condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência”<sup>46</sup>.

Para o autor, o grau de concretude relativamente alto da regra atribuída possibilita que, por meio dos sopesamentos da jurisprudência e das propostas de ponderação aceitas pela ciência do Direito, surja, com o passar do tempo, “uma rede de regras concretas atribuídas às diferentes disposições de direitos fundamentais, as quais representam uma importante base e um objeto central da dogmática”<sup>47</sup>.

Conforme será aprofundado nos próximos capítulos, consideramos o direito ao esquecimento como eventual resultado da ponderação entre as liberdades comunicativas e os direitos à privacidade, à intimidade e, não raras vezes, à imagem e à honra, direitos fundamentais qualificados como princípios<sup>48</sup>.

Nesta relação de tensão, não é possível a declaração de invalidade de um deles, ou a inserção de uma cláusula de exceção, visto que não se trata de regras, tampouco a consideração de precedência absoluta de um dos princípios. O choque entre as normas jusfundamentais deverá ser resolvido por meio do sopesamento, que definirá qual dos interesses, que abstratamente estão no mesmo nível, tem maior peso no caso concreto, o que poderá levar, inclusive, ao nascimento de outro direito.

---

<sup>45</sup> Para ALEXY, “decisões sobre direitos pressupõem a identificação de direitos definitivos. O caminho que vai do princípio, isto é, do direito *prima facie*, até o direito definitivo passa pela definição de uma relação de preferência. Mas a definição de uma relação de preferência é, segundo a lei de colisão, a definição de uma regra. Nesse sentido, é possível afirmar que sempre que um princípio for, em última análise, uma razão decisiva para um juízo concreto de dever-ser, então, esse princípio é o fundamento de uma regra, que representa uma razão definitiva para esse juízo concreto. Em si mesmos, princípios nunca são razões definitivas” (*Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 108).

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 99.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 175.

<sup>48</sup> Como realçado por WILSON ANTONIO STEINMETZ, o “conflito pode se manifestar como colisão horizontal (indivíduo *versus* indivíduo); exemplo: liberdade de comunicação *versus* direitos gerais de personalidade ou como colisão vertical (indivíduo/particular *versus* Estado/comunidade); por exemplo: liberdade de comunicação *versus* segurança pública” (*Colisão de Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade*, p. 139).

O sopesamento ou a ponderação é o exame da proporcionalidade em sentido estrito e, por meio de sua aplicação, será determinado qual princípio<sup>49</sup> deverá prevalecer, ou qual direito fundamental surgirá, nos casos de colisão, com o objetivo de alcançar a melhor solução possível, o chamado resultado ótimo.

Por sua vez, a regra da proporcionalidade em sentido estrito é uma das sub-regras da proporcionalidade em sentido amplo, cuja exigência para a solução de colisões entre direitos fundamentais, ao contrário de ser mera opção doutrinária ou imposição legal, decorre da própria estrutura dos direitos fundamentais<sup>50</sup>.

O próximo tópico será dedicado ao seu estudo.

---

<sup>49</sup> Deve ser ressaltado que o sopesamento entre princípios não é realizado exclusivamente pelo Judiciário. No exercício de sua competência, o legislador pode já haver fixado alguma solução para uma determinada colisão entre direitos fundamentais. VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA aponta que ultimamente se verifica uma certa hipertrofia no recurso ao sopesamento entre princípios por parte dos juízes, muitas vezes ignorando a existência da denominada mediação legislativa (*A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, p. 168).

<sup>50</sup> VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *O proporcional e o razoável*, p. 34.

### 2.3 A regra da proporcionalidade

Usualmente denominada como “princípio da proporcionalidade”<sup>51</sup>, a regra da proporcionalidade<sup>52</sup> também é adotada como sinônimo de razoabilidade<sup>53</sup>, em acepção não balizadora do pressuposto teórico deste estudo.

Sendo princípio uma norma que exige que algo seja realizado na maior medida possível dentro das condições fáticas e jurídicas do caso concreto<sup>54</sup>, a proporcionalidade, em razão de impor um dever definitivo, que não se sujeita a tais condicionantes, não pode ser considerada com caráter principiológico<sup>55</sup>.

ROBERT ALEXY frisa que sua máxima da proporcionalidade<sup>56</sup> é com frequência denominada como princípio, mas adverte que não se trata de um princípio no sentido empregado em sua obra, visto que a adequação, a necessidade e a

---

<sup>51</sup> LUÍS ROBERTO BARROSO adota a nomenclatura “princípio da proporcionalidade” e assevera que, em linhas gerais, o conceito mantém uma relação de fungibilidade com o princípio da razoabilidade (*Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, p. 198); SUZANA DE TOLEDO BARROS segue a mesma linha asseverando que o princípio da proporcionalidade como construção dogmática dos alemães “corresponde a nada mais do que o princípio da razoabilidade dos norte-americanos” (*O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, p. 54); WILSON ANTÔNIO STEINMETZ, apesar de utilizar a nomenclatura “princípio da proporcionalidade”, ressalta que este não é um princípio de interpretação constitucional, ao menos em sentido estrito, pois sustenta a distinção entre interpretação e ponderação (*Colisão de Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade*, p. 142). Considerando a proporcionalidade ora como proibição do excesso, ora como proibição da proteção insuficiente: GILMAR FERREIRA MENDES e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO (*Curso de Direito Constitucional*, p. 226-227). Já EROS ROBERTO GRAU, além de denominar a proporcionalidade de “postulado aplicativo normativo”, na linha de HUMBERTO ÁVILA, afirma que ela “não passa de um novo nome dado à equidade” (*Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*, p. 188 e 193). Para MARCELO NEVES, a proporcionalidade se apresenta como um híbrido, “uma condição de possibilidade do funcionamento efetivo e consistente de uma ordem de regras e princípios” (*Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*, p. 109-110).

<sup>52</sup> RENATO BRAZ MEHANNA KHAMIS rechaça o enquadramento da proporcionalidade como regra, na qualidade de espécie do gênero norma jurídica, pois sustenta que, ao contrário dos princípios, que podem estar expressos ou implícitos no texto normativo, aquele tipo de prescrição deve necessariamente se encontrar expresso no direito positivo, o que, segundo ele, não ocorre em nosso ordenamento. No entanto, o autor também não considera a proporcionalidade como norma jurídica, seja sob a forma de princípio, postulado ou de híbrido, aduzindo que é “uma técnica de aplicação e de argumentação racional oferecida metodologicamente ao aplicador do direito para solucionar as hipóteses de colisão de princípios [...]” (*Da proporcionalidade à razoabilidade: entre a técnica e o princípio*, p. 101-105 e 160).

<sup>53</sup> VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA frisa que: “pode-se admitir que tenham objetivos semelhantes, mas isso não autoriza o tratamento de ambas como sinônimos” (*O proporcional e o razoável*, p. 28).

<sup>54</sup> ROBERT ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 90.

<sup>55</sup> VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 168.

<sup>56</sup> ROBERT ALEXY denomina a “regra da proporcionalidade” de “máxima da proporcionalidade”, e suas sub-regras de máximas parciais (*Teoria dos Direitos Fundamentais*, passim, em especial p. 116-120). VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA observa que, apesar de o termo “máxima” ser a tradução direta do alemão para o português, este não é “utilizado com frequência [na linguagem jurídica brasileira] e, mais que isso, pode às vezes dar a impressão de se tratar não de um dever, como é o caso da aplicação da proporcionalidade, mas de uma mera recomendação” (*Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 168).

proporcionalidade em sentido estrito (as três sub-regras, ou “máximas parciais”, que serão analisadas à frente) não são sopesadas contra algo, não sendo possível dizer que elas tenham precedência em alguns casos e em outros não. Conforme o autor, “o que se indaga é, na verdade, se as máximas parciais foram satisfeitas ou não, e sua não-satisfação tem como consequência uma ilegalidade. As três máximas parciais devem ser, portanto, consideradas como regras”<sup>57</sup>.

Em que pese não ser uma regra de conduta, nem de atribuição de competência, a proporcionalidade é regra acerca da aplicação de outras regras, e pode ser compreendida como “uma estrutura formal de aplicação das normas-princípio”<sup>58</sup> ou, ainda, “uma regra especial, ou uma regra de segundo nível ou, por fim, uma metarregra”<sup>59</sup>.

A proporcionalidade é por vezes confundida com a razoabilidade<sup>60</sup>. No entanto, parte da doutrina promove distinção entre ambas, não só pela sua origem, mas também pela sua estrutura, abrangência e forma de aplicação.

A razoabilidade<sup>61</sup>, assim denominada “por influência argentina [...], quando na própria tradição britânica se fala em ‘princípio da irrazoabilidade’”<sup>62</sup>, foi referenciada em 1948, na Inglaterra, no caso *Associated Provincial Picture Houses Ltd. vs. Wednesbury Corporation*, no qual foi assentado que o Poder Judiciário poderia afastar os atos praticados por qualquer autoridade, caso caracterizada sua irrazoabilidade<sup>63</sup>, revelando-se como um teste apto a afastar atos absolutamente irrazoáveis ou absurdos, mas de maneira bem menos intensa do que a exigida pela proporcionalidade<sup>64</sup>.

<sup>57</sup> ROBERT ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 117, nota de rodapé 84.

<sup>58</sup> WILSON ANTONIO STEINMETZ, *Colisão de Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade*, p. 172.

<sup>59</sup> VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 169.

<sup>60</sup> Cf., por exemplo, os seguintes acórdãos do STF: ARE 956.058, Rel. Min. GILMAR MENDES, 2ª Turma, DJ 28.04.2017; AgRgAI 864.874, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, 1ª Turma, DJ 18.11.2016; HC 130.793, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, 2ª Turma, DJ 11.10.2016; ARE AgR 947.843, Rel. DIAS TOFFOLI, DJ 04.08.2016; RMS 33.911, Rel. Ministra CÁRMEN LÚCIA, 2ª Turma, DJ 20.06.2016; ADIn 2.418, Rel. TEORI ZAVASCKI, Pleno, DJ 17.11.2016.

<sup>61</sup> Para RENATO BRAZ MEHANNA KHAMIS, a razoabilidade é um princípio, inclusive, à luz de conceitos doutrinários divergentes, como o de ROBERT ALEXY, HUMBERTO ÁVILA e MARCELO NEVES. Já a proporcionalidade seria uma técnica metodologicamente estruturada para solucionar as colisões entre princípios (*Da proporcionalidade à razoabilidade: entre a técnica e o princípio*, p. 148-151 e 160).

<sup>62</sup> WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO, Princípio da proporcionalidade e teoria do direito. In: EROS ROBERTO GRAU; WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO, *Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, p. 283.

<sup>63</sup> A decisão dispõe que: “se uma decisão [...] é de tal forma irrazoável, que nenhuma autoridade razoável a tomaria, então pode a corte intervir”.

<sup>64</sup> VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *O proporcional e o razoável*, p. 29.

Para LUÍS ROBERTO BARROSO, em que pesem a razoabilidade e proporcionalidade serem consideradas como princípios sinônimos, suas origens são diversas. Assim, a origem do princípio da razoabilidade está ligada à garantia do devido processo legal (*due process of law*), remontando à cláusula *law of the land*, inscrita na Carta Magna, de 1215. Sua consagração moderna ocorre por meio da 5<sup>a</sup><sup>65</sup> e 14<sup>a</sup><sup>66</sup> Emendas à Constituição dos Estados Unidos da América<sup>67</sup>, tendo se disseminado por diversos ordenamentos jurídicos<sup>68</sup> como uma garantia processual (*procedural due process*).

Para o autor, a conexão mais próxima ocorre entre a razoabilidade e o devido processo legal substantivo (*substantive due process*), visto que:

[...] a cláusula enseja a verificação da compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados<sup>69</sup>, bem como a aferição da legitimidade dos fins. Somente presentes essas condições poder-se-á admitir a limitação a algum direito individual. Aliás, tais direitos não se limitam aos que se encontram expressamente previstos no texto, mas também incluem outros, fundados nos princípios gerais de justiça e liberdade<sup>70</sup>.

Já a regra da proporcionalidade tem sua origem na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão<sup>71</sup> e, de maneira mais sofisticada do que a razoabilidade, possui uma estrutura racionalmente definida “com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento de sopesamento em sentido estrito) [...]”<sup>72</sup>, sendo uma decorrência lógica da natureza dos princípios como mandamentos de otimização.

<sup>65</sup> Conforme a 5<sup>a</sup> Emenda (1791): “ninguém será privado da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal”.

<sup>66</sup> Conforme a 14<sup>a</sup> Emenda (1868): “nenhum Estado privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal”.

<sup>67</sup> LUÍS ROBERTO BARROSO, *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, p. 198.

<sup>68</sup> Conforme o inc. LIV do art. 5<sup>o</sup> da CF/1988: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

<sup>69</sup> Tal definição é compatível com o primeiro critério da regra da proporcionalidade: a adequação.

<sup>70</sup> LUÍS ROBERTO BARROSO, *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, p. 200-201.

<sup>71</sup> SUZANA DE TOLEDO BARROS aponta que o salto qualitativo no controle judicial das leis na Europa continental ocorreu devido à transposição, para o direito constitucional alemão, das teorias de limitação do poder de polícia desenvolvidas no direito administrativo francês: “[...] as condicionantes históricas viabilizaram a evolução do Estado alemão – e, por consequência, do seu direito constitucional, permitindo solidificar a ideia de limitação também do poder legislativo na tarefa de realização dos direitos fundamentais” (*O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, p. 42-43). WILSON ANTÔNIO STEINMETZ afirma que o princípio da proporcionalidade aparece como técnica para controlar e limitar o poder de polícia da Administração Pública, mas seu desenvolvimento e expansão o afirmam como técnica de controle dos limites aos direitos fundamentais: “no princípio, dirigia-se ao Poder Executivo, agora vincula[-se] a todos os Poderes Públicos” (*Colisão de Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade*, p. 147).

<sup>72</sup> ROBERT ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 116-117.

A fundamentação<sup>73</sup> da regra da proporcionalidade pode ser encontrada no caráter principiológico das normas de direitos fundamentais, chamada por ALEXY de “fundamentação a partir dos direitos fundamentais”<sup>74</sup>, sendo uma “implicação lógica e normativa dos princípios”<sup>75</sup>, não excluindo o autor outras justificações, a exemplo daquelas que se baseiam no Estado de Direito, na prática jurisprudencial ou no conceito de justiça<sup>76</sup>.

Conforme doutrinado por ALEXY, as sub-regras da adequação e da necessidade decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas, ao passo que a sub-regra da proporcionalidade, ao exigir o sopesamento entre princípios colidentes, concerne às possibilidades jurídicas.

A aplicação da regra da proporcionalidade impõe a observância de uma ordem predefinida de análise das sub-regras, que se relacionam de forma subsidiária. Desta forma, o exame da adequação precede o da necessidade, que, por sua vez, é anterior ao da proporcionalidade em sentido estrito. Assim, nem sempre será necessária a aplicação de todas as sub-regras, pois a regra da proporcionalidade pode se exaurir já no exame da adequação do ato estatal<sup>77</sup> para a promoção dos objetivos pretendidos. Em outros casos, será necessária a aplicação de todas as sub-regras, até a etapa do sopesamento<sup>78</sup>.

Em outros, ainda, em que inexista medida concreta a ser testada, por não haver qualquer regra infraconstitucional que discipline a colisão entre os princípios (a

---

<sup>73</sup> Também é possível advogar o seu reconhecimento em virtude do disposto no § 2º do art. 5º da CF/1988: “Art. 5º [...] § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

<sup>74</sup> ROBERT ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 120. WILSON ANTONIO STEINMETZ pontua que a ausência de um enunciado normativo explícito sobre a proporcionalidade na maioria das Constituições dos Estados Democráticos de Direito (e cita como exceção a Constituição da República Portuguesa, de 1976, que faz referência expressa ora à proporcionalidade em sentido amplo, ora às sub-regras da adequação e da necessidade, cf. seus artigos 18.2; 19.4; 19.8; 272.2) levantou o problema da fundamentação normativo-constitucional. Assim, a doutrina procurou justificar o “princípio da proporcionalidade” em diversas vias, como o Estado de Direito; o conteúdo essencial dos direitos fundamentais; o princípio da dignidade humana; a cláusula do *due process of law*; ou em uma pluralidade de fundamentos normativos (*Colisão de Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade*, p. 159-168).

<sup>75</sup> WILSON ANTONIO STEINMETZ, *Colisão de Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade*, p. 171.

<sup>76</sup> ROBERT ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 120.

<sup>77</sup> No transcorrer deste estudo, será observado que nem sempre a medida concreta a ser testada é um ato estatal. Em algumas hipóteses, pediremos licença teórica para utilizar a pretensão do autor da demanda para tanto.

<sup>78</sup> VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *O proporcional e o razoável*, p. 34-36.

situação não foi objeto de ponderação por parte do legislador), ocorrerá apenas “um sopesamento entre os potenciais princípios aplicáveis na resolução do caso concreto”<sup>79</sup>, ou seja, será realizado unicamente o exame da proporcionalidade em sentido estrito.

Tecendo algumas considerações sobre as sub-regras, o exame da adequação, ou, conforme alguns autores<sup>80</sup>, da idoneidade ou conformidade, objetiva indagar se a medida estatal adotada é adequada para fomentar a realização do objetivo perseguido<sup>81</sup>, ou seja, se este objetivo é promovido ainda que não seja completamente realizado<sup>82</sup>.

Conforme a doutrina, “a adequação dos meios aos fins traduz-se em uma exigência de que qualquer medida restritiva deve ser idônea à consecução da finalidade perseguida [...]”<sup>83</sup>, pressupondo que “conceitualmente, saiba-se o que significam meio e fim e que, empiricamente, identifique-se claramente o meio e o fim que estruturam a restrição do direito fundamental”<sup>84</sup>.

A análise da segunda sub-regra, a da necessidade, por vezes também denominada exigibilidade<sup>85</sup>, indispensabilidade, menor ingerência possível ou intervenção mínima<sup>86</sup>, é um teste comparativo, no qual deve se aferir se o ato estatal é necessário quando cotejado a outras alternativas que poderiam ter sido utilizadas para o mesmo objetivo. Assim, “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”<sup>87</sup>.

---

<sup>79</sup> VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 179.

<sup>80</sup> SUZANA DE TOLEDO BARROS, *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, p. 74. WILSON ANTONIO STEINMETZ, *Colisão de Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade*, p. 149.

<sup>81</sup> VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 170.

<sup>82</sup> GILMAR FERREIRA MENDES e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO sustentam posição diversa, exigindo que as medidas interventivas adotadas “se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos” (*Curso de Direito Constitucional*, p. 225).

<sup>83</sup> SUZANA DE TOLEDO BARROS, *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, p. 74.

<sup>84</sup> WILSON ANTONIO STEINMETZ, *Colisão de Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade*, p. 149.

<sup>85</sup> SUZANA DE TOLEDO BARROS, *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, p. 76. WILSON ANTONIO STEINMETZ, *Colisão de Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade*, p. 149.

<sup>86</sup> WILSON ANTONIO STEINMETZ, *Colisão de Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade*, p. 149.

<sup>87</sup> GILMAR FERREIRA MENDES e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, *Curso de Direito Constitucional*, p. 225.

No mais, não basta afirmar que o meio escolhido pelo legislador não é o que menor lesividade ocasiona, devendo o julgador “indicar qual o meio mais idôneo e por que objetivamente produziria menos consequências gravosas, entre os vários meios adequados ao fim colimado”<sup>88</sup>.

Como elucida VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, no teste da necessidade não é questionado se há medidas mais eficientes que a medida estatal adotada, “mas apenas se há medidas tão eficientes quanto, mas que restrinjam menos o direito afetado”<sup>89</sup>.

O critério da menor prejudicialidade é o adotado quando da comparação e, havendo empate neste quesito, o caso deve ser solucionado com a verificação de qual é o meio ou a medida mais eficaz.

Com base nessa premissa, WILSON ANTÔNIO STEINMETZ faz uma provocação questionando: mas qual será o legítimo, se houver um meio menos gravoso, porém menos eficaz que o outro?

Conforme esclarece o próprio autor:

A questão comporta no mínimo duas respostas. Uma é a que prevalece na jurisprudência e na doutrina alemãs, segundo a qual a eficácia do meio menos prejudicial deverá ser, no mínimo, igual à do meio mais prejudicial. Caso contrário, não será exigível a substituição deste por aquele. A outra resposta enuncia que a condição para que a medida menos gravosa substitua a mais prejudicial é de que seja suficientemente apta ou eficaz para a consecução da finalidade perseguida<sup>90</sup>.

Quanto à diferença entre o exame da adequação e o da necessidade, VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA pontua que:

[...] enquanto o teste da adequação é absoluto e linear, ou seja, refere-se pura e simplesmente a uma relação meio e fim entre uma medida e um objetivo, o exame da necessidade tem um componente adicional, que é a consideração das medidas alternativas para se obter o mesmo fim. O exame da necessidade é, assim, um exame imprescindivelmente comparativo<sup>91</sup>.

Já a sub-regra da proporcionalidade “expressa o que significa a otimização em relação aos princípios colidentes”<sup>92</sup> e pode ser dividida em três passos. Em um

<sup>88</sup> SUZANA DE TOLEDO BARROS, *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, p. 78.

<sup>89</sup> VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 173-174.

<sup>90</sup> WILSON ANTONIO STEINMETZ, *Colisão de Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade*, p. 149.

<sup>91</sup> VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 171.

<sup>92</sup> ROBERT ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 593.

primeiro momento, deve ser avaliado o grau de não satisfação ou de afetação de um dos princípios; na segunda fase, a importância da satisfação do princípio colidente; por fim, na terceira etapa, “[...] se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou a não-satisfação do outro princípio”<sup>93</sup>.

ALEXY formula a lei do sopesamento nos seguintes termos: “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”<sup>94</sup>.

A lei indica o que é importante no sopesamento: de um lado, o grau ou a intensidade da não satisfação ou da afetação de um princípio e, de outro lado, o grau de importância da satisfação de outro princípio<sup>95</sup>.

Para avaliação do grau de não satisfação ou de afetação de um princípio e a importância da satisfação do outro, ALEXY apresenta um modelo em três níveis ou triádico, identificados por meio dos termos “leve”, “moderado” e “sério”. Assim, “aquilo que é avaliado como *l*, *m* ou *s* é o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio e importância da satisfação do outro”, sendo possível também se falar em “intensidade da intervenção”<sup>96</sup>.

Quanto à segunda grandeza, concernente à importância da satisfação do outro princípio, ao contrário do que ocorre com a intensidade da intervenção, o grau de importância não precisa ser compreendido como uma grandeza concreta, sendo possível a construção de um conceito que reúna uma grandeza concreta e uma grandeza abstrata. Como exemplo, ROBERT ALEXY cita a vida humana, que tem, “em abstrato, um peso maior do que a liberdade de se fazer ou deixar de fazer o que queira”<sup>97</sup>.

Impõe-se uma fundamentação racional dos enunciados que estabeleçam preferências condicionadas entre princípios colidentes. Entre as razões para argumentação, encontra-se a referência a fatos, a regularidades empíricas e a juízos normativos<sup>98</sup>.

---

<sup>93</sup> ROBERT ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 594.

<sup>94</sup> *Ibidem*, p. 167.

<sup>95</sup> *Ibidem*, p. 171.

<sup>96</sup> *Ibidem*, p. 599-600.

<sup>97</sup> *Ibidem*, p. 600.

<sup>98</sup> *Ibidem*, p. 172.

Para a medida ser reprovada no teste da proporcionalidade em sentido estrito, ela não precisa levar à não realização de um direito fundamental, bastando “que os motivos que fundamentam a adoção da medida não tenham peso suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido”<sup>99</sup>.

O modelo de sopesamento associa a lei da colisão à teoria da argumentação jurídica racional, na medida em que é objetivamente fundamentada, sendo uma tarefa de otimização<sup>100</sup>.

ALEXY formulou, inclusive, a “lei do sopesamento” e a “fórmula do peso”<sup>101</sup> para expressar a racionalidade de suas teses, contrapondo um modelo fundamentado do enunciado de preferência condicionada ao modelo decisionista<sup>102</sup>.

No entanto, não devem ser olvidadas as diversas objeções e críticas<sup>103</sup> tecidas pela doutrina, tanto estrangeira<sup>104</sup> como nacional<sup>105</sup>, à teoria dos princípios e à regra da proporcionalidade.

---

<sup>99</sup> VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *O proporcional e o razoável*, p. 41.

<sup>100</sup> ROBERT ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 173. Conforme MARCEL LEONARDI, “o que o conceito de mandamento de otimização impõe é o que se pode chamar de ideia regulativa, ou seja, uma ideia que sirva para guiar a argumentação em um determinado sentido. Várias podem ser as respostas que satisfaçam as exigências de otimização. Quanto maior o número de variáveis – e de direitos – envolvidos em um caso concreto, maior tenderá a ser a quantidade de respostas que satisfaçam o critério da otimização” (*Tutela e Privacidade na Internet*, p. 111).

<sup>101</sup> Não nos deteremos, entretanto, na representação gráfica das equações, pois, em sintonia com VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, nos posicionamos no sentido de que não é possível “substituir a argumentação jurídica por métodos matemáticos e geométricos” (*Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 176). Nesta mesma linha, nos filiamos ao pensamento de RECASÉNS SICHES (*Introducción al estudio del Derecho*, p. 210-262 apud WILSON ANTONIO STEINMETZ, *Colisão de Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade*, p. 188-189), que, ao distinguir a lógica formal da lógica racional, ressalta que a primeira deve ser expulsa do campo prático do direito, visto que a solução dos problemas práticos da existência humana, sejam jurídicos, políticos ou éticos, quase nunca são apreensíveis por esquemas formais abstratos.

<sup>102</sup> ROBERT ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 165.

<sup>103</sup> VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA responde a uma série de críticas à teoria externa que resvalam na própria teoria dos princípios. Entre elas, ressalta as objeções da contradição lógica; da ilusão desonesta; da racionalidade; da segurança jurídica; da inflação judiciária e dos direitos irreais (*Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 143-156).

<sup>104</sup> ALEXY contesta as críticas em sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais* (p. 163-179 e posfácio).

<sup>105</sup> Um dos maiores críticos brasileiros é LÊNIO LUIZ STRECK, para quem a utilização da técnica da ponderação de princípios serve para autorizar o exercício da ampla discricionariedade e coroar o ativismo judicial. Segundo o autor: “[...] o uso da ponderação é também nesse ramo do direito outro sintoma de uma espécie de ‘constitucionalismo da efetividade’, pelo qual o mesmo ‘princípio’ é utilizado para sustentação de teses antitéticas [...]. Como se sabe, em nome do ‘sopesamento entre fins e meios’ (a assim denominada ‘ponderação’), é possível chegar às mais diversas respostas, ou seja, casos idênticos acabam recebendo decisões diferentes, tudo sob o manto da ‘ponderação’ e suas decorrências. Veja-se, por exemplo, que, em nome de princípios *ad hoc* (e todos os dias são inventados novos *standards* que se pretendem ‘princípios’ [...]), um acusado é posto em liberdade no Rio Grande do Sul e outro é mantido preso em Santa Catarina” (*O que é isto – decido conforme minha consciência?*, p. 54-55). Quanto às considerações do jurista, não

Entre os argumentos mais impactantes, sustenta-se que a regra da proporcionalidade não utiliza critérios objetivos e não seria “nada mais que um decisionismo disfarçado”<sup>106</sup>.

No entanto, é necessário pontuar que não há racionalidade que exclua por completo qualquer subjetividade<sup>107</sup> na interpretação e aplicação do direito, visto que até mesmo o método da subsunção não pode ser considerado um processo estritamente racional e objetivo<sup>108</sup>.

HANS Kelsen doutrina que o direito “[...] forma uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pela qual é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que [a] preencha [...] em qualquer sentido possível”<sup>109</sup>, e ressalta a inexistência de qualquer método classificado como de Direito positivo que destaque como “correta” apenas uma das várias significações verbais de uma norma.

No mais, a ciência jurídica e a metodologia não estão livres de juízos de valor<sup>110</sup>, não significando tal necessidade, contudo, que “há um campo livre para

---

negamos a existência do ativismo judicial e sua prática por meio do “panprincipiologismo”, mas atribuímos tais distorções à aplicação corrompida da teoria da ponderação de princípios de ALEXEY. No mais, conforme o exemplo de STRECK, pode ser que as circunstâncias de um eventual caso concreto legitimem a liberdade do acusado no Rio Grande do Sul e a detenção do outro sujeito em Santa Catarina. Além das críticas de STRECK, citem-se as de HUMBERTO ÁVILA, *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 44 e ss.; e MARCELO NEVES, *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*, p. 77-88.

<sup>106</sup> VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 146.

<sup>107</sup> Quanto à interpretação e aplicação das leis, como na revelação do Direito pelos Tribunais, há teses bem mais ácidas, como a defendida pela escola crítica do direito ou a dos estudos jurídicos críticos (*critical legal studies*, cf. por todos DUNCAN KENNEDY, *Izquierda y derecho: ensaios de teoria jurídica crítica*, passim). Conforme elucidado por DWORKIN, os adeptos da escola crítica do direito advogam que a convicção política desempenha um importante papel na decisão judicial, refletindo a forma do direito “ideologia, poder e aquilo que é erroneamente chamado de ‘lógica’”. Assim, “nunca existe direito relativo a nenhum tópico ou questão, mas apenas retórica que os juízes utilizam para mascarar decisões que, na verdade, são ditadas por preferências ideológicas ou de classe” (*O império do direito*, p. 13 e 323). No Brasil, ANTONIO CARLOS WOLKMER considera equivocada a postura daqueles “que acreditam que os magistrados, na missão que lhes compete, mesmo pretendendo agir com inteira isenção e equidistância, são inteiramente orientados por diretrizes neutras e princípios inatacáveis que pairam acima das demandas abusivas, das desregrações múltiplas, dos interesses e dos conflitos de classe [...]”. (*Ideologia, Estado e Direito*, p. 193).

<sup>108</sup> VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 147.

<sup>109</sup> HANS Kelsen, *Teoria pura do direito*, p. 390.

<sup>110</sup> ROBERT ALEXEY assevera que: “Em quase todos os escritos de metodologia destaca-se atualmente que a ciência do Direito e a jurisprudência não podem prescindir de tais valorações. Nesse sentido, Larenz fala do ‘reconhecimento de que a aplicação da lei não se esgota na subsunção, mas exige, em grande medida, valorações do aplicador’. Müller considera que ‘uma ciência do Direito e uma jurisprudência sem decisões nem valorações [...] [não seriam] nem prática[s] nem rea[is]’. Esser constata que ‘as valorações [...] [têm] uma importância central, de algum modo problemática, em todas as decisões’. Kriele chega à conclusão de que não se pode ‘desconhecer o elemento valorativo, normativo-teleológico e político-jurídico contido em toda interpretação’. Engisch reconhece que ‘as próprias leis em todos os ramos do Direito [são] atualmente

convicções morais subjetivas [...] dos aplicadores do Direito”<sup>111</sup>, pois há possibilidade de objetivar algumas valorações<sup>112</sup>.

Assim, em que pese não existir um modelo absoluto e irrefutável de fundamentação, há uma racionalidade possível<sup>113</sup>, visto que a regra da proporcionalidade, em especial a ponderação de bens:

[...] não conduz a um único resultado possível correto, a uma resposta correta, porque é um procedimento aberto. Contudo, seu resultado pode ser racionalmente fundamentado. Uma racionalização possível, é bem verdade; mas uma racionalidade. A ponderação de bens [...] não permite ou autoriza sustentar qualquer coisa, tomar qualquer decisão. Que isso é correto evidenciam a lei de colisão, a lei da ponderação e o modelo jusfundamental de ponderação de Alexy<sup>114</sup>.

Como reconhecido por ALEXY, “o sopesamento não é um procedimento que conduza, em todo e qualquer caso, a um resultado único e inequívoco”<sup>115</sup>, até mesmo porque a determinação do valor a ser atribuído conforme as escalas de graduação será variável segundo as concepções morais e ideologias políticas do aplicador do Direito, visto que não há previsão explícita do peso abstrato a ser atribuído a cada princípio, que acaba sendo definido de acordo com as concepções daquele que realiza o sopesamento.

A aplicação de forma oblíqua da teoria dos princípios ou a ausência da descrição de parâmetros que possam conferir maior racionalidade às decisões prolatadas pelas autoridades competentes não são motivações suficientes para fulminar ou desprezar o método que, a nosso ver, além de homenagear de forma ampla o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, é o que mais tem contribuído, por meio de um controle argumentativo racional e objetivo, para a redução da margem de arbitrariedade e dos rompantes subjetivistas quando da colisão de normas jusfundamentais.

---

construídas de modo que os juízes e a Administração Pública não ordenam e fundamentam suas decisões através da subsunção a rígidos conceitos jurídicos cujo conteúdo se revela, com certeza, através da interpretação, mas têm de valorar autonomamente e decidir como legisladores” (*Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*, p. 23-24).

<sup>111</sup> ROBERT ALEXY, *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*, p. 26.

<sup>112</sup> *Ibidem*, p. 26.

<sup>113</sup> WILSON ANTONIO STEINMETZ, *Colisão de Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade*, p. 214-215.

<sup>114</sup> *Ibidem*, p. 215-216.

<sup>115</sup> ROBERT ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 164.

## 2.4 Suporte fático dos direitos fundamentais

Em sua obra *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE questiona se é possível invocar a liberdade de expressão para injuriar uma pessoa, ou ainda, entre diversos exemplos, alguns um tanto quanto exóticos, arvorar-se da liberdade artística para legitimar a morte de um ator no palco ou da liberdade religiosa para realizar sacrifícios humanos<sup>116</sup>.

Para o autor, partidário da teoria do suporte fático restrito, a resposta é negativa, pois:

Nestes, como em muitos outros casos, não estamos propriamente numa situação de conflito entre o direito invocado e outros direitos ou valores, por vezes expressos através de deveres fundamentais: é o próprio preceito constitucional que não protege essas formas de exercício do direito fundamental, é a própria Constituição que, ao enunciar os direitos, exclui do respectivo programa normativo a proteção a esse tipo de situações<sup>117</sup>.

Para VIEIRA DE ANDRADE e outros adeptos da teoria do suporte fático restrito<sup>118</sup>, não há que se falar em colisão de direitos fundamentais, tampouco de restrição, pois determinada ação, estado ou posição jurídica são considerados excluídos *a priori* de qualquer proteção.

Ainda conforme o autor português:

Essa delimitação substancial justifica-se, desde logo, pela vantagem prática de evitar que venha a considerar-se como uma situação de conflito de direitos aquela em que o conflito é apenas aparente: não tem sentido fazer uma ponderação, que pressupõe a consideração de dois valores, quando estamos perante um comportamento que não pode, em caso algum, considerar-se constitucionalmente protegido, pois que, não existindo à partida um dos direitos, a solução só pode ser a da afirmação total do outro<sup>119</sup>.

Apesar da aparente simplificação da questão, a teoria restritiva apresenta alguns problemas, como o excesso de subjetivismo alicerçado meramente na intuição e as concepções morais particulares e seus desdobramentos, como a arbitrariedade e a falta

---

<sup>116</sup> JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 294.

<sup>117</sup> *Ibidem*, p. 294-295.

<sup>118</sup> A exemplo de JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, 2014, p. 341-351.

<sup>119</sup> JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 288.

de transparência na valoração do que é protegido por um direito fundamental daquilo que não o é.

A suposta facilidade da resposta negativa em exemplos extremos, como no questionamento sobre a possibilidade de um artista montar um cavalete de pintura e realizar seus trabalhos em um cruzamento viário movimentado<sup>120</sup>, não se mostra consentânea aos casos práticos, reveladores de uma complexidade maior e usualmente não caracterizados por aspectos tão exorbitantes.

A teoria do suporte fático restrito é imprecisa na delimitação do âmbito de proteção dos direitos, carecendo de critérios objetivos para tanto, além de enfrentar “os riscos inerentes de definições muito estáticas, não compatíveis com a cambialidade da realidade complexa, num modelo de definições apriorísticas”<sup>121</sup>, oferecendo guarida apenas àquilo que seja considerado tradicional ou convencional, ligado ao senso comum.

Por outro lado, a sedimentação de posicionamentos sem qualquer cientificidade ou argumentação é passível de maleabilidade e se traduz em insegurança jurídica, pois a delimitação tende a ser mutante conforme a potência das partes litigantes, ou até mesmo de acordo com interesses intuitivo-moralistas do próprio julgador.

Ao versar sobre o conservadorismo de algumas formas de delimitação do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA cita hipótese bastante pertinente ao tema estudado. Em crítica à chamada interpretação genética da Constituição, na qual se analisa material do processo legislativo na busca da intenção do legislador constituinte originário, exemplifica com a impossibilidade da previsão, à época da promulgação da Carta de 1988, de que a liberdade de expressão e as eventuais ofensas aos direitos fundamentais da personalidade seriam exponencializadas pelo uso de computadores e da Internet<sup>122</sup>.

A utilização de um suporte fático restrito impõe menor grau de proteção aos direitos fundamentais, bastando a alegação de que tal conduta não se enquadra no âmbito

---

<sup>120</sup> Exemplo dado por FRIEDERICH MÜLLER e citado por ROBERT ALEXY, que confere complexidade à hipótese ao apresentar uma série de variáveis (*Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 313).

<sup>121</sup> MARCOS SAMPAIO DE SOUZA, *O conteúdo essencial dos direitos sociais no constitucionalismo brasileiro*, p. 147.

<sup>122</sup> VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 95.

de proteção de determinado direito para sua exclusão, não se exigindo fundamentação para atos que levarão a potenciais restrições.

Por isso, VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA assevera que “aceitar os pressupostos teóricos da teoria dos princípios nos moldes desenvolvidos por ALEXY implica necessariamente a rejeição das teorias restritivas sobre o suporte fático”<sup>123</sup>.

Isto porque, conforme o autor germânico, “tudo aquilo que apresentar uma característica que – considerada isoladamente – seja suficiente para a subsunção ao suporte fático é considerado como típico”, incluindo “no âmbito de proteção de cada princípio de direito fundamental tudo aquilo que milite em favor de sua ponderação”<sup>124</sup>.

Doutrina VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA sobre o suporte fático amplo que:

Toda ação, estado ou posição jurídica que tenha alguma característica que, isoladamente considerada, faça parte do “âmbito temático” de um determinado direito fundamental deve ser considerada como abrangida por seu âmbito de proteção, independentemente da consideração de outras variáveis<sup>125</sup>.

Pela teoria do suporte fático amplo, por exemplo, o direito à liberdade de informação jornalística protege *prima facie* toda e qualquer informação de cunho jornalístico, não importando o conteúdo, se ofensivo ou não, se dotado de interesse público ou não, a forma, o local, o dia ou o horário. O âmbito de proteção é amplíssimo, sem que isso signifique absolutização do direito, pois, sendo um princípio, o próprio conceito de mandamento de otimização já prevê que a sua realização possa ser restringida por um princípio colidente.

Há distinção entre aquilo que é protegido *prima facie* e o que é protegido definitivamente, e isso é estabelecido somente em uma situação concreta, com todas as suas peculiaridades fáticas e jurídicas e após eventual sopesamento.

Assim, a estrutura do direito fundamental na teoria assentada no suporte fático amplo:

[...] é dinâmica e atualizada em cada caso que se apresenta ao aplicador do direito. A definição do que é protegido é cambiante, dependente do cumprimento de pressupostos de justificação constitucional das intervenções feitas ao perceber-se a definitividade do direito protegido. Nesse caso, a

---

<sup>123</sup> VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 67.

<sup>124</sup> ROBERT ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 322.

<sup>125</sup> VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 109.

centralidade do exame reside na observação acerca da fundamentação das restrições para a dogmática dos direitos fundamentais<sup>126</sup>.

A teoria do suporte fático amplo confere maior proteção aos direitos fundamentais, pois pressupõe que as restrições a outro direito fundamental, em vista das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto, sejam acompanhadas de grande ônus argumentativo para demonstrar sua constitucionalidade<sup>127</sup>.

É a plena aplicação do constitucionalismo discursivo, conforme conceito de ALEXY, em que se impõe a apresentação de justificativas constitucionais, racionais e coerentes para a restrição de um direito.

## 2.5 Restrições a direitos fundamentais

A adoção da teoria do suporte fático amplo com a concomitante ampliação do conceito de intervenção estatal tende a ocasionar colisões mais frequentes entre direitos fundamentais, das quais resultarão restrições nos casos concretos. Exatamente por isso, é necessário promover uma análise concernente à dinâmica entre os direitos e seus limites/restrições, para a qual a doutrina apresenta dois enfoques: a teoria interna e a externa<sup>128</sup>.

A chamada teoria interna sustenta que há limites imanentes ao próprio direito, visto como algo único, autolimitado, não influenciado por externalidades e com um conteúdo definitivo concebido aprioristicamente.

Em tal proposta, inexistente distinção entre direito *prima facie* e direito definitivo. Assim, em termos de estrutura normativa, os direitos definidos a partir desse enfoque terão sempre a estrutura de regras, seguindo o raciocínio “tudo ou nada”, que obsta a incidência do sopesamento<sup>129</sup>.

A ideia dos limites imanentes é uma das principais propostas que objetivam demonstrar a possibilidade da limitação de direitos “internamente”, sem a necessidade de

---

<sup>126</sup> MARCOS SAMPAIO DE SOUZA, *O conteúdo essencial dos direitos sociais no constitucionalismo brasileiro*, p. 147.

<sup>127</sup> VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 112.

<sup>128</sup> *Ibidem*, p. 127.

<sup>129</sup> *Ibidem*, p. 129.

recorrer às restrições externas<sup>130</sup>. Conforme essa teoria, os direitos fundamentais encontram seus limites, implícita ou explicitamente, no próprio texto constitucional.

Nas palavras de VIEIRA DE ANDRADE:

[...] é o próprio preceito constitucional que não protege essas formas de exercício do direito fundamental, é a própria Constituição que, ao enunciar os direitos, exclui do respectivo programa normativo a proteção a esse tipo de situações. [...] Preferimos, por isso, considerar a existência de limites imanentes implícitos nos direitos fundamentais, sempre que (e apenas quando) se possa afirmar, com segurança e em termos absolutos, que não é pensável em caso algum que a Constituição, ao proteger especificamente um certo bem através da concessão e garantia de um direito, possa estar a dar cobertura a determinadas situações ou formas do seu exercício; sempre que, pelo contrário, deva concluir-se que a Constituição as exclui sem condições nem reservas<sup>131</sup>.

A argumentação embasada nos limites imanentes traz os mesmos riscos encontrados quando da análise da teoria do suporte fático restrito: arbitrariedade, intuições moralistas e falta de transparência na definição do que está inserido nestes limites e do que não está.

Tendo em vista que o referencial teórico deste trabalho é alicerçado na teoria dos princípios, temos como premissa que a regra da proporcionalidade ou, isoladamente, a sua terceira sub-regra (ponderação/sopesamento) – na hipótese de inexistência de medida estatal concreta a ser testada<sup>132</sup> – são as principais formas de controle às restrições aos direitos fundamentais, e estas revelam-se incompatíveis com a teoria interna que, por definir “por dentro” os limites de cada direito, impossibilita a incidência de restrições externas, obstando qualquer colisão.

Conforme ROBERT ALEXY:

Saber se é correta a teoria externa ou a teoria interna é algo que depende essencialmente da concepção de normas de direitos fundamentais como regras ou como princípios, ou seja, da concepção das posições de direitos fundamentais como posições definitivas ou *prima facie*. Se se parte de posições

<sup>130</sup> Além dos limites imanentes, VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA cita a teoria institucional dos direitos fundamentais como estratégia argumentativa a justificar a teoria interna, que tem como expoente Häberle (*Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 137).

<sup>131</sup> JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 295.

<sup>132</sup> Informe-se, entretanto, que há autores que consideram que a medida concreta a ser testada não necessita ser uma regra infraconstitucional, podendo ser a pretensão do autor da demanda judicial ou a ordem proferida pelo juiz (Cf. PAMELA GABRIELLE MENEGUETTI, *Os mecanismos de busca na Web e as colisões entre o direito à informação e os direitos da personalidade*; CIRO TORRES FREITAS, *Liberdade de Informação Jornalística e censura na Internet*). No Capítulo 5 deste estudo, em um exercício acadêmico para aplicação da regra da proporcionalidade em sua totalidade, será pedida licença teórica para também se utilizar como medida concreta a ser testada a pretensão do autor da demanda, e não o ato estatal (visto ser inexistente nas hipóteses a serem apresentadas).

definitivas, então, a teoria externa pode ser refutada; se se parte de posições *prima facie*, então, é a teoria interna que o pode ser<sup>133</sup>.

Ao contrário da teoria interna, que considera o direito e seus limites como algo uno, a teoria externa argumenta que há o direito em si e, separadas dele, as suas restrições, que, “qualquer que seja sua natureza, não têm qualquer influência no conteúdo do direito, podendo apenas, no caso concreto, restringir seu exercício”<sup>134</sup>.

JORGE REIS NOVAIS denomina o fenômeno como “reserva geral imanente de ponderação”:

Os direitos de terceiros ou outros bens constitucionais que colidam com os direitos fundamentais não são os seus limites, ou seja, não excluem *a priori*, qualquer exercício de direito fundamental que eventualmente afecte esses bens. O que se passa é que, tendo os direitos fundamentais uma validade condicionada à cedência perante valores que apresentem, no caso concreto, um maior peso, pode acontecer que, por força de sua colisão com esses bens, os interesses de liberdade jusfundamentalmente protegidos tenham que ceder. Já, porém, a colisão dos mesmos bens num outro caso concreto pode ser resolvida num sentido ou numa medida de restrição completamente diferente, seja pela novidade das circunstâncias envolventes seja pela diversidade das específicas modalidades, áreas ou recorte dos interesses de liberdade e dos bens em colisão. [...] Logo, não é possível descrever, em abstracto e *a priori*, os limites do direito em questão, pelo que não se deve falar aí em limites imanentes, mas antes em reserva legal imanente de ponderação enquanto fundamento constitucional implícito que pode, eventualmente, justificar as restrições assim actuadas<sup>135</sup>.

A definição do conteúdo definitivo somente pode ser observada após o sopesamento ou aplicação da regra da proporcionalidade ao caso concreto, havendo a possibilidade de controle da intervenção estatal no âmbito normativo, visto que todas as restrições devem ser constitucionalmente fundamentadas. Conforme nossas premissas, não há uma definição apriorística do que está protegido pelo direito fundamental, como preconizado pela teoria interna.

## 2.6 Conteúdo essencial dos direitos fundamentais

Tecidas as considerações sobre a teoria dos princípios, a regra da proporcionalidade, bem como sobre a adoção da chamada teoria externa e a do suporte

<sup>133</sup> ROBERT ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 278.

<sup>134</sup> VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 138

<sup>135</sup> JORGE REIS NOVAIS, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, p. 572-573.

fático amplo dos direitos fundamentais, resta o questionamento sobre seu conteúdo essencial<sup>136</sup>.

Assim, há de ser cogitado se existe um “coração do direito”, nas palavras de VIEIRA DE ANDRADE<sup>137</sup>, um núcleo duro, inexpugnável e intangível ao poder público, em sua ação ou omissão, um “reduto último intransponível” dos direitos fundamentais, conforme CANOTILHO<sup>138</sup>.

Partindo de uma perspectiva subjetiva e individual<sup>139</sup>, e não apenas de uma garantia objetiva à sociedade, visto que, a nosso ver, são dimensões complementares<sup>140</sup>, até porque é “perfeitamente possível – e provável – que uma restrição, ou até mesmo uma eliminação, da proteção de um direito fundamental em um caso concreto individual não afete sua dimensão objetiva”<sup>141</sup>, mas possa significar uma violação ao conteúdo daquele direito no caso concreto, questiona-se qual o valor de proteção ofertada pela garantia do núcleo essencial. Há uma garantia absoluta, intransponível, imune a quaisquer restrições, ou existe uma variação deste conteúdo essencial dos direitos fundamentais, relativizável, a depender dos direitos envolvidos em cada hipótese?

Para a teoria que defende um conteúdo essencial absoluto, “cada direito fundamental tem um núcleo, no qual não é possível intervir em hipótese nenhuma”<sup>142</sup>, possuindo um conteúdo irrestringível abstratamente determinado, “uma proibição

---

<sup>136</sup> Em que pese a Carta de 1988 não dispor expressa e diretamente a respeito da matéria, GILMAR FERREIRA MENDES e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO asseveram que: “embora omissa no texto constitucional brasileiro, a ideia de um núcleo essencial decorre do próprio modelo garantístico utilizado pelo constituinte”. Os autores informam ainda que há ordenamentos que consagram expressamente a proteção do núcleo essencial, “como se lê no art. 19, II, da Lei Fundamental Alemã, que estabelece que ‘em nenhum caso poderá ser um direito fundamental violado em sua essência’” (*Curso de Direito Constitucional*, p. 210 e 213).

<sup>137</sup> JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 304.

<sup>138</sup> J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, p. 461.

<sup>139</sup> Ao comentar o art. 19, II, da Lei Fundamental Alemã, ROBERT ALEXY assevera que: “Se a Constituição estabelece algo tão importante quanto uma proibição de afetação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, então, isso diz respeito no mínimo também a posições de direitos fundamentais individuais” (*Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 297).

<sup>140</sup> “Se se afirma o caráter pluridimensional dos direitos fundamentais e se reconhece que o direito fundamental tanto pode ser visto sob o aspecto objetivo como subjetivo, então tem-se de admitir que as variantes de interpretação do referido princípio não se haverão de fazer, necessariamente, num esquema de exclusão (ou-ou; *entweder-oder*), mas num raciocínio de ampliação (*tanto-quanto; sowohl-als auch*).” (GILMAR FERREIRA MENDES; PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, *Curso de Direito Constitucional*, p. 213).

<sup>141</sup> VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 186.

<sup>142</sup> ROBERT ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 298.

absoluta, um limite fixo, um mínimo de valor inatacável”<sup>143</sup>, verdadeiro “limite do limite para a própria ação legislativa, consistente na identificação de um espaço insuscetível de regulação”<sup>144</sup>.

A dificuldade em sustentar a ideia da existência de um núcleo fundamental permanente, tendo em vista a realidade cambiante resultante da dinâmica social, fez com que a doutrina apresentasse a subdivisão entre conteúdo essencial absoluto-dinâmico e conteúdo essencial absoluto-estático.

Conforme a teoria absoluta e dinâmica, o conteúdo essencial pode ser modificado com o transcurso do tempo, não se caracterizando como algo imutável. A palavra “absoluto” apenas implicaria uma vedação de relativização daquilo que é protegido pelo conteúdo essencial de acordo com urgência e contingências<sup>145</sup>.

No que concerne à teoria absoluta e estática, defende-se a imutabilidade do núcleo essencial, verdadeira petrificação do conteúdo essencial, não apenas em sentido espacial, mas também material-temporal<sup>146</sup>.

As críticas tecidas à teoria interna e ao suporte fático restrito aqui também são válidas, pois não há objetividade na definição do que faz parte desse núcleo e do que não faz, configurando, a nosso ver, verdadeira fórmula vazia.

A recorrência à dignidade humana<sup>147</sup> como núcleo essencial de todos os direitos fundamentais, como faz VIEIRA DE ANDRADE<sup>148</sup>, apresenta problemas, consoante demonstrado por VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA:

[...] O primeiro deles, metodológico, reside no fato de que, caso o conteúdo essencial absoluto de todos os direitos fundamentais seja a dignidade, então, é

<sup>143</sup> JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 305.

<sup>144</sup> GILMAR FERREIRA MENDES; PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, *Curso de Direito Constitucional*, p. 211.

<sup>145</sup> VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 188.

<sup>146</sup> *Ibidem*, p. 189.

<sup>147</sup> Inclusive, neste trabalho, optamos por não fundamentar os princípios em colisão na dignidade da pessoa humana não só pela crescente banalização do seu valor, mas também por considerarmos desprovida de cientificidade a recorrência isolada a argumentos que buscam convencer o leitor alicerçados unicamente na emotividade ou em conceitos metafísicos.

<sup>148</sup> “A dignidade do homem livre constitui para nós a base dos direitos fundamentais e o princípio de sua unidade material. Se a existência de outros princípios ou valores (inegável numa constituição particularmente marcada por preocupações de carácter social) justifica que os direitos possam ser restringidos (ou os limita logo no plano constitucional), a ideia do homem como ser digno e livre, que está na base dos direitos e que constitui, muito especialmente, a essência dos direitos, liberdades e garantias, *tem de ser vista como um limite absoluto a esse poder de restrição*” (grifos nossos) (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 306).

apenas a dignidade que tem um conteúdo essencial absoluto; todos os outros direitos teriam um conteúdo relativo, restringível até mesmo por completo em alguns casos concretos. Uma teoria absoluta, nesses termos, aproxima-se muito de teorias relativas. O segundo problema reside no risco de uma hipertrofia da dignidade e da consequente absolutização de todos os direitos fundamentais. E esse não é um risco apenas hipotético<sup>149</sup>.

Esta hipertrofia da dignidade humana<sup>150</sup> serve como fundamento, nos moldes deste trabalho, tanto para homenagear as liberdades comunicativas quanto para consagrar os direitos fundamentais da personalidade, bastando tecer os argumentos mais convincentes conforme a tese defendida<sup>151</sup>.

Já para a teoria relativa, “o conteúdo essencial é aquilo que resta após o sopesamento”<sup>152</sup>, visto que a definição de essencialidade é dependente “das condições fáticas e das colisões entre diversos direitos e interesses no caso concreto”<sup>153</sup>.

Assim, o conteúdo essencial de um direito não é sempre o mesmo, sendo pós-estabelecido, podendo ser ampliado ou restringido de acordo com as peculiaridades de cada caso, rejeitando-se a ideia de “um âmbito de contornos fixos e definíveis *a priori* para cada direito fundamental”<sup>154</sup>.

Conforme ALEXY, “restrições que respeitem a máxima da proporcionalidade não violam a garantia do conteúdo essencial nem mesmo se, no caso concreto, nada restar do direito fundamental. A garantia do conteúdo essencial é reduzida à máxima da proporcionalidade”<sup>155</sup>.

Exatamente por isso, mesmo em uma restrição leve, haverá afronta ao conteúdo essencial de um direito fundamental se inexistir argumentação suficiente para

---

<sup>149</sup> VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 193.

<sup>150</sup> No julgamento da ADIn 1856, que contestava legislação fluminense que permitia as “brigas de galo”, o Min. CEZAR PELUZO considerou que a lei era ofensiva à dignidade da pessoa humana por implicar “um estímulo às pulsões mais primitivas e irracionais do ser humano” (STF, Pleno, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ 14.10.2011). Neste caso, em uma hipotética aplicação da proporcionalidade, consideraríamos incabível a utilização da dignidade humana como princípio a ser sopesado, pois há outros mais condizentes à hipótese (como o do meio ambiente ecologicamente equilibrado *versus* manifestações culturais, por exemplo).

<sup>151</sup> Discutindo o tema, LUÍS ROBERTO BARROSO constata o problema ínsito à questão da dignidade, afirmando que; “como conceito jurídico, frequentemente funciona como um mero espelho, no qual cada um projeta seus próprios valores. Não é por acaso, assim, que [...] tem sido invocada pelos dois lados em disputa, em matérias como aborto, eutanásia, suicídio assistido, uniões homoafetivas [...]” (*A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*, p. 9-10).

<sup>152</sup> ROBERT ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 297.

<sup>153</sup> VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 196.

<sup>154</sup> *Ibidem*, p. 196.

<sup>155</sup> ROBERT ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 297-298.

tanto. VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA sintetiza que: “restrições não-fundamentadas, mesmo que ínfimas, violam o conteúdo essencial a partir das premissas relativistas. E restrições às vezes mais intensas podem ser consideradas constitucionais, isto é, não violadoras do conteúdo essencial”<sup>156</sup>.

Quanto à questão da dignidade humana e a possibilidade de seu sopesamento, em que pese ALEXY pressupor a existência de duas normas a seu respeito, uma consubstanciada em regra e outra em princípio<sup>157</sup>, sendo a primeira absoluta e a outra relativizável, nos filiamos à tese defendida por VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA que a considera como um princípio, conseqüentemente com conteúdo essencial relativo e, portanto, passível de ponderação:

[...] a não ser nos casos em que a própria Constituição, em normas com estrutura de regra, defina condutas absolutamente vedadas nesse âmbito. A principal delas seria, sem dúvida alguma, a vedação à tortura e tratamento degradante (art. 5º, III), que impõe uma barreira intransponível – ou seja, imune a relativizações a partir de sopesamentos – no conteúdo essencial da dignidade da pessoa humana<sup>158</sup>.

Com base nessa premissa, é necessário deixar claro que, no nível dos princípios, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais será relativo. Já no tocante às normas de direitos fundamentais com estrutura de regras, será absoluto.

Logo, revela-se incabível falar em um conteúdo essencial imutável e preestabelecido das normas de direitos fundamentais com estrutura de princípios, como os em estudo neste trabalho, visto que aquele será aferido casuisticamente, após a aplicação da proporcionalidade.

Realizadas as considerações sobre o referencial adotado neste trabalho, cuja principal fonte é a teoria dos princípios desenvolvida por ROBERT ALEXY, enunciaremos resumidamente as premissas que o embasam:

(i) A diferença entre normas de direitos fundamentais com a estrutura de regras e aquelas com a estrutura de princípios não é de grau, mas qualitativa.

---

<sup>156</sup> VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 198. Conforme o silogismo desenvolvido pelo autor: (i) “restrições que atingem o conteúdo essencial são inconstitucionais”; (ii) “restrições que passem pelo teste da proporcionalidade são constitucionais”; logo (iii) “restrições que passem pelo teste da proporcionalidade não atingem o conteúdo essencial” (p. 206-207).

<sup>157</sup> ROBERT ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 113-114.

<sup>158</sup> VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 202.

(ii) A distinção entre regras e princípios nem sempre se afigura evidente nos enunciados normativos de direitos fundamentais dispostos na Constituição; assim, é necessário um trabalho de interpretação da norma.

(iii) Na hipótese de divergência entre regras e princípios de nível constitucional, a otimização destes últimos encontrará limite naquelas por opção expressa do legislador constituinte.

(iv) Caso ocorra divergência entre regras infraconstitucionais e princípios constitucionais, não há, em tese, que se falar em tensão, visto que a regra seria o resultado da ponderação entre os princípios constitucionais colidentes já realizada pelo legislador ordinário, sendo sua relação de restrição, e não de colisão.

(v) Para ser válida e aplicável mediante subsunção, a regra infraconstitucional relativa a direito fundamental não pode colidir com norma de direito fundamental com estrutura de regra disposta no texto constitucional.

(vi) Caso a regra infraconstitucional restrinja de forma desproporcional um princípio de direito fundamental, restará sua declaração de inconstitucionalidade ou, em sendo possível, sua interpretação conforme a Constituição.

(vii) Conflitos entre normas com estrutura de regras devem ser solucionados por meio da introdução de uma cláusula de exceção ou, em sua impossibilidade, por meio da declaração de invalidade de uma das regras.

(viii) Colisões entre normas com estrutura de princípios devem ser solucionadas por meio da ponderação mediante a aplicação da regra da proporcionalidade.

(ix) A regra da proporcionalidade pressupõe a observância de uma ordem predefinida de análise das suas sub-regras, que se relacionam de forma subsidiária: a adequação, a necessidade e a regra da proporcionalidade em sentido estrito.

(x) Do enunciado de preferência acerca de uma relação condicionada de precedência decorrerá uma norma de direito fundamental atribuída, com estrutura de regra.

(xi) O grau de concretude relativamente alto da regra atribuída possibilita que, por meio dos sopesamentos da jurisprudência e das propostas de ponderação aceitas pela ciência do Direito, surja, com o passar do tempo, uma rede de regras concretas atribuídas às diferentes disposições de direitos fundamentais, as quais representam uma importante base e um objeto central da dogmática.

(xii) Normas de direito fundamental possuem suporte fático amplo. Assim, toda ação, estado ou posição jurídica que tenha alguma característica que, considerada isoladamente, faça parte do seu “âmbito temático” devem ser considerados como abrangidos pelo seu âmbito de proteção.

(xiii) A extensão de um direito fundamental protegido por norma com estrutura de princípio será definida conforme as colisões com outro direito fundamental contraposto; assim, pela teoria externa, há o direito em si e, separadas dele, as suas restrições, as quais, qualquer que seja a natureza delas, não têm nenhuma influência no conteúdo do direito, podendo, apenas, no caso concreto, restringir seu exercício; não há uma definição apriorística do que está protegido pelo direito fundamental, como preconizado pela teoria interna.

(xiv) O conteúdo essencial de um direito fundamental com estrutura de princípio é relativo, podendo ser ampliado ou restringido, conforme as peculiaridades de cada caso concreto; restrições que passarem pelo teste da proporcionalidade não alcançarão o conteúdo essencial de um direito fundamental.

Com os pressupostos teóricos do estudo delineados, analisaremos nos dois próximos capítulos os direitos fundamentais às liberdades comunicativas e os direitos fundamentais da personalidade.

## 3

## LIBERDADES COMUNICATIVAS

*O maior pecado, depois do pecado, é a publicação do pecado.*

MACHADO DE ASSIS, *Quincas Borba*, p. 140.

No dia 13 de fevereiro de 2017, os jornais *Folha de S. Paulo* e *O Globo*<sup>159</sup> foram proibidos pela Justiça de divulgar informações sobre uma tentativa de extorsão sofrida pela primeira-dama brasileira, Marcela Temer.

A liminar proferida pelo Juiz HILMAR CASTELO BRANCO RAPOSO FILHO, da 21ª Câmara Cível de Brasília, dizia que “a inviolabilidade da intimidade tem resguardo legal claro” e previa multa de cinquenta mil reais aos periódicos, no caso de não cumprimento da decisão.

O caso que culminou na notícia censurada envolvia um *hacker*, Silvonei de Jesus Souza<sup>160</sup>, que, após clonar o aparelho celular de Marcela, aplicou um golpe de quinze mil reais no irmão dela e cobrava trezentos mil reais da atual primeira-dama para não revelar uma conversa entre os colaterais que envolveria o então vice-presidente da República, Michel Temer.

---

<sup>159</sup> O GLOBO. *Justiça do DF censura reportagens do Globo e “Folha” sobre extorsão de hacker a Marcela Temer*. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/justica-do-df-censura-reportagens-do-globo-folha-sobre-extorsao-de-hacker-marcela-temer-20917339>>. Acesso em: 24 ago. 2017; FOLHA DE S. PAULO. *Justiça censura reportagem da Folha sobre extorsão a Marcela Temer*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/02/1858249-justica-censura-reportagem-da-folha-sobre-extorsao-a-marcela-temer.shtml>>. Acesso em: 24 ago. 2017.

<sup>160</sup> Condenado por estelionato e extorsão, em outubro de 2016, a cinco anos e dez meses de prisão, em um processo concluído em apenas seis meses, cumpre pena em Tremembé, São Paulo, em regime fechado.

As informações que serviram de base às reportagens liminarmente censuradas se encontram em processos tornados públicos pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo<sup>161</sup>, sendo que qualquer pessoa cadastrada no *site* da Corte pode acessá-los<sup>162</sup>.

Nos dias 15 e 17 de fevereiro de 2017, o Desembargador ARNOLDO ASSIS, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, derrubou a censura aos dois veículos de comunicação, asseverando nas decisões que “não há, pois, como consentir com a possibilidade de algum órgão estatal – o Poder Judiciário, por exemplo – estabelecer, aprioristicamente, o que deva e o que não deva ser publicado na imprensa”<sup>163</sup> e que, enquanto a liminar produzisse efeitos, não só o direito da parte recorrente estaria a correr grave dano pela restrição ao amplo direito à manifestação, mas também o da própria coletividade, “privada do direito de participar do debate democrático decorrente do pluralismo de opiniões acerca de fato relevante”<sup>164</sup>.

O caso envolvendo a primeira-dama não foi um ato isolado<sup>165</sup>. Nas palavras de LUÍS ROBERTO BARROSO, referindo-se à prática de censura à época da ditadura cívico-militar brasileira, mas ainda aplicável à atualidade, atos censórios oscilam “entre o arbítrio, o capricho, o preconceito e o absurdo”<sup>166</sup>, e têm sido praticados com certa

<sup>161</sup> Processos sob os números: 0000057-20.2017.8.26.0520, 0036961-28.2016.8.26.0050, 0036960-43.2016.8.26.0050 e 0032415-27.2016.8.26.0050.

<sup>162</sup> Informe-se, entretanto, que nenhum arquivo furtado do celular da atual primeira-dama faz parte do processo, que antes corria em segredo de Justiça. No mais, os áudios da conversa de Marcela com o irmão, ou a transcrição deles, também não estão disponibilizados, conforme consulta efetuada no *site* do TJSP em 14.3.2017.

<sup>163</sup> MIGALHAS. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI254047,81042-TJDF+suspende+censura+a+Folha+sobre+divulgacao+de+chantagem+a+Marcela>>. Acesso em: 14 mar. 2017.

<sup>164</sup> VALOR ECONÔMICO. *Justiça derruba censura contra “O Globo” por texto sobre Marcela Temer*. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/politica/4873922/justica-derruba-censura-contra-%3Foglobo%3F-por-texto-sobre-marcela-temer>>. Acesso em: 14 mar. 2017.

<sup>165</sup> Em 31 de julho de 2009, o jornal *O Estado de São Paulo* foi proibido de publicar reportagens sobre o escândalo de corrupção envolvendo Fernando Sarney (*Operação Boi Barrica*). Em 2002, a Justiça censurou previamente o jornal *Correio Braziliense* a pedido do então candidato à reeleição Joaquim Roriz (SANDRO LIMA. *Justiça censura edição do “Correio Braziliense” a pedido de Roriz*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u41097.shtml>>. Acesso em: 14 mar. 2017). Vide, ademais, interessante reportagem de autoria de LUCAS DE ABREU MAIA, intitulada *Em dois anos, 17 casos de censura judicial no país*. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral.em-dois-anos-17-casos-de-censura-judicial-no-pais,751825>>. Acesso em: 18 abr. 2017.

<sup>166</sup> LUÍS ROBERTO BARROSO. *Liberdade de expressão, censura e controle da programação de televisão na Constituição de 1988*, p. 346 apud DANIEL SARMENTO, *Liberdades comunicativas e “Direito ao Esquecimento” na ordem constitucional brasileira*, p. 22.

frequência pelo Judiciário, o que denota ainda a existência de forte cultura censória incrustada neste Poder<sup>167</sup>.

Ao falarmos em “censura” não estamos utilizando um vocábulo com apelo emocional para impacto retórico, pois assim deve ser considerada:

[...] a proibição judicial de divulgação de informações que seja, efetivamente, atentatória da liberdade de imprensa, isto é, a resultante de decisão judicial em que não se vislumbra uma adequada ponderação entre a liberdade de imprensa e os direitos da personalidade, e sim a prevalência pura e simples destes sobre aquela<sup>168</sup>.

Nos termos do art. 220, § 2º, é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística, não cabendo ao Judiciário decidir, sem realizar qualquer ponderação racional entre os direitos fundamentais envolvidos, o que a sociedade tem o direito de saber, sob o risco da instauração de “um regime paternalista no campo informativo, em que ‘tutores estatais’, nem sempre bem intencionados, poderiam se arvorar no direito de excluir certos assuntos – às vezes incômodos para os ‘donos do poder’ – da pauta de discussões sociais”<sup>169</sup>.

A tutela dos direitos fundamentais da personalidade, eventualmente afrontados pelo conteúdo de textos jornalísticos, ou por qualquer outra forma de expressão, ressalvados casos excepcionalíssimos<sup>170</sup>, deve ocorrer em juízo *a posteriori* e *in concreto*, após a ponderação entre os direitos fundamentais envolvidos, seja por meio

---

<sup>167</sup> Em 20 de março de 2017, o Brasil foi denunciado à ONU devido a uma decisão do TST de vetar, a pedido do Governo, a lista de empresas flagradas explorando trabalhadores em condição análoga a de escravo (JAMIL CHADE. *Brasil é denunciado à ONU após TST vetar “lista suja” do trabalho escravo*. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,brasil-e-denunciado-a-onu-apos-tst-vetar-lista-suja-do-trabalho-escravo,70001707090>>. Acesso em: 22 mar. 2017).

<sup>168</sup> SONIA MARIA D’ELBOUX, *O fantasma da censura volta a assombrar a imprensa brasileira*, p. 138.

<sup>169</sup> DANIEL SARMENTO, *Liberdades comunicativas e “Direito ao Esquecimento” na ordem constitucional brasileira*, p. 10-11.

<sup>170</sup> Em concordância com SONIA MARIA D’ELBOUX, seria admissível a concessão de medidas restritivas às liberdades comunicativas, especificamente à liberdade de imprensa, no caso de ameaça de ofensas gravíssimas e irreparáveis aos direitos fundamentais da personalidade. São hipóteses em que, após a ponderação dos direitos em confronto no caso concreto, se conclua que o risco de causar um dano grave e irreparável com a publicação da notícia é superior ao prejuízo decorrente de sua não divulgação. Entre alguns exemplos, a autora imagina que um jornalista consiga ter acesso a peças dos autos de ação de separação litigiosa de um casal famoso, que corra em segredo de justiça e que não apresente qualquer interesse público, e pretenda publicar uma matéria revelando, em detalhes, os motivos da separação. Diz que, neste caso, “a liberdade de informação não pode prevalecer sobre os direitos da personalidade, pois não se justifica a invasão da intimidade, tampouco uma ofensa ao segredo de justiça, para divulgar informações sem nenhum interesse público” (*A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade. Tensões e limites*, p. 59-62).

do direito de resposta e/ou da responsabilização daqueles que agiram com abuso de direito<sup>171</sup> no exercício das liberdades comunicativas<sup>172</sup>.

Neste Capítulo, nosso objetivo será demonstrar o porquê de tais assertivas.

### 3.1 As liberdades comunicativas e a legitimação da democracia

As liberdades comunicativas são consideradas parte essencial do arcabouço institucional das sociedades democráticas, não somente pelo seu embasamento em um conceito amplo de autonomia e de dignidade da pessoa humana, mas também pelo valor instrumental deste direito fundamental para o exercício dos demais.

A *Lex Mater* de 1988, com seu objetivo de rompimento com o passado ditatorial, instaurou um regime sociopolítico em que foi conferida proteção reforçada a tais direitos fundamentais, a exemplo do art. 5º, incs. IV<sup>173</sup>, V<sup>174</sup>, VI<sup>175</sup>, VIII<sup>176</sup> e IX<sup>177</sup>, e dos arts. 206, II<sup>178</sup>, 220 e seguintes<sup>179</sup>, que não esgotam as disposições constitucionais relacionadas a tais direitos.

---

<sup>171</sup> Nos termos do art. 187 do Código Civil: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Configura-se o abuso de direito quando o agente exercer determinado direito ou faculdade além do razoável, ou seja, “ultrapassando os limites que seriam necessários, deixando de conciliar seus interesses com os demais integrantes da sociedade” (LUIZ MANOEL GOMES JUNIOR e MIRIAM FECCHIO CHUEIRI, *Direito de Imprensa e Liberdade de expressão*, p. 116).

<sup>172</sup> Como o exercício das liberdades comunicativas supõe a observância dos direitos da personalidade, nos termos do § 1º do art. 220 da Carta Magna (“Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV [...]”), caracterizar-se-á o abuso de direito quando ocorrer afronta ao conteúdo essencial desses direitos fundamentais. No entanto, como o pressuposto teórico deste trabalho é alicerçado em ROBERT ALEXY (*Teoria dos Direitos Fundamentais*), com a adoção da teoria relativa, o conteúdo essencial somente poderá ser descoberto após o sopesamento na análise do caso concreto.

<sup>173</sup> “Art. 5º [...] inc. IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;”

<sup>174</sup> “Art. 5º [...] inc. V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;”

<sup>175</sup> “Art. 5º [...] inc. VI – é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e as suas liturgias;”

<sup>176</sup> “Art. 5º [...] inc. VIII – ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;”

<sup>177</sup> “Art. 5º [...] inc. IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;”

<sup>178</sup> “Art. 206 [...] inc. II – liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;”

<sup>179</sup> Um maior detalhamento dos dispositivos do Capítulo referente à “Comunicação Social” será realizado ao estudarmos a liberdade de imprensa: “Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”.

No plano internacional<sup>180</sup>, há consagração da liberdade de pensamento, de consciência e de crença, bem como da liberdade de opinião e de expressão em diversos tratados e declarações de Direitos Humanos<sup>181</sup>.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1948, dispõe sobre o tema em seu art. XIX<sup>182</sup>, além da menção expressa aos direitos em seus “considerandos”<sup>183</sup>.

Similar disposição possuem o art. 19<sup>184</sup> do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1966 (ratificado no Brasil por meio do Decreto nº 592/1992), e o preceptivo do art. 13<sup>185</sup> da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica, de 1969 (ratificado por meio do Decreto nº 678/1992).

Quanto ao ciberespaço, o art. 3º, inc. I, da Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) positiva como princípio da disciplina do uso da Internet no Brasil “a garantia

<sup>180</sup> Cite-se também o texto integral da Declaração de Princípios sobre liberdade de expressão, do ano 2000, aprovada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

<sup>181</sup> Quanto ao *status* normativo do Direito Internacional dos Direitos Humanos no direito interno brasileiro, sustentamos a tese de que tais documentos possuem nível constitucional, mesmo que tenham sido ratificados anteriormente à promulgação da EC nº 45/2004, que incluiu o § 3º ao art. 5º (previsão de quórum qualificado de votação em dois turnos em cada casa legislativa).

<sup>182</sup> “Art. XIX – Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão.”

<sup>183</sup> “Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que todos gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum.”

<sup>184</sup> “Art. 19 – 1. ninguém poderá ser molestado por suas opiniões. 2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha. 3. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Consequentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para: a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas.”

<sup>185</sup> “Artigo 13. Liberdade de pensamento e de expressão. 1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha. 2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar: a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas. 3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões. 4. A lei pode submeter os espetáculos públicos à censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2. 5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.”

da liberdade de expressão, comunicação e manifestação do pensamento, nos termos da Constituição Federal”.

O Conselho de Direitos Humanos da ONU, em 2016, reeditou seu documento sobre a “promoção, proteção e desfrute dos direitos humanos na Internet”, afirmando que “os mesmos direitos que as pessoas têm *offline* também devem ser protegidos na Internet, em particular a liberdade de expressão, que é aplicável sem consideração de fronteiras e por qualquer meio que se escolha, de acordo com o art. 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos e do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos”<sup>186</sup>.

Em sua publicação oficial intitulada *Liberdade de expressão e Internet*, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos afirma que o art. 13 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos se “aplica plenamente às comunicações, ideias e informações que são acessadas e difundidas pela Internet”<sup>187</sup>.

O direito à liberdade de expressão *lato sensu* pode ser visto como um dos direitos individuais que, de maneira mais clara, reflete a virtude que acompanha e caracteriza os seres humanos, o valor único e precioso de pensar o mundo através da própria perspectiva, de se comunicar com os outros para construir, por meio de um processo deliberativo, não só o modo de vida que cada um tem o direito de adotar, mas o modelo de sociedade no qual se almeja viver<sup>188</sup>.

---

<sup>186</sup> “Affirms that the same rights that people have offline must also be protected online, in particular freedom of expression, which is applicable regardless of frontiers and through any media of one’s choice, in accordance with articles 19 of the Universal Declaration of Human Rights and the International Covenant on Civil and Political Rights” (tradução nossa). ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Promoção, proteção e desfrute dos direitos humanos na Internet*. Disponível em: <[http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/HRC/32/L.20](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/HRC/32/L.20)>. Acesso em: 10 abr. 2017.

<sup>187</sup> ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Liberdade de expressão e Internet*. Disponível em:

<[http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/docs/publicaciones/2014%2008%2004%20Liberdade%20de%20E%20xpress%C3%A3o%20e%20Internet%20Rev%20%20HR\\_Rev%20LAR.pdf](http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/docs/publicaciones/2014%2008%2004%20Liberdade%20de%20E%20xpress%C3%A3o%20e%20Internet%20Rev%20%20HR_Rev%20LAR.pdf)>. Acesso em 10 abr. 2017.

<sup>188</sup> No documento intitulado *Marco Jurídico Interamericano sobre o direito à liberdade de expressão*, elaborado pela relatoria especial da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, são apresentadas relevantes funções às liberdades comunicativas: “La virtud única y preciosa de pensar al mundo desde nuestra propia perspectiva y de comunicarnos con los otros para construir, a través de un proceso deliberativo, no sólo el modelo de vida que cada uno tiene derecho a adoptar, sino el modelo de sociedad en el cual queremos vivir” (tradução nossa). ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Marco Jurídico Interamericano sobre o direito à liberdade de expressão*. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/marco%20juridico%20interamericano%20del%20derecho%20a%20la%20libertad%20de%20expresion%20esp%20final%20portada.doc.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2017, p. 13.

Trata-se de um direito individual que presta homenagem à primeira e mais importante das liberdades, o direito de pensar por si próprio e o de compartilhar, com outros seres humanos, os próprios pensamentos.

Também possui valor instrumental, demonstrando a relação essencial entre as liberdades comunicativas e a democracia, visto que, por meio da proteção e do fomento da livre circulação de informações, ideias e expressões de toda índole, é fortalecido o funcionamento dos sistemas pluralistas e deliberativos:

A formação de uma opinião pública informada e consciente de seus direitos, o controle cidadão sobre a gestão pública e a exigência de responsabilidade dos agentes estatais, não seria possível se este direito não fosse garantido. [...] A função democrática da liberdade de expressão a converte em uma condição necessária para prevenir o surgimento de regimes autoritários, para facilitar a autodeterminação pessoal e coletiva e para fazer com que sejam funcionais os “mecanismos de controle e denúncia cidadãs”. [...] O Estado tem a obrigação de gerar condições para que o debate público não só satisfaça as legítimas necessidades das pessoas como consumidoras de determinada informação (de entretenimento, por exemplo), mas também como cidadãs<sup>189</sup>.

A liberdade de expressão é apresentada como uma ferramenta-chave para o exercício dos demais direitos fundamentais, tratando-se de um mecanismo necessário para o exercício dos direitos à participação em debates públicos, à liberdade religiosa, à educação, à identidade étnica ou cultural e à igualdade, aqui compreendida não só como um direito à não discriminação, mas também como direito a gozar de certos direitos sociais básicos<sup>190</sup>.

As liberdades comunicativas também podem ser compreendidas em uma dupla dimensão, apresentando-se sob a perspectiva individual como o direito de cada pessoa compartilhar livremente seus pensamentos, ideias e informações e, como direito

---

<sup>189</sup> “La formación de una opinión pública informada y consciente de sus derechos, el control ciudadano sobre la gestión pública y la exigencia de responsabilidad de los funcionarios estatales, no sería posible si este derecho no fuera garantizado. [...] La función democrática de la libertad de expresión la convierte en una condición necesaria para prevenir el arraigo de sistemas autoritarios, para facilitar la autodeterminación personal y colectiva y para hacer operativos los ‘mecanismos de control y denuncia ciudadana’ [...] El Estado tiene la obligación de generar las condiciones para que el debate público no sólo satisfaga las legítimas necesidades de todos como consumidores de determinada información (de entretenimiento, por ejemplo) sino como ciudadanos” (tradução nossa). ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Marco Jurídico Interamericano sobre o direito à liberdade de expressão*. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/marco%20juridico%20interamericano%20del%20derecho%20a%20la%20libertad%20de%20expresion%20esp%20final%20portada.doc.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2017, p. 14-15.

<sup>190</sup> DAVID ORTEGA GUTIERREZ cuestiona se “es democrático el voto o derecho al sufragio, sin un previo pluralismo informativo?, Hay libertad ideológica y de opinión si éstas son formadas em base a una información parcial o tergiversada?, Como será la educación y formación básica y superior de un pueblo desinformado?, Qué valor tendrá entonces su libertad de expresión?, Y, tendrá por lo tanto el disfrute pleno del derecho a la dignidade?” (*Manual del derecho de la información*, p. 45).

difuso ou transindividual, como o direito de a sociedade obter informações e receber, livre de interferência e obstáculos, os pensamentos, ideias, opiniões e informações dos outros<sup>191</sup>.

Em consonância com as teorias comunicativas democrático-funcionais e institucionais, a homenagem à liberdade de expressão permite a “formação de uma opinião pública crítica e bem informada, essencial para o funcionamento da democracia”<sup>192</sup> e, inclusive, como motor de transformações político-sociais<sup>193</sup>.

Como ressaltado por TATIANA STROPPA:

[...] para que haja a possibilidade de configuração de uma opinião pública livremente formada, é imperioso que aos cidadãos seja dada a oportunidade de acesso à multiplicidade de acontecimentos e de opiniões latentes no cenário social, na medida em que a formação da opinião pública ao mesmo tempo em que recebe a convergência das opiniões individuais também influencia a formatação destas em uma relação de via dupla<sup>194</sup>.

Por isso, é possível dizer que sem liberdade de expressão não há democracia. Um verdadeiro regime democrático implica discussão, negociação, confronto de opiniões, o choque de ideias.

Nas palavras do Ministro MARCO AURÉLIO MELLO:

É por meio desse direito [fundamental à liberdade de expressão] que ocorre a participação democrática, a possibilidade de as mais diferentes e inusitadas opiniões serem externadas de forma aberta, sem o receio de, com isso, contrariar-se a opinião do próprio Estado ou mesmo a opinião majoritária. E é assim que se constrói uma sociedade livre e plural, com diversas correntes de idéias, ideologias, pensamentos e opiniões políticas [...] Há de se proclamar a autonomia do pensamento individual como uma forma de proteção à tirania imposta pela necessidade de adotar-se sempre o pensamento politicamente correto<sup>195</sup>.

<sup>191</sup> LEONARDO VALLES BENTO, *Parâmetros internacionais do direito à liberdade de expressão*, p. 97.

<sup>192</sup> DANIEL SARMENTO, *Liberdades comunicativas e “Direito ao Esquecimento” na ordem constitucional brasileira*, p. 21-22.

<sup>193</sup> A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconhece que a liberdade de expressão é instrumento decisivo na formação da cidadania e da democracia. Vide STF, HC 83.996, 2ª Turma, Rel. p/ o acórdão Min. GILMAR MENDES, DJ 26.08.2005, e ADPF 130, Plenário, Rel. Ministro CARLOS AYRES BRITTO, DJ 06.11.2009. O primeiro acórdão versa sobre o caso Gerald Thomas, no qual se afastou a alegada violação ao pudor público diante da liberdade de expressão; o segundo é o acórdão proferido no julgamento da ação sobre a não recepção da Lei nº 5.250/1967 (Lei de Imprensa) pela atual Carta Magna.

<sup>194</sup> TATIANA STROPPA, *As dimensões constitucionais do direito de informação e o exercício da liberdade de informação jornalística*, p. 129.

<sup>195</sup> STF, HC 82.424-2, Plenário, Rel. p/ o acórdão Min. MAURÍCIO CORRÊA, DJ 19.03.2004. O excerto é parte do voto vencido de uma das decisões mais significativas da jurisprudência nacional no que concerne ao tema da liberdade de expressão. Em breve resumo, Siegfried Ellwanger foi condenado por racismo, nos termos do art. 20 da Lei nº 7.716/1989, por escrever, editar, divulgar e comercializar um livro com conteúdo negacionista, ao defender que o genocídio de judeus durante a Segunda Guerra Mundial não aconteceu, ou não ocorreu da maneira e nas proporções historicamente reconhecidas. No Supremo Tribunal Federal, a

JOHN STUART MILL, no século XIX, dizia que todo ato de silenciar um debate é uma pretensão de infalibilidade, visto que a opinião que se tenta suprimir pode ser verdadeira. Para uma opinião ganhar respeito, deve ser desafiada, sendo submetida a escrutínio livre e aberto, pois presumir que uma opinião é verdadeira após as oportunidades para contestação e refutação é diferente de supor que é verdadeira com o propósito de não admitir seu questionamento<sup>196</sup>.

Segundo o autor, para o bem-estar intelectual da Humanidade, todas as opiniões devem ter o direito de expressão, já que fatos e argumentos só produzem efeitos quando divulgados, ainda que absurdos ou que deles discordemos, justificando sua assertiva em quatro razões:

Primeiro, se alguma opinião é obrigada ao silêncio, essa opinião, até onde podemos saber com certeza, pode ser verdadeira. Negá-la é supor infalibilidade nossa. Segundo, mesmo que seja errada, a opinião silenciada pode conter e muitas vezes contém uma parcela de verdade; e, como a opinião geral ou dominante sobre qualquer assunto raramente ou nunca é verdade completa, é apenas pelo choque de opiniões contrárias que o restante da verdade tem alguma chance de aparecer. Terceiro, mesmo que seja não só verdadeira, mas corresponda a toda verdade, a opinião vigente será mantida à maneira de um

---

decisão de mérito da Corte, por maioria, foi pela manutenção da condenação do editor, sendo a ordem de *habeas corpus* denegada.

Apesar das ideias sem qualquer lastro histórico-científico, o sopesamento realizado no caso, em detrimento da liberdade de expressão, parece, a nosso ver, desarrazoado. Não olvidando a doutrina sobre o discurso de ódio (*hate speech*), que não consideramos caracterizado, tendo em vista a ausência das *fighting words*, ou palavras que incitam a ação, frisamos o perigo na criminalização da manifestação de ideias, por mais abjetas que sejam.

VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA questiona a metodologia da decisão por entender que o raciocínio a ser aplicado no caso seria o subsuntivo, e não o ponderativo, visto que, diante da existência de mediação legislativa (considerado crime inafiançável pelo dispositivo supracitado), não há que se falar em aplicação direta dos direitos fundamentais entre os particulares: “o que é aplicável é uma regra penal, que proíbe manifestações racistas. Não há que se discutir, portanto, se a liberdade de imprensa é mais ou menos importante do que outro princípio eventualmente envolvido, como se esforcem em fazer todos os ministros. A única discussão possível, em sede de *habeas corpus* no STF, seria uma discussão sobre a qualificação do ato como sendo ou não racista”. O autor sustenta, entretanto, que tal fato não impede o debate sobre o acerto do legislador em incluir o exercício da liberdade de expressão como uma possível forma de racismo, não sendo impossível sustentar sua inconstitucionalidade, “já que a Constituição exige apenas que a prática de racismo seja considerada crime inafiançável e imprescritível (art. 5º, XLII), sem, contudo, definir o que é racismo. Diante disso, seria possível, especialmente se se partir de uma teoria democrática-funcional dos direitos fundamentais, considerar que a prática de racismo seja somente *tratar* alguém de forma diversa em razão de sua raça (ou cor, ou credo, ou orientação sexual etc.). Manifestar seu pensamento sobre determinadas religiões, raças, orientações sexuais, não seria, segundo essa perspectiva, prática de racismo” (grifo do autor) (*A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, p. 168-170).

<sup>196</sup> JOHN STUART MILL, *Sobre a liberdade*, p. 31-37. “Se não se tivesse permitido questionar até mesmo a filosofia newtoniana, a humanidade não poderia sentir a completa segurança que sente agora em relação à sua verdade. A única salvaguarda em que se apoiam as crenças para as quais dispomos de mais garantias é o convite constante a todos para demonstrarem que elas são infundadas. Se não se aceita o desafio, ou se se aceita e a tentativa falha, ainda estamos bastante longe da certeza, mas fizemos o melhor que a razão humana permite em seu estado atual; não deixamos de lado nada que pudesse dar à verdade uma chance de vir até nós [...]” (Ibidem, p. 39).

preconceito, pouco se sentindo ou se compreendendo de seus fundamentos racionais, a menos que aceite ser e realmente seja objeto de séria e enérgica contestação. E não só isso, mas, em quarto lugar, o próprio significado da doutrina correrá o risco de desaparecer ou se enfraquecer e de perder seu efeito vital sobre o caráter e a conduta, tornando-se o dogma uma mera profissão de fé formal, totalmente estéril, porém entulhando o terreno e impedindo que da razão ou da experiência pessoal nasça e cresça qualquer convicção real e sincera.<sup>197</sup>

Ao introduzir a ideia de utilidade aplicada à liberdade de expressão, MILL destaca que os Governos não mais alegam a infalibilidade dos discursos, mas atribuem o conceito de utilidade às teorias, advogando que estas seriam indispensáveis ao bem-estar da sociedade. Para o autor, entretanto, a própria “utilidade de uma opinião é, ela mesma, uma questão de opinião: tão discutível, tão aberta ao debate e exigindo tanta discussão quanto a própria opinião”<sup>198</sup>.

Deve ser lembrado que os mais relevantes avanços do conhecimento humano somente foram conquistados com o questionamento de teorias consideradas indispensáveis ou até mesmo irrefutáveis.

Por isso, revela-se atentatório às liberdades comunicativas, inclusive à busca da verdade e do conhecimento, a vedação da contestação de qualquer ideia como se de dogma estivéssemos falando. O ato de colocar argumentos, ideias ou obras no catálogo de proibidos como em um verdadeiro *Index*<sup>199</sup> cria um perigoso precedente em um Estado Democrático de Direito, que deve aceitar e tolerar “as mais diferentes expressões de

---

<sup>197</sup> JOHN STUART MILL, *Sobre a liberdade*, p. 82.

<sup>198</sup> *Ibidem*, p. 40-41.

<sup>199</sup> A Congregação do *Index*, criada em 1543, tinha a finalidade de divulgar uma lista de livros contrários à doutrina católica (*Index Livrorum Proibitorum*). Tais obras eram de leitura proibida aos cristãos por conter ideias heréticas que poderiam corromper o espírito dos fiéis. Conforme passagem do voto vencido do Ministro MARCO AURÉLIO MELLO, no HC 82.424-2: “listas e mais listas restaram publicadas, sucessivamente, símbolo talvez de uma das maiores intolerâncias que a Humanidade já conheceu. No rol dos livros vetados constavam obras de Gil Vicente, Luiz de Camões e do Padre Antônio Vieira. Somente em 1966 a Congregação para a Doutrina da Fé anunciou que o ‘Índice’ não seria mais publicado”.

Como parte de todo Estado totalitário, em 1933, os nazistas promoveram uma grande queima de livros em praça pública das obras “inconvenientes” ao regime. “Albert Einstein, Stefan Zweig, Heinrich e Thomas Mann, Sigmund Freud, Erich Kästner, Erich Maria Remarque e Ricarda Huch foram algumas das proeminências literárias alemãs perseguidas na época” (DEUTSCHE WELLE. 1933: *Grande queima de livros pelos nazistas*. Disponível em: <<http://www.dw.com/pt-br/1933-grande-queima-de-livros-pelos-nazistas/a-834005>>. Acesso em: 6 abr. 2017).

Nossa ditadura cívico-militar não escapou incólume. Um interessante documento sobre o período é a obra de SANDRA REIMÃO, *Repressão e Resistência: Censura a Livros na Ditadura Militar*. Disponível em: <<http://livroseoutrasmídias.org/papers/repressao-e-resistencia-censura-a-livros-na-ditadura-militar.pdf>>. Acesso em: 5 abr. 2017.

pensamento, especialmente aquelas opiniões que criticam sua estrutura, seu funcionamento e o pensamento majoritário”<sup>200</sup>.

JOÃO DOS PASSOS MARTINS NETO é incisivo ao afirmar que:

[...] não deve ser deixado ao Estado, por seus governantes e legisladores, o poder de estabelecer ou, no caso dos Tribunais e juízes, o poder de referendar uma ortodoxia oficial, determinando o que é certo e errado em política, moral, história, arqueologia, economia, etc. Doutrinas oficiais, contra as quais não é admitido argumentar sob o risco de sanções criminais ou cíveis, são quase sempre suspeitas. Quem as estabelece, a par de não privar do dom da infalibilidade, tende a estar menos interessado na descoberta da verdade do que na preservação do seu próprio cargo político ou poder econômico. As chances da verdade são maiores quando heresia e blasfêmia são atributos da palavra que o direito não reconhece<sup>201</sup>.

Com ressalvas às manifestações afrontosas aos direitos fundamentais da personalidade<sup>202</sup>, a radicalização que assola o mundo em vários espectros ideológicos, em especial o da extrema direita com seu ódio à política, tem apresentado terreno fértil ao confronto argumentativo, apesar de muitos dos seus partidários, defensores de ideias que tripudiam o Estado Democrático de Direito, permanecerem ocultos atrás de pseudônimos, principalmente no ambiente virtual.

Como demonstram comentários postados em mídias sociais e propalados em espaços físicos nos quais interagem seres humanos, é considerável o número de adeptos de tais convicções, questionáveis em nosso entender, mas cujos argumentos fundantes somente podem ser refutados e confrontados quando expostos em público<sup>203</sup>.

Como alertado por JOHN STUART MILL:

Quem conhece apenas seu próprio lado pouco conhece do caso. Suas razões podem ser boas e talvez não haja ninguém capaz de refutá-las. Mas, se ele for igualmente incapaz de refutar as razões do lado contrário, se não se empenhar em conhecê-las, não terá qualquer base para preferir uma a outra<sup>204</sup>.

<sup>200</sup> MARCO AURÉLIO MELLO, voto vencido no HC 82.424-2, Plenário, Rel. p/ o acórdão Min. MAURÍCIO CORRÊA, DJ 19.03.2004.

<sup>201</sup> JOÃO DOS PASSOS MARTINS NETO, *Fundamentos da Liberdade de Expressão*, p. 55.

<sup>202</sup> Conforme estudaremos no próximo capítulo.

<sup>203</sup> Como destacado por JOHN STUART MILL: “Nossa intolerância puramente social [...] não erradica qualquer opinião, mas induz as pessoas a disfarçá-las ou a se absterem de qualquer empenho ativo em difundi-las [...]. Aquelas que não conseguiram resistir a tal discussão, não deixam de existir, mesmo que impedidas de se difundir. Mas não é a mente dos heréticos que mais se deteriora [...]. O maior dano resultante recai sobre os que não são heréticos e cujo desenvolvimento mental como um todo é tolhido e cuja razão é intimidada [...]” (*Sobre a liberdade*, p. 54-44).

<sup>204</sup> *Ibidem*, p. 60.

Mas, para que tais discursos possam ser (des)construídos, é necessário que o Estado garanta as liberdades comunicativas da pluralidade de mundivisões<sup>205</sup>, e isso inclui dar voz às opiniões discordantes daquelas consideradas “oficiais”. É do que trataremos no próximo tópico.

### 3.2 O Estado como garantidor das liberdades comunicativas

Aqui fazemos uma digressão para mencionar um dos mais intensos debates no tocante às liberdades comunicativas, concernente ao papel desempenhado pelo Estado em relação à sua tutela.

O liberalismo contemporâneo, na linha defendida por OWEN FISS, reconhece a atuação do Estado como garantidor da liberdade de expressão, ao permitir que opiniões e manifestações dos mais diversos matizes sejam apresentadas ao público, mesmo que, para tanto, necessária seja a alocação de recursos – na metáfora da distribuição de megafones – para aqueles cujas vozes não seriam escutadas de outra maneira em praça pública<sup>206</sup>.

Para tanto, admite que o ente estatal possa silenciar algumas das vozes para permitir que outras sejam ouvidas, pois:

[...] a promoção do debate aberto e integral – assegurando que o público ouça a todos que deveria – é um fim permitido ao Estado. Mesmo se a dinâmica silenciadora é empreendida apenas por mãos privadas – por exemplo, pela pessoa que lança epítetos raciais, publica pornografia ou usa recursos econômicos superiores para dominar as campanhas políticas – há uma ampla base para intervenção. O Estado está meramente exercendo seu poder de polícia para promover um fim público legítimo, como ele faz quando edita uma lei de controle de armas ou de controle de velocidade no trânsito. Nesse caso, o fim calha ser uma concepção de democracia que exige que o discurso dos poderosos não soterre ou comprometa o discurso dos menos poderosos<sup>207</sup>.

Isso porque, em algumas situações, o argumento de “mais discurso”, em vez da regulação estatal, não será efetivo, tendo em vista que aqueles que supostamente

<sup>205</sup> RONALD DWORKIN diz que: “Government insults its citizens, and denies their moral responsibility, when it decrees that they cannot be trusted to hear opinions that might persuade them to dangerous or offensive convictions” (“O Estado insulta os seus cidadãos e nega a eles sua responsabilidade moral, quando assume que não se pode confiar neles para ouvir opiniões que possam persuadi-los a ter convicções perigosas ou ofensivas”) (Why must speech be free?. In: *Freedom’s Law: the moral reading of the American Constitution*, p. 200. Tradução nossa).

<sup>206</sup> Conforme OWEN FISS, os partidários do “liberalismo clássico ao extremo insistem que o Estado não financie agentes discursivos (*speakers*) em hipótese alguma”, pois enxergam uma barreira construída entre o discurso e o Estado, similar àquela que o separa da religião (*A ironia da liberdade de expressão. Estado, regulação e diversidade na esfera pública*, p. 68).

<sup>207</sup> *Ibidem*, p. 48.

poderiam responder ao discurso dominante não têm acesso ao debate público controlado pelos grandes grupos de mídia<sup>208 209</sup> e seus mantenedores.

FISS não olvida o potencial opressivo do Estado e os riscos daí advindos, mas frisa que:

O risco de que esses perigos se materializem e uma estimativa do estrago que poderão causar deve ser sopesado com o bem que poderia realizar. Não devemos nunca nos esquecer do potencial opressivo do Estado, nunca; mas, ao mesmo tempo, devemos contemplar a possibilidade de que o Estado usará seus consideráveis poderes para promover objetivos que se situam no coração de uma sociedade democrática – a igualdade e talvez a própria liberdade de expressão<sup>210</sup>.

Especialmente em cenários de mídia concentrada, como no caso brasileiro<sup>211</sup>, é fundamental para a democracia que o Estado promova e garanta o debate aberto e integral com a participação dos diferentes setores da sociedade, viabilizando a expressão de minorias político-qualitativas.

Entretanto, no liberalismo excludente nacional, qualquer proposta de política pública regulatória é execrada pelos meios de comunicação, sendo denominada como censura ou tachada de ameaça à liberdade de expressão<sup>212</sup>.

---

<sup>208</sup> VENÍCIO A. DE LIMA, *A censura disfarçada*, p. 93.

<sup>209</sup> Quanto ao conceito de mídia, ela pode ser definida como “O conjunto de instituições que utiliza tecnologias específicas para realizar a comunicação humana. Vale dizer que a mídia implica na existência de um intermediário tecnológico para que a comunicação se realize. A comunicação passa, portanto, a ser uma comunicação mediatizada. Este é um tipo específico de comunicação que aparece tardiamente na história da humanidade e se constitui em um dos importantes símbolos da modernidade. Duas características da mídia são a sua unidirecionalidade e a produção centralizada e padronizada de conteúdos. Concretamente, quando falamos da mídia, estamos nos referindo ao conjunto das emissoras de rádio e de televisão (aberta e paga), de jornais e de revistas, do cinema e das outras diversas instituições que utilizam recursos tecnológicos na chamada comunicação de massa”. Entre essas “outras diversas instituições que se utilizam de recursos tecnológicos”, encontra-se a comunicação digital. (VENÍCIO A. DE LIMA, *Sete teses sobre a relação Mídia e Política*, p. 50. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/revusp/article/viewFile/13317/15135>>. Acesso em: 2 fev. 2017).

<sup>210</sup> OWEN FISS, *A ironia da liberdade de expressão. Estado, regulação e diversidade na esfera pública*, p. 60.

<sup>211</sup> Conforme VENÍCIO A. DE LIMA, existem inúmeros fatores para tanto, especialmente no tocante à legislação do setor, considerada historicamente tímida, “por intenção expressa do legislador, ao não incluir dispositivos diretos que limitem ou controlem a concentração da propriedade, o que, aliás, vai no sentido inverso do que ocorre em países como a França, a Itália e o Reino Unido, preocupados com a pluralidade e a diversidade no novo cenário da convergência tecnológica”. O autor informa que, antes mesmo de se manifestar a tendência mundial à concentração da propriedade no setor de comunicações, o mercado brasileiro já era concentrado, especialmente na radiodifusão, verificando-se os fenômenos da concentração horizontal, da vertical, da cruzada e da “em cruz”. Informe-se, ademais, que seis “famílias” controlam 70% de tudo que é visto, ouvido e lido na mídia brasileira. (*Existe concentração na mídia brasileira? Sim*. Disponível em: <<http://www.observatoriodaimprensa.com.br/artigos/plq010720031.htm>>. Acesso em: 17 abr. 2017).

<sup>212</sup> Basta ver a posição defendida pela Associação Nacional dos Jornais (ANJ) e outros órgãos corporativos quando se trata do assunto. A Rede Globo de Televisão foi além, levando ao ar, no dia 14 de outubro de

A tentativa de democratização da mídia pela efetividade ao dispositivo constitucional que veda que os meios de comunicação sejam objeto de monopólio ou oligopólio<sup>213</sup> acaba por ocasionar o enfrentamento da própria mídia, que, se utilizando de seus canais comunicativos, promove a manipulação de informações para obstar qualquer mudança contrária aos seus interesses.

Ainda que em relação à mídia televisiva aberta<sup>214</sup> – mas aplicável às mídias digitais, tendo em vista que, entre os portais mais acessados<sup>215</sup>, estão os de propriedade das mesmas famílias que controlam a radiodifusão e os meios impressos –, são ilustrativos os comentários tecidos por JOSÉ LUIZ QUADROS DE MAGALHÃES sobre os riscos do monopólio e oligopólio dos meios de comunicação:

[o] monopólio ou oligopólio dos meios de comunicação social [...] pode significar o controle da opinião pública, a manipulação da informação e a criação de uma sociedade de inconscientes. Esse controle dos meios de comunicação já foi utilizado com sucesso como meio de propaganda no nazismo. Muito mais ameaçador é o controle [...] com todos os recursos de propaganda e de produção existentes, podendo ameaçar o regime democrático, que deve se basear na expressão da vontade consciente do povo<sup>216</sup>.

Em um Estado em que a ausência de voz e de participação<sup>217</sup> – a denominada isegoria, base da democracia junto à isonomia – pode ser identificada como uma forma difusa de censura decorrente da estrutura de poder<sup>218</sup> e da contundente assimetria de

---

2016, uma cena na novela *A Lei do Amor*, transmitida no horário das 21 horas, na qual em um diálogo entre as personagens do folhetim é estabelecida uma relação direta entre “regulamentação da mídia” e a ameaça à liberdade de imprensa. Na cena, em reação à atitude da vilã da novela para silenciar um jornalista investigativo, um personagem da trama exclama: “Então quer dizer que a regulamentação da mídia foi aprovada e eu nem tô sabendo?”. Segundo os dados do Ibope, naquele dia, uma sexta-feira, a audiência da novela atingiu a marca de 8.084 milhões de domicílios – um número certamente superior à quantidade de pessoas que teve a oportunidade de ler os esclarecimentos sobre o que de fato é a proposta de regulação da mídia (CARTA MAIOR. Disponível em: <<http://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Midia/Janelas-Fechadas-para-Regulacao-da-Midia/12/37227>>. Acesso em: 22 mar. 2017).

<sup>213</sup> “Art. 220 [...] § 5º [...] os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio.”

<sup>214</sup> Em que pese uma acentuada queda de audiência nos últimos anos em virtude da comunicação digital, a televisão aberta ainda é a mídia mais efetiva no Brasil, com maior penetração no mercado (IBOPE. *TV aberta segue como o meio de maior penetração na América Latina*. Disponível em: <<http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/paginas/tv-aberta-segue-como-o-meio-de-maior-penetracao-na-america-latina.aspx>>. Acesso em: 28 mar. 2017).

<sup>215</sup> Entre eles, *globo.com*, de propriedade das Organizações Globo, e *Universo Online* (UOL), do grupo Abril.

<sup>216</sup> JOSÉ LUIZ QUADROS MAGALHÃES. *Direito Constitucional: curso de direitos fundamentais*, p. 74.

<sup>217</sup> PAULO FREIRE observa que a democracia, antes de ser forma política, é forma de vida, caracterizando-se, sobretudo, por forte dose de transitividade de consciência no comportamento do ser humano, “transitividade que não nasce e nem se desenvolve a não ser dentro de certas condições em que o homem seja lançado ao debate, ao exame de seus problemas e dos problemas comuns. Em que o homem participe” (*Educação como prática da liberdade*, p. 80).

<sup>218</sup> VENÍCIO A. DE LIMA, *A censura disfarçada*, p. 87.

nossas relações político-sociais, somada à concentração midiática – apesar do tímido avanço promovido com o advento da Internet e seus veículos independentes –, é forçoso falar na existência de plena liberdade de expressão<sup>219</sup>.

Isso porque, conforme OWEN FISS, o que a democracia exalta não é simplesmente a escolha pública, mas a escolha realizada com informação integral e sob condições adequadas de reflexão<sup>220</sup>.

E para tanto, é necessário que grupos minoritários, com pouca expressividade, tenham assegurado o seu direito de fala e expressão, para enriquecimento do debate com a apresentação de posições dissonantes à do *status quo*, usualmente com sua ideologia monolítica e refratária à contestação, possibilitando a dialética argumentativa<sup>221</sup>.

### 3.3 A doutrina da posição preferencial

A ideia de que certos direitos desfrutam de posição preferencial surge nos Estados Unidos da América, país em que a liberdade de expressão é considerada “o mais valorizado direito fundamental no âmbito da jurisprudência constitucional norte-americana”<sup>222</sup>.

---

<sup>219</sup> “Somente com informação advinda de fontes diversificadas e livremente veiculadas é que se poderá garantir uma base cognitiva capaz de permitir ao cidadão ser incluído no debate político, para que possa participar das decisões ativamente e não como mero espectador, mas como coautor das transformações normativas da sua realidade individual e coletiva. Afirmar que um homem é livre exige reconhecer seu domínio ou controle sobre *inputs* e *outputs* de informação” (ROBERTO GURGEL. *Parecer da Procuradoria-Geral da República na ADPF nº 130*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seobjetoincidente=2644116>>. Acesso em: 15 set. 2017).

<sup>220</sup> OWEN FISS, *A ironia da liberdade de expressão. Estado, regulação e diversidade na esfera pública*, p. 55.

<sup>221</sup> E ressaltamos a necessidade de um verdadeiro contraditório, pois, a depender da mídia que promover o suposto confronto de ideias, há risco de edição e manipulação de informações. Rememore-se que, no debate político-eleitoral entre Fernando Collor de Mello e Luiz Inácio Lula Silva, então candidatos à presidência da República, no ano de 1989, houve edição tendenciosa nas reportagens exibidas pela Rede Globo de Televisão em seus telejornais, especialmente no *Jornal Nacional*, caracterizando ofensa ao direito difuso de informação verdadeira. À época, foram apresentados os “melhores” momentos de Collor e os “piores” de Lula. O Partido dos Trabalhadores moveu uma ação contra a emissora no TSE pleiteando, como direito de resposta, que outros trechos do debate fossem apresentados antes das eleições, mas o recurso foi negado. Anos depois, a Rede Globo, em ato de *mea culpa*, afirmou não realizar mais a edição de debates políticos, visto que “um debate não pode ser tratado como uma partida de futebol, pois, no confronto de ideias, não há elementos objetivos comparáveis àqueles que, num jogo, permitem apontar um vencedor. Ao condensá-los, necessariamente bons e maus momentos dos candidatos ficarão fora, segundo a escolha de um editor ou de um grupo de editores, e sempre haverá a possibilidade de um dos candidatos questionar a escolha dos trechos e se sentir prejudicado” (MEMÓRIA GLOBO. Disponível em: <<http://memoriaglobo.globo.com/erros/debate-collor-x-lula.htm>>. Acesso em: 28 mar. 2017). Vide também SONIA MARIA D'ELBOUX, *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*, p. 20.

<sup>222</sup> DANIEL SARMENTO, *Livres e iguais. Estudos de Direito Constitucional*, p. 211

De forma aparentemente absoluta<sup>223</sup>, dispõe a Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, entre outras coisas, que “O Congresso não fará nenhuma lei [...] que restrinja a liberdade de expressão, ou de imprensa [...]”<sup>224</sup>, em que pese a frase célebre do *Justice* HOLMES, da Suprema Corte, no caso *Schenk vs. United States*<sup>225</sup>, ter corrido o mundo como exemplo de sua limitação: “a mais estrita proteção da liberdade de expressão não protegeria um homem gritando fogo falsamente em um teatro e causando pânico”<sup>226 227</sup>.

No entanto, o preceptivo que permite a livre expressão e liberdade de imprensa nem sempre teve a interpretação generosa dos dias atuais<sup>228</sup>, tendo sofrido intensas mutações ao longo dos séculos<sup>229</sup>, com o comprometimento crescente do Judiciário norte-americano<sup>230</sup> e dos cidadãos influenciados provavelmente pelas transformações político-sociais e seu consequente *zeitgeist*<sup>231</sup>.

---

<sup>223</sup> DANIEL SARMENTO assevera, porém, que “sempre se aceitou a necessidade de estabelecer algumas limitações excepcionais ao exercício desse direito sem as quais a vida social tornar-se-ia inviável”. Informa que, na atualidade, os Estados Unidos da América possuem um sistema de proteção à liberdade de expressão extremamente complexo, em que há campos de alcance considerados fora da primeira Emenda, como a obscenidade, outros que recebem proteção menos intensa, como a propaganda comercial, e uma área protegida com maior intensidade, o discurso político *lato sensu*, existindo também importante distinção entre as formas da regulação estatal desta liberdade (*Livres e iguais. Estudos de Direito Constitucional*, p. 212).

<sup>224</sup> “Congress shall make no law [...] abridging the freedom of speech, or of the press.” (tradução nossa)

<sup>225</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. 249 US 47 (1919). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/249/47/case.html>>. Acesso em: 5 abr. 2017.

<sup>226</sup> No original: “The most stringent protection of free speech would not protect a man in falsely shouting fire in a theatre and causing a panic” (tradução nossa).

<sup>227</sup> JOÃO DOS PASSOS MARTINS NETO observa que o aforismo de Holmes enfatiza que a autossatisfação do sádico não é um valor que a liberdade de expressão visa tutelar, bem como o aspecto da falsidade factual do grito alarmante (*Fundamentos da Liberdade de Expressão*, p. 41).

<sup>228</sup> Em 1798, sete anos após a inclusão da emenda, o Congresso aprovou uma lei que punia comentários desrespeitosos ao Presidente da República; um século depois, por força de outra lei aprovada pelo mesmo órgão, homens foram sentenciados a vinte anos de prisão por criticar uma decisão do então Presidente, Woodrow Wilson (ANTHONY LEWIS, *Liberdade para as ideias que odiamos*, p. 9-10).

<sup>229</sup> Cite-se, ainda à época da colônia, o licenciamento prévio de obras e a lei de difamação sediciosa, que previa como crime publicar qualquer conteúdo afrontoso ao Estado, à Igreja ou aos seus representantes, não servindo a alegação de verdade como defesa. Em caso de condenação, a punição incluía a pena de morte, executada com enforcamento, arrastamento e esquartejamento do réu (ANTHONY LEWIS, *Liberdade para as ideias que odiamos*, p. 17 -18).

<sup>230</sup> Em que pese a existência dos juízes considerados “originalistas”, que defendem que seja dado à Constituição seu significado original, procurando a intenção dos constituintes. Um dos seus maiores expoentes foi o *Justice* ANTONIN SCALIA.

<sup>231</sup> Traduzido do alemão como o “espírito da época”, com o significado de clima intelectual e cultural do mundo em um período.

Conforme nos conta ANTHONY LEWIS, foi somente em 1919, em *Abrams vs. United States*<sup>232 233</sup>, que houve uma manifestação na Suprema Corte de apoio a uma reivindicação de liberdade de expressão, nos termos da Primeira Emenda, em um voto vencido do *Justice* HOLMES, acompanhando pelo *Justice* LOUIS D. BRANDEIS, coautor do famoso artigo sobre o direito à privacidade, em 1890<sup>234</sup>.

Outros votos vencidos em homenagem à liberdade de expressão foram proferidos em 1927, no caso *Whitney vs. California*<sup>235</sup>, e em 1929 no *United States vs. Schwimmer*<sup>236</sup>.

Em 1931, no caso *Stromberg vs. California*<sup>237</sup>, por maioria, a Suprema Corte privilegiou a liberdade de expressão declarando inconstitucional legislação do Estado que proibia a exibição de uma bandeira vermelha “como sinal, símbolo ou emblema de oposição ao governo organizado”. Apesar de não haver expressões literalmente proferidas ou impressas, a proteção se deu ao “discurso simbólico” representado pelo estandarte<sup>238</sup>.

No caso conhecido como *Near vs. Minnesota*<sup>239</sup>, a Suprema Corte decidiu, por 5 a 4, que a interdição de um jornal, por supostamente publicar notícias inverídicas que denunciavam o conluio entre funcionários públicos e criminosos em determinada

---

<sup>232</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. 250 US 616 (1919). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/250/616/case.html>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

<sup>233</sup> O caso envolvia quatro refugiados de *pogroms* e da tirania da Rússia czarista que protestaram contra a decisão do Presidente Wilson de enviar soldados americanos àquele país, após a revolução bolchevique, jogando panfletos do topo de um edifício em Nova Iorque, que conclamavam a uma greve geral. Acusados com base na Lei de Espionagem, todos foram condenados, com a Suprema Corte ratificando a decisão. No entanto, em seu voto, com raciocínio distinto daquele utilizado em julgamentos anteriores, HOLMES asseverou que: “[...] ninguém pode supor que a publicação sub-reptícia de um folheto tolo por um desconhecido, sem nada mais, apresentaria algum perigo imediato de que suas opiniões impedissem o sucesso de forças do governo [...]. Neste caso, sentenças de vinte anos de prisão foram impostas pela publicação de dois panfletos que, acredito, os réus tinham tanto direito de publicar quanto o Governo tem de publicar a Constituição dos Estados Unidos agora invocada por eles em vão” (ANTHONY LEWIS, *Liberdade para as ideias que odiamos*, p. 44-45).

<sup>234</sup> Vide o Capítulo 4 deste estudo.

<sup>235</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. 274 US 357 (1927). Anita Whitney, pertencente a uma família de grande projeção social, foi uma das fundadoras do Partido Comunista dos Trabalhadores da Califórnia e condenada por ser filiada a uma organização que defendia o “sindicalismo criminoso”. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/274/357/case.html>>. Acesso em: 24 mar. 2017.

<sup>236</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. 279 US 644 (1929). Rosika Schwimmer, imigrante húngara e pacifista, recusou-se a jurar que pegaria em armas para defender os Estados Unidos, como condição para conseguir a cidadania americana, conforme a legislação da época. A Suprema Corte ratificou a decisão que negava o direito de Schwimmer se tornar cidadã americana. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/279/644/case.html>>. Acesso em: 24 mar. 2017.

<sup>237</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. 283 US 359 (1931). Disponível em <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/283/359/case.html>>. Acesso em 20 mar. 2017.

<sup>238</sup> ANTHONY LEWIS, *Liberdade para as ideias que odiamos*, p. 57.

<sup>239</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. 283 US 697 (1931). Disponível em <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/283/697/case.html>>. Acesso em: 27 mar. 2017.

localidade, violava a Primeira Emenda, caracterizando restrição prévia contra a imprensa. O *Justice* HUGHES, que presidia a Corte, ressaltou, entretanto, que o governo poderia censurar *a priori* algumas publicações, a exemplo “das datas de partida de navios de guerra ou do número e da localização dos soldados”<sup>240</sup>.

A conhecida como “exceção Near” foi aspecto crucial no julgamento *New York Times Co. vs. United States*<sup>241</sup>, no qual se decidiu, em plena época da Guerra do Vietnã, que o periódico poderia continuar a publicar documentos ultrassecretos do Pentágono.

Em memorável voto, o *Justice* BLACK expôs:

A imprensa foi protegida [na Primeira Emenda] para que pudesse revelar os segredos do governo e informar as pessoas. Só uma imprensa livre, e não controlada, pode expor de forma eficaz a fraude no governo [...]. A meu juízo, longe de merecer condenação pela corajosa reportagem que fizeram, o *New York Times*, o *Washington Post* e outros jornais deveriam ser condecorados por servir ao propósito que nossos Pais Fundadores viram com tanta clareza. Ao revelar as ações do governo que levaram à Guerra do Vietnã, os jornais fizeram com nobreza exatamente o que os Fundadores esperavam e confiavam que eles fizessem.<sup>242</sup>

Porém, o mais emblemático caso envolvendo a liberdade de expressão nos Estados Unidos da América é *New York Times vs. Sullivan*<sup>243</sup>.

Em 29 de março de 1960, o *The New York Times* publicou um anúncio de autoria de partidários de Martin Luther King Jr. dizendo que funcionários racistas do Sul haviam usado táticas ilegais contra aqueles que apoiavam o movimento pelos direitos civis. Apesar de o anúncio não mencionar nomes, L.B. Sullivan, comissário de polícia da cidade de Montgomery, no Estado do Alabama, processou o periódico por difamação dizendo que poderia ser identificado como um dos violadores<sup>244</sup>.

No Tribunal Estadual, o jornal foi condenado a pagar quinhentos mil dólares de indenização. Pela legislação do Alabama, qualquer publicação que fosse contestada em uma demanda judicial era presumivelmente falsa, cabendo ao responsável pela publicação o ônus de provar sua veracidade. No mais, ainda conforme a lei local, o dano

---

<sup>240</sup> ANTHONY LEWIS, *Liberdade para as ideias que odiamos*, p. 61-63.

<sup>241</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. 403 US 713 (1971). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/403/713/case.html>>. Acesso em: 22 mar. 2017.

<sup>242</sup> ANTHONY LEWIS, *Liberdade para as ideias que odiamos*, p. 66.

<sup>243</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. 376 US 254 (1964). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/376/254/case.html>>. Acesso em: 22 mar. 2017.

<sup>244</sup> ANTHONY LEWIS, *Liberdade para as ideias que odiamos*, p. 67-68.

era considerado presumido, bastando à suposta vítima demonstrar que o conteúdo divulgado causaria dano à sua reputação; o erro do responsável pela publicação também era considerado presumido, não importando se a afirmação havia sido publicada por negligência ou qualquer outro erro<sup>245</sup>.

O *The New York Times* levou o caso à Suprema Corte. Ali a discussão centrou-se em saber se poderia haver responsabilização civil no caso de manifestação contendo erro factual, cometido sem má-fé, que atingira uma figura pública. O Tribunal entendeu que não.

Conforme DANIEL SARMENTO:

Em voto histórico o *Justice* Brennan destacou que “os debates sobre assuntos de interesse público devem ser desinibidos, robustos e abertos” e que “as afirmações equivocadas são inevitáveis em um debate livre” devendo ser protegidas se “se deseja que as liberdades expressivas tenham o ‘espaço de respiração’ de que precisam para sobreviver”. Para a Corte, “uma norma que exigisse do crítico [...] a comprovação da verdade de suas alegações fáticas”, sob pena de responsabilização civil, levaria à “autocensura”. Mais que isso “possíveis críticos [...] poderiam se abster de manifestar suas críticas, mesmo as considerando corretas e mesmo que elas de fato fossem verdadeiras, pela dúvida sobre se seriam capazes de prová-las numa Corte, ou pelo medo dos custos de fazê-lo”<sup>246</sup>.

O julgado criou a doutrina da *actual malice* (malícia real), um *standard* para medir a responsabilização de jornalistas pela divulgação de matérias que contenham supostamente elementos falsos, concebendo-se que tais ações por reparação de danos propostas por pessoas públicas somente seriam cabíveis quando demonstrado que a manifestação se deu com o conhecimento, por parte do jornalista, de que as informações eram falsas, ou de que houve negligência ao tomar conhecimento dos fatos a serem utilizados como conteúdo editorial, denominada “descuidada desconsideração” (*reckless disregard*).

O caso *New York Times vs. Sullivan* não revolucionou apenas a jurisprudência nem se limitou ao contexto da violência racial: “incentivou a imprensa americana, encorajando-a a contestar a verdade oficial, em vez de agir como mera estenógrafa”<sup>247</sup>,

<sup>245</sup> ANTHONY LEWIS, *Liberdade para as ideias que odiamos*, p. 69.

<sup>246</sup> DANIEL SARMENTO, *Liberdades comunicativas e “Direito ao Esquecimento” na ordem constitucional brasileira*, p. 41.

<sup>247</sup> ANTHONY LEWIS, *Liberdade para as ideias que odiamos*, p. 75.

produzindo vários feitos da imprensa moderna como o caso “Watergate”, a cobertura da Guerra do Vietnã e o recente caso Edward Snowden.

Quanto à ideia de que certos direitos desfrutam de posição preferencial, sua origem remonta ao caso *United States vs. Carolene Products*<sup>248</sup>, que tratava da regulação econômica pelo Estado. Em uma nota de rodapé aposta pelo Juiz STONE, decidiu-se que, em relação a alguns direitos preferenciais e à proteção de minorias impopulares, o Judiciário poderia exercer um escrutínio mais rigoroso sobre normas restritivas.

E o *standard* que rege esse escrutínio rigoroso (*strict scrutiny*) “envolve verificar se a norma restritiva promove um interesse público excepcionalmente importante (*compelling interest*), e se ela é talhada de modo estreito e preciso (*narrowly tailored*) para favorecer dito interesse”<sup>249</sup>.

No caso *Thomas vs. Collins*<sup>250</sup>, o voto do Justice ROUTLEDGE referiu-se claramente à posição preferencial da liberdade de expressão, pontuando que:

[...] a presunção usual sustentando a legislação é ponderada com a posição preferencial dada em nosso sistema pelas grandes, indispensáveis liberdades democráticas asseguradas pela Primeira Emenda. Essa prioridade dá a essas liberdades uma santidade e uma posição que não admite intrusões dúbias [...] <sup>251</sup>.

Traçando um paralelo com o ordenamento jurídico nacional – sem olvidar nossas diferenças com a *common law* –, apesar da proteção e do alto nível de destaque conferido às liberdades comunicativas pela Carta de 1988, a arquitetura do nosso direito constitucional não se mostra compatível com a doutrina da posição preferencial<sup>252</sup>, tendo

<sup>248</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. 304 US 144 (1938). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/304/144/case.html>>. Acesso em: 29 mar. 2017.

<sup>249</sup> DANIEL SARMENTO, *Liberdades comunicativas e “Direito ao Esquecimento” na ordem constitucional brasileira*, p. 26.

<sup>250</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. 323 US 516 (1945). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/323/516/case.html>>. Acesso em: 5 abr. 2017.

<sup>251</sup> “Usual presumption supporting legislation is balanced by the preferred place given in our scheme to the great, the indispensable, democratic freedoms secured by the First Amendment [...] That priority gives these liberties a sanctity and a sanction not permitting dubious intrusions [...]” (tradução nossa). ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. 323 US 516 (1945). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/323/516/case.html>>. Acesso em: 29 mar. 2017.

<sup>252</sup> Conforme os ensinamentos de CLÁUDIO CHEQUER, na doutrina dos direitos fundamentais preferenciais originada da Suprema Corte dos Estados Unidos, a concessão de preferência a determinado direito fundamental não supõe sua prevalência absoluta quando comparado com outros direitos da mesma natureza, mas simplesmente lhe confere uma posição mais forte ou uma maior eficácia na hora de proceder ao *balancing*, à ponderação dos interesses em conflito: “[...] havendo colisão entre direitos fundamentais, se um dos princípios envolvidos no conflito for considerado preferencial, a solução do conflito se dará pela ponderação de princípios; todavia, no momento de se fazer essa ponderação, o prato da balança inicia a ponderação conferindo mais peso ao direito fundamental preferencial, situação essa que pode ser

em vista a tutela expressa dos direitos da personalidade também como fundamentais, além do *status* constitucional da previsão do direito de resposta proporcional ao agravo e da indenização por danos materiais ou morais no caso de lesão a tais direitos.

No entanto, a jurisprudência do STF tem sinalizado certa simpatia à doutrina<sup>253</sup>.

O Ex-Ministro AYRES BRITTO, relator da ADPF 130 (que considerou a Lei de Imprensa não recepcionada pela *Lex Mater*), pontuou que “a Constituição brasileira se posicionou diante de bens jurídicos da personalidade para, de imediato, cravar uma primazia ou precedência: a das liberdades de pensamento e de expressão *lato sensu*”<sup>254</sup>.

No julgamento da ADPF 187 (“Marcha da Maconha”), o Ministro LUIZ FUX asseverou que a liberdade de expressão “merece proteção qualificada de modo que, quando da ponderação com outros princípios constitucionais, possua uma dimensão de peso *prima facie* maior”<sup>255</sup>.

E o Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO também sustentou a posição em seu voto no julgamento da ADIn 4815 (“biografias não autorizadas”):

De modo que eu assento, de maneira expressa, como uma das premissas teóricas e filosóficas da minha convicção nesta matéria, como nos casos de liberdade de expressão em geral, que, no Brasil, por força da Constituição e das circunstâncias brasileiras, a liberdade de expressão deve ser tratada constitucionalmente como uma liberdade preferencial. [...] Ao se dizer que a liberdade de expressão é uma liberdade preferencial, estabelece-se uma primazia *prima facie* da liberdade de expressão no confronto com outros direitos fundamentais. [...] Aquele que pretenda cercear a liberdade de expressão em nome do direito de imagem, em nome da honra, em nome da privacidade, é essa parte que tem o ônus de demonstrar o seu direito superador da preferência da liberdade de expressão [...]”<sup>256</sup>.

Os argumentos do voto mantêm coerência com os estudos doutrinários do Ministro anteriores à ascensão à Suprema Corte:

Na verdade, tanto em sua manifestação individual, como especialmente na coletiva, entende-se que as liberdades de informação e de expressão servem de fundamento para o exercício de outras liberdades, o que justifica uma posição

---

perfeitamente invertida diante das circunstâncias do caso concreto. Trata-se, em verdade, de uma preferência apenas *prima facie*, mas não de uma preferência absoluta entre direitos fundamentais” (*A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial prima facie*, p. 96-97).

<sup>253</sup> Por óbvio, há exceções. Uma delas é o já citado HC 82.424-2 (Caso “Ellwanger”).

<sup>254</sup> STF. ADPF 130, Plenário, Rel. Min. CARLOS AYRES BRITTO, *DJ* 06.11.2009.

<sup>255</sup> STF. ADPF 187, Plenário, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *DJ* 29.05.2014.

<sup>256</sup> STF. ADIn 4815, Plenário, Rel. Ministra CÁRMEN LÚCIA, *DJ* 1º.02.2016.

de preferência – *preferred position* – em relação aos direitos fundamentais individualmente considerados<sup>257</sup>.

Defendendo como parecerista a teoria da posição preferencial, DANIEL SARMENTO afirma que, apesar de as liberdades de expressão e de imprensa não serem direitos absolutos, elas tendem a prevalecer nos processos de ponderação devido ao seu elevadíssimo peso na ordem dos valores constitucionais. Para o autor, a posição preferencial envolve o controle rigoroso das medidas que eventualmente restrinjam esses direitos, o chamado escrutínio estrito, e a compatibilidade com o “princípio” da proporcionalidade na sua tríplice dimensão<sup>258</sup>.

Para o autor:

A posição preferencial confere ao Judiciário o papel de exercitar um controle forte sobre as medidas restritivas, pouco deferentes às escolhas e valorações feitas pelos outros poderes estatais. Opera-se uma espécie de inversão na presunção de constitucionalidade das normas restritivas, que são vistas como “legislação suspeita”. Reconhece-se nesse campo, uma ampla legitimidade para decisões jurisdicionais *contramajoritárias*, visando a contrabalançar a tendência comum – mas lamentável – dos governos e maiorias políticas, de tentar silenciar os que expressam opiniões impopulares ou divulgam fatos que desagradam os que estão no poder<sup>259</sup>.

Parece-nos ter sido esse o entendimento do STF quando do julgamento da ADIn 4815<sup>260</sup>, o caso das “biografias não autorizadas”. Na hipótese, havia inclusive mediação legislativa aplicável ao caso concreto, nos termos dos arts. 20 e 21 do Código Civil, isto é, o legislador ordinário, exercendo sua competência legislativa, já havia fixado a solução para a colisão entre a liberdade de imprensa e os direitos fundamentais da personalidade. No entanto, foi conferida interpretação conforme a Constituição aos dispositivos da Lei Civil no que concerne à publicação de narrativas literárias biográficas, em que pese a proteção à privacidade, à intimidade, à imagem e à honra também contar com previsão constitucional como direito fundamental.

De qualquer forma, as regras infraconstitucionais dos arts. 20 e 21 do *Codex* civil não correspondiam ao resultado de uma ponderação correta conforme os direitos

---

<sup>257</sup> LUIS ROBERTO BARROSO, *Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação*, p. 82.

<sup>258</sup> DANIEL SARMENTO, *Liberdades comunicativas e “Direito ao Esquecimento” na ordem constitucional brasileira*, p. 27-28.

<sup>259</sup> *Ibidem*, p. 28.

<sup>260</sup> STF. ADIn 4815, Plenário, Rel. Ministra CÁRMEN LÚCIA, DJ 1º.02.2016.

fundamentais, restringindo de forma desproporcional um princípio de direito fundamental, na hipótese, as liberdades comunicativas.

Apesar de rechaçar a doutrina da posição preferencial, INGO WOLFGANG SARLET pontua que, mesmo que admitida:

[...] não se trata de atribuir à liberdade de expressão (em qualquer uma de suas manifestações particulares) a condição de direito absolutamente imune a qualquer limite e restrição, nem de estabelecer uma espécie de hierarquia prévia entre as normas constitucionais [...]. Quando se fala de uma posição preferencial, o que se verifica é o reconhecimento — em favor da liberdade de expressão — de uma posição inicial e argumentativa de vantagem no caso de conflitos com outros bens fundamentais, de tal sorte que também aqui não há, ao fim e ao cabo, como deixar de considerar as exigências da proporcionalidade e de outros critérios aplicáveis a tais situações, o que, de resto, se percebe tem sido praticado pelo STF em algumas situações<sup>261</sup>.

Tendo como pressuposto deste trabalho a teoria dos princípios desenvolvida por ROBERT ALEXY, que não considera que um dos princípios tenha dimensão *prima facie* maior, mas que ambos possuem o mesmo peso abstrato, admitimos que somente na análise do caso concreto, sob determinadas condições, há possibilidade de aferir se um dos princípios tem precedência em relação ao outro (e a precedência pode ser resolvida de forma oposta caso condições diversas sejam apresentadas)<sup>262</sup>. Serão as condições fáticas do caso concreto que determinarão a precedência de um princípio sobre o outro, não sendo possível, em termos gerais, a prevalência da liberdade de expressão *lato sensu* nos processos ponderativos.

Em um Estado em que seis “famílias”<sup>263</sup> controlam 70% de tudo o que é visto, ouvido e lido nos meios de comunicação brasileiros, incluídos os portais de notícias no ambiente da *Web*, além da concentração exercida pelo motor de buscas *Google*, responsável por 96,73% das pesquisas realizadas na Internet<sup>264</sup>, revela-se temerário

<sup>261</sup> INGO WOLFGANG SARLET. *Liberdade de expressão e biografias não autorizadas: notas sobre a ADI 4815*. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2015-jun-19/direitos-fundamentais-liberdade-expressao-biografias-nao-autorizadas#\\_ftn5](http://www.conjur.com.br/2015-jun-19/direitos-fundamentais-liberdade-expressao-biografias-nao-autorizadas#_ftn5)>. Acesso em: 9 abr. 2017.

<sup>262</sup> ROBERT ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 93-94.

<sup>263</sup> Vide excerto do relatório elaborado pela ONG Britânica *Article XIX*: “Seis empresas de mídia controlam o mercado de TV no Brasil, um mercado que gira mais de 3 bilhões de dólares por ano. A *Rede Globo* detém aproximadamente metade deste mercado, num total de 1590 bilhões de dólares. Estas seis principais empresas de mídia controlam, em conjunto com seus 138 grupos afiliados, um total de 668 veículos midiáticos (TVs, rádios e jornais) e 92% da audiência televisiva; a *Globo*, sozinha, detém 54% da audiência da TV (em um país em que 81% da população assiste à TV todos os dias, numa média de 3,5 horas por dia)” (ARTICLE XIX. *Declaração final da missão ao Brasil sobre a situação da liberdade de expressão*. Disponível em: <<https://www.article19.org/data/files/pdfs/publications/brazil-mission-statement-port.pdf>>. Acesso em: 18 abr. 2017).

<sup>264</sup> STATCOUNTER. Disponível em: <<http://gs.statcounter.com/search-engine-market-share/all/brazil>>. Acesso em: 17 jul. 2017. Abordaremos a questão dos buscadores digitais no Capítulo 5 deste estudo.

atribuir posição preferencial às liberdades comunicativas, mesmo que com isso possa haver prejuízo às chamadas mídias independentes. É notório o poder das empresas de comunicação<sup>265</sup> em destruir reputações ou criar mitos, destituir presidentes ou aclamar “heróis”, manipular e ocultar informações, denominar criminosos ativistas que se organizam para firmar jurídica e politicamente seus interesses.

No entanto, mesmo sendo refratários à aplicação da doutrina da posição preferencial na atual conjuntura de concentração midiática, algumas considerações sobre a liberdade de expressão sedimentadas pela jurisprudência norte-americana servem como crítica à doutrina e à jurisprudência nacional, especificamente para efeitos de responsabilização civil.

Com exceção da jurisprudência que vem sendo firmada pelo STF, conforme apontado alhures, o exercício das liberdades comunicativas no Brasil ainda é refém da subjetividade do indivíduo que está sendo noticiado e/ou retratado<sup>266</sup>, ocasionando uma posição preferencial “às avessas”, ou seja, ainda uma primazia dos direitos fundamentais da personalidade, especialmente na primeira e segunda instâncias<sup>267</sup>, como também no STJ<sup>268</sup>.

Tais Cortes parecem atreladas à falsa premissa de que só há se falar em liberdade de expressão se não atingidos, em qualquer grau, os direitos fundamentais da personalidade<sup>269</sup>.

---

<sup>265</sup> E aqui valem as palavras de PERSEU ABRAMO, pois, além da busca do lucro, pelo qual o empresário da comunicação distorce e manipula para agradar seus consumidores, há a figura do anunciante, responsável último e maior pelo produto final da comunicação (*Padrões de manipulação na grande imprensa*, p. 42-43). Corroborando a ideia, vide as recentes declarações de Emílio Odebrecht sobre a verba publicitária destinada a veículos de comunicação, antes da operação Lava Jato, e a “coincidente” inexistência de reportagens e/ou artigos desfavoráveis à empreiteira da qual é sócio (MARINA ROSSI. *O vídeo em que Emílio Odebrecht diz que esquema tem 30 anos e culpa a Imprensa e os Poderes*. Disponível em: <[http://brasil.elpais.com/brasil/2017/04/14/politica/1492192630\\_931956.html](http://brasil.elpais.com/brasil/2017/04/14/politica/1492192630_931956.html)>. Acesso em: 18 abr. 2017).

<sup>266</sup> Basta rememorarmos a polêmica das biografias não autorizadas envolvendo celebridades, como o cantor e compositor Roberto Carlos e a demanda promovida contra Paulo César de Araújo e a editora da obra *Roberto Carlos em detalhes*; a censura ao *Estado de S. Paulo* por Fernando Sarney devido à reportagem da operação “Boi barrica”; e o caso que abre este Capítulo, cuja ação é assinada pelo advogado Gustavo do Vale Rocha, subchefe de Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República.

<sup>267</sup> Apenas a título de exemplo, citamos o acórdão do TJSP, Ap. Cível 575.762.4/0-00, 4ª Câmara de Direito Privado, Des. FRANCISCO LOUREIRO, J. 18.12.2008, e a decisão do TJRS, Ap. 70000860312, 9ª Câmara Cível, Rel. Des. MARA LARSEN CHECHI, J. 29.08.2001.

<sup>268</sup> Emblemático é o REsp 1.334.097, 4ª Turma, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe 10.09.2013, sobre o caso “Chacina da Candelária”, que analisaremos no Capítulo 5 desta pesquisa.

<sup>269</sup> CLÁUDIO CHEQUER, *A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial* prima facie, p. 204.

A indústria da indenização por danos morais traz insegurança jurídica não só aos meios de comunicação de massa tradicionais e seus orçamentos polpudos, mas, principalmente, aos novos formadores de opinião midiáticos que postam seus comentários em *blogs*<sup>270</sup>, *tweets* e diversos *websites* na Internet, independentemente de sua formação jornalística<sup>271</sup>.

*Speakers* e comunicadores em geral temerosos de eventual responsabilização civil, e algumas vezes até criminal, têm praticado atos de censura privada no exercício da liberdade de expressão, o chamado *chilling effect*, que leva ao resfriamento do debate em virtude da menor circulação de informações<sup>272</sup>.

Conforme leciona DANIEL SARMENTO:

[A] expansão e a exacerbação da responsabilidade civil [...] tende a inibir as críticas às autoridades e aos poderosos, e a desestimular as denúncias e divulgações de fatos negativos. Em outras palavras, um regime muito alargado de responsabilidade civil sobre supostos abusos expressivos exerce um pernicioso efeito resfriador sobre a esfera comunicativa, em detrimento da vitalidade da democracia<sup>273</sup>.

---

<sup>270</sup> No dia 21 de março de 2017, Eduardo Guimarães, editor do *Blog da Cidadania*, foi conduzido coercitivamente para prestar depoimento ao Juiz Sergio Moro, tendo *notebooks*, *pendrives* e até o celular de sua mulher apreendidos. O objetivo do magistrado era descobrir quem havia lhe repassado informações sobre as investigações da operação *Lava Jato*, especificamente em uma busca e apreensão contra o ex-presidente Lula. A reação negativa de profissionais da imprensa de vários espectros ideológicos devido à afronta ao sigilo de fonte garantido pela Constituição fez o magistrado recuar, decidindo pela retirada de qualquer identificação a esse respeito, mas prosseguir “na apuração da violação de sigilo funcional pelo agente público envolvido” (UOL. *Moro recua e decide tirar nome de fonte de blogueiro que vazou notícia sobre Lula*. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2017/03/23/moro-recua-e-decide-tirar-nome-de-fonte-de-blogueiro-que-vazou-noticia-sobre-lula.htm#comentarios>>. Acesso em: 30 mar. 2017).

<sup>271</sup> O STF já decidiu que é inconstitucional a exigência de diploma de jornalista e registro profissional no Ministério do Trabalho como condição para exercício da profissão. Considerou-se que o artigo 4º, inciso V, do Decreto-Lei nº 972/1969 não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, e que as exigências nele contidas ferem a liberdade de imprensa e contrariam o direito à livre manifestação do pensamento inscrita no artigo 13 da Convenção Americana dos Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica (RE 511.961, Plenário, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJ 13.11.2009).

<sup>272</sup> A ONG *Article XIX*, em diagnóstico sobre as liberdades comunicativas no Brasil, mostra que nosso país é recordista em processos contra jornalistas em um grupo de cem países. Conforme o relatório: “O alto número de indenização por danos morais, assim como seu montante, limitam de forma significativa o livre fluxo de informações e idéias no país. Muitos jornalistas entrevistados admitiram que a autocensura tornou-se uma das ‘principais doenças’ no interior das redações brasileiras, como forma de tentar evitar os altos custos de processos judiciais. A mídia tem um papel central na ampliação do direito do público de saber, na disponibilização de um fórum para debate público de temas que preocupam os cidadãos e no monitoramento para promoção da prestação de contas e responsabilização do governo” (ARTICLE XIX. *Declaração final da missão ao Brasil sobre a situação da liberdade de expressão*). Disponível em: <<https://www.article19.org/data/files/pdfs/publications/brazil-mission-statement-port.pdf>>. Acesso em: 18 abr. 2017).

<sup>273</sup> DANIEL SARMENTO, *Liberdades comunicativas e “Direito ao Esquecimento” na ordem constitucional brasileira*, p. 40-41.

BERNARDO KUCINSKI observa que há dificuldade na identificação da autocensura, tendo em vista que ela se confunde com “mecanismos sistêmicos e inconscientes de censura inerentes ao processo social de construção da notícia”. Esses mecanismos sistêmicos (ou “filtros”, em citação a NOAM CHOMSKY) – oriundos do poder econômico, da publicidade, de fontes oficiais ou de dominação ideológica – interagem e se reforçam, dando à informação determinado padrão de consenso<sup>274</sup>.

A autocensura afeta a dignidade do comunicador, pois ele aceita a restrição de sua liberdade, tornando-se ao mesmo tempo agente e objeto da repressão. E ela tanto pode ocorrer pela adoção de posição político-ideológica pelo veículo de imprensa, como pela “eventual pressão por parte de executivos e/ou proprietários de empresas de comunicação sobre os diretores de redação para que tentem diminuir as contingências advindas de condenações em ações judiciais em razão de reportagens publicadas”<sup>275</sup>, ou, ainda, pelo justificado temor daquele formador de opinião, detentor de um *website*, sem vínculos com a grande mídia, em ver suas finanças abaladas pela condenação em uma demanda judicial.

Logo, é inócuo tecermos loas à liberdade de expressão para impedir restrições *a priori*, caso, sob a alegação subjetiva de causar danos, haja a responsabilização *a posteriori* pelo legítimo exercício das liberdades comunicativas, sem qualquer ponderação racional entre os direitos fundamentais colidentes.

A transmissão de informações e a emissão de críticas podem atingir a personalidade da pessoa noticiada causando-lhe dissabores, sendo incabível, entretanto, se falar em dano injusto, caso transmitida informação verossímil<sup>276</sup>, de interesse público, sem o intuito de difamar, injuriar ou caluniar<sup>277</sup>, pois configurado exercício regular de

---

<sup>274</sup> BERNARDO KUCINSKI, *A primeira vítima: a auto-censura durante o regime militar*, p. 537-538.

<sup>275</sup> SONIA MARIA D'ELBOUX, *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*, p. 218.

<sup>276</sup> Abordaremos o assunto no tópico sobre o “direito à informação”.

<sup>277</sup> “[...] em princípio, não caracteriza hipótese de responsabilidade civil a publicação de matéria jornalística que narre fatos verídicos ou verossímeis, embora eivados de opiniões severas, irônicas ou impiedosas, sobretudo quando se trate de figuras públicas que exerçam atividades tipicamente estatais, gerindo interesses da coletividade, e a notícia e crítica referirem-se a fatos de interesse geral relacionados à atividade pública desenvolvida pela pessoa noticiada. [...] Na espécie, embora não se possa duvidar do sofrimento experimentado pelo recorrido, a revelar a presença de dano moral, este não se mostra indenizável, por não estar caracterizado o abuso ofensivo na crítica exercida pela recorrente no exercício da liberdade de expressão jornalística, o que afasta o dever de indenização. Trata-se de dano moral não indenizável, dadas as circunstâncias do caso [...]” (STJ. REsp 801.109, 4ª Turma, Rel. Min. RAUL ARAÚJO, DJ 12.03.2013.

direito<sup>278</sup>. Tais parâmetros não podem ser desconsiderados quando do sopesamento entre os princípios em colisão.

### **3.4 Liberdades comunicativas em espécie**

Apesar de possuir diversos pontos de contato e similaridades conceituais, o complexo de direitos relacionados às liberdades comunicativas é formado por direitos fundamentais autônomos e diversos entre si, a exemplo da liberdade artística, da liberdade de imprensa, da liberdade de religião, da liberdade acadêmica, da liberdade de criação cultural, entre outros.

Para a melhor compreensão do tema em estudo neste trabalho, consideramos válido o recorte de algumas de suas espécies com uma breve delimitação de seus respectivos regimes jurídicos.

Apresentaremos os contornos e as dimensões do direito à informação, do direito à liberdade de expressão em sentido estrito (ou direito de opinião ou de livre manifestação do pensamento) e da liberdade de imprensa ou direito de comunicação social, por possuírem maior ponto de contato com o direito ao esquecimento, conforme abordaremos no Capítulo 5.

#### *3.4.1 O direito à informação*

Em uma sociedade na qual a geração de riqueza, o exercício do poder e a criação de códigos culturais dependem da capacidade tecnológica, especialmente do desenvolvimento da tecnologia da informação, temos o que MANUEL CASTELLS<sup>279</sup> denomina de informacionalismo.

A sociedade em rede se afigura como a nova estrutura social dessa era, constituída em “teias” de produção, poder e experiência, construindo uma cultura de virtualidade nos fluxos globais que transcendem o tempo e o espaço e se alicerçam na informação como a sua maior fonte de produtividade e poder, verdadeira mola propulsora do novo modo de produção social<sup>280</sup>.

---

<sup>278</sup> Código Civil: “Art. 188. Não constituem atos ilícitos: I – os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; [...]”.

<sup>279</sup> MANUEL CASTELLS, *A sociedade em rede*, p. 119.

<sup>280</sup> *Ibidem*, p. 119-120.

O desenvolvimento tecnológico trouxe o fenômeno do armazenamento de dados em larga escala, a facilidade em recuperá-los e “o alcance universal das informações propiciado por redes digitais globalizadas, as quais figuram como responsáveis por eliminar a restrição antes imposta de exclusividade do acesso pessoal a determinada informação”<sup>281</sup>.

As fontes de informação, antes restritas àquelas elaboradas por profissionais vinculados aos veículos de comunicação, se diversificaram com o advento da Internet, fazendo com que os receptores, antes passivos, se transformassem em produtores de conteúdo por meio de *posts* em redes sociais, *blogs* e páginas diversas da *World Wide Web*, levando a era da informação a ser também a da interação.

Na era da informação, a luta pelo poder manifesta-se em batalhas culturais travadas basicamente na (e pela) mídia. A cultura se transforma em fonte de poder, e o poder em fonte de capital.

A informação sistematizada e com acesso facilitado devido aos avanços da tecnologia é o mais relevante instrumento de controle e exercício do poder<sup>282</sup>. Tal avanço permite a rapidez da circulação, massificando, por outro lado, a divulgação com a imposição da velocidade informativa<sup>283</sup>, o que traz consequências no âmbito jurídico não constatadas anteriormente e que, por isso, merecem ser objeto de estudo.

O direito à informação compreende não apenas a liberdade de informar do emissor, mas o direito do receptor de se informar e ser informado. O objetivo principal do direito à informação não é a proteção da liberdade de manifestação do pensamento, como necessidade natural do ser humano, mas o de assegurar o livre fluxo de informações

---

<sup>281</sup> DAVID CURY NETO, *Tutela civil do direito ao esquecimento*, p. 66-67.

<sup>282</sup> Não queremos dizer que tal fenômeno seja novo, pois, no caso brasileiro, desde Assis Chateaubriand, passando pelas Organizações Globo, além do alinhamento dos senhores da mídia com as pautas mais conservadoras da sociedade, há décadas, é promovido intenso processo de ideologização por meio da manipulação de informações. No entanto, com o advento da Internet, não há como negar a mutação de paradigma, mesmo que sejamos obrigados a admitir que as redes sociais e diversos *sites* também têm sido utilizados como mais um meio de disseminação de informações falsas ou deturpadas.

<sup>283</sup> Cabível a crítica de JOSÉ ARBEX JR. ao pontuar que a tecnologia introduziu mais um padrão de manipulação na grande imprensa: a fabricação social da amnésia mediante a imposição de velocidade informativa: “[...] notícias do mundo inteiro são despejadas em tamanha quantidade, e com tanta rapidez, que mal tomamos conhecimento de um assunto e logo outro já ocupa os telejornais e, conseqüentemente, as manchetes da mídia [...], fazendo com que rapidamente seja esquecido aquilo que havia pouco ainda era considerado ‘fundamental’. A ‘aceleração tecnológica’ do mundo prova-se eficaz instrumento de dominação”. (O legado ético de Perseu Abramo e de Aloysio Biondi. In: PERSEU ABRAMO, *Padrões de manipulação na grande imprensa*, p. 9. Apresentação).

na sociedade em homenagem à opinião pública, pois “para que uma pessoa possa formar e expressar, conscientemente, suas opiniões, idéias e até sentimentos ela precisa reconhecer a realidade na qual está inserida, o que depende do acesso às informações, que se revelam como alicerces para que seja possível a construção de escolhas pessoais livres e autônomas”<sup>284</sup>.

O direito à informação não pode ser caracterizado como meramente individual, sendo a base para que outros direitos fundamentais sejam exercidos em sua plenitude.

Mesmo optando por utilizar a expressão “direito à informação”, é necessário frisar que doutrinadores como JOSÉ AFONSO DA SILVA realizam distinção com o conceito de “liberdade de informação”.

Segundo o autor, alicerçado nas lições de FREITAS NOBRE, o direito à informação não seria pessoal nem profissional, mas o direito coletivo insculpido no inc. XXXIII do art. 5º<sup>285</sup>, por se tratar de um “direito da coletividade à informação”. Já a liberdade de informação compreenderia “a procura, o acesso, o recebimento e a difusão de informações ou idéias, por qualquer meio, e sem dependência de censura, respondendo cada qual pelos abusos que cometer”<sup>286</sup>.

CLAUDIO LUIZ BUENO DE GODOY e JORGE MIRANDA também falam em “liberdade de informação”, definindo-a respectivamente como o “direito que a pessoa tem de informar, de comunicar, enfim, de exteriorizar sua opinião”<sup>287</sup>, ou de “aprender ou dar a aprender factos e notícias”, nela prevalecendo o elemento cognoscitivo<sup>288</sup>.

ALUÍZIO FERREIRA, por sua vez, assevera que o direito à informação e o direito à comunicação são indissociáveis, porém com conceitos inconfundíveis. O primeiro compreenderia as faculdades de buscar e receber informações; o segundo, o direito de transmitir e compartilhar informações (procurar, receber e comunicar), ou seja,

---

<sup>284</sup> TATIANA STROPPA, *As dimensões constitucionais do direito de informação e o exercício da liberdade de informação jornalística*, p. 72-73.

<sup>285</sup> “Art. 5º [...] inc. XXXIII – todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;”

<sup>286</sup> JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Comentário contextual à Constituição*, p. 111-112.

<sup>287</sup> CLAUDIO LUIZ BUENO DE GODOY, *A Liberdade de Imprensa e os Direitos da personalidade*, p. 48.

<sup>288</sup> JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, 2000, p. 454.

além das faculdades inerentes ao direito à informação, o direito à comunicação pressuporia a disponibilidade de meios, sejam próprios, franqueados ou legalmente autorizados, para o envio de suas mensagens, apesar de constatar que:

[...] o direito à comunicação somente faz sentido na perspectiva do direito à informação. É por que todos os seres humanos têm direito a estar informados que a cada pessoa devem ser asseguradas as faculdades de procurar, receber e publicar informações, assim efetivando-se, por sucessivos processos de comunicação, o livre intercâmbio de idéias e opiniões na sociedade<sup>289</sup>.

Neste estudo utilizaremos a expressão “direito à informação”, e o conceituaremos conforme parte da doutrina<sup>290</sup>, em três vertentes que apresentam elevado grau de interdependência: o direito de informar, o direito de se informar e o direito de ser informado.

O direito à informação usualmente é associado à liberdade de imprensa, como se deu no caso em que o STF invalidou preceito legal que vedara a divulgação de pesquisas eleitorais a menos de quinze dias das eleições<sup>291</sup>. Em outros casos, se apresenta de forma autônoma, como no julgamento, também proferido pela Suprema Corte, no qual se invalidou decisão administrativa do Superior Tribunal Militar que negara a pesquisadores o acesso a áudios de sessões secretas da Corte nos anos 1970<sup>292 293</sup>.

Informação deve ser entendida como algo inteligível<sup>294</sup>, com os mais diversos conteúdos e com distintos reflexos no sistema jurídico.

São múltiplas as referências ao vocábulo no texto constitucional, merecendo citação o direito de acesso à informação (art. 5º, inc. XIV); o direito de receber

<sup>289</sup> ALUÍZIO FERREIRA DA SILVA, *Direito à informação, Direito à comunicação: direitos fundamentais na Constituição brasileira*, p. 130 e 225.

<sup>290</sup> VIDAL SERRANO NUNES JUNIOR, *Direito e jornalismo*, p. 44-47; TATIANA STROPPA, *As dimensões constitucionais do direito de informação e o exercício da liberdade de informação jornalística*, p. 79-110; JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, 2000, p. 454. Já LUIS GUSTAVO GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO considera a existência de cinco vertentes do direito à informação: faculdade de investigar, dever de informar, direito de informar, direito de ser informado e faculdade de receber informações (*Direito de informação e liberdade de expressão*, p. 150).

<sup>291</sup> STF. ADIn 3741, Plenário, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJ 23.02.2007.

<sup>292</sup> STF. RMS 23.036, 2ª Turma, Rel. p/o acórdão Min. NELSON JOBIM, DJ 25.08.2006.

<sup>293</sup> DANIEL SARMENTO, *Liberdades comunicativas e “Direito ao Esquecimento” na ordem constitucional brasileira*, p. 9.

<sup>294</sup> Conforme CARLOS ALBERTO RABAÇA e GUSTAVO GUIMARÃES BARBOSA, “informação” é um “termo que designa o conteúdo de tudo aquilo que trocamos com o mundo exterior, e que faz com que nos ajustemos a ele de forma perceptível. O recebimento e a utilização das informações são processos do nosso ajuste às contingências do meio ambiente e de nosso viver efetivo nesse meio ambiente”. Assim, a informação é sempre ligada a uma função, e “os homens e os grupos humanos, assim como os animais, só absorvem a informação de que necessitam e/ou que lhes seja inteligível” (*Dicionário de comunicação*, p. 335).

informações dos órgãos públicos de interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral (art. 5º, inc. XXXIII); a garantia de o preso ser informado dos seus direitos (art. 5º, inc. LXIII); o direito de as pessoas conhecerem e retificarem as informações que lhes digam respeito constantes de registro ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público (art. 5º, inc. LXXII); o direito de acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo (art. 37, § 3º, inc. II); o interesse público à informação nos julgamentos realizados pelo Poder Judiciário (art. 93, inc. IX); a transparência e o compartilhamento de informações no sistema nacional de cultura (art. 216-A, §1º, inc. IX); a informação difundida pelos meios de comunicação social (art. 220, *caput*), entre outras.

No entanto, neste estudo voltamos nossa atenção para as informações usualmente com conteúdo jornalístico ou noticioso disponibilizadas em buscadores digitais ou nas mídias tradicionais, conforme aprofundado no capítulo próprio sobre o direito ao esquecimento.

#### *3.4.1.1 O interesse público*

O âmbito de proteção do direito à informação é amplo, abarcando todas as temáticas que apresentem interesse público<sup>295</sup>, por sua vez definido como:

[...] a soma daqueles interesses superiores de uma dada sociedade na consecução dos objetivos comuns por ela tracejados em sua Constituição, no seu sistema legal e na sua cultura, no funcionamento normal e correto dos órgãos públicos a quem cometeu o exercício de funções para o alcance daquele fim e no regular exercício dos direitos consagrados aos cidadãos<sup>296</sup>.

LUÍS ROBERTO BARROSO alerta que é necessário cautela com essa espécie de cláusula genérica, visto que historicamente é utilizada com grande dissimulação para a

---

<sup>295</sup> GILBERTO HADDAD JABUR o conceitua como: “[o] conjunto de anseios coletivos tradutores das necessidades generalizadas de um povo ou comunidade tendentes ao exclusivo bem-viver de seus membros [...]. Não é o interesse de todos, comum ou vulgar. Também não se revela como somatório de anseios simplesmente convergentes. Não é a mera vontade de conhecer do povo nem se identifica com o desejo irreprimível e crescente, como se tem visto, de investigar e descobrir cada vez um pouco mais a respeito dos aspectos íntimos e sacrossantos de cada um. Longe, bem longe, de saciar a pura bisbilhoteira e o mexerico, o interesse público repousa na inescandível e indisputável necessidade de dar a conhecer. Necessidade essa que depassa as raias da curiosidade e alcança legitimidade, porque não vem pautada em um desejo simples e isolado de uma comunidade de futriqueiros, especuladores ou indiscretos, mas no sólido pressuposto de que a notícia que se pretende veicular é importante ao destinatário: se não lhe acresce cultura louvável, ao menos lhe traz informação útil, proveitosa ou vantajosa à sua interação como ente que participa do desenvolvimento sociocultural” (*Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade*, p. 340-341).

<sup>296</sup> LUIS GUSTAVO GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO, *Direito de informação e liberdade de expressão*, p. 92.

prática de atos arbitrários no “cerceamento das liberdades individuais, na imposição de censura e de discursos oficiais de matizes variados”<sup>297</sup>.

Elucida o autor que:

Quando se faz referência à necessidade de se atender ao requisito do interesse público no exercício da liberdade de informação [...], na verdade se está cuidando do conteúdo veiculado pelo agente. Isto é, procura-se fazer um juízo de valor sobre o interesse na divulgação de determinada informação ou determinada opinião. Ocorre, porém, que há um interesse público de maior relevância no próprio instrumento em si, isto é, na própria liberdade, independentemente de qualquer conteúdo [...]. O Estado que censura o programa televisivo de má qualidade pode, com o mesmo instrumental, censurar matérias jornalísticas “inconvenientes”, sem que o público exerça qualquer controle sobre o filtro que lhe é exposto<sup>298</sup>.

De qualquer forma, é possível dizer que a abrangência do espectro de temas dotados de interesse público é ampla. Além do evidente interesse público na atividade política e na atuação dos Poderes Públicos e de seus agentes, ele se encontra em temas como costumes, criminalidade, artes, religião, práticas e relações sociais, mentalidades, vida econômica, esportes, entretenimento etc., visto que, conforme DANIEL SARMENTO:

[...] o debate dessas questões também é vital para que as pessoas formem as suas convicções sobre assuntos que podem ser centrais em suas vidas, e para que a sociedade possa amadurecer, através da reflexão coletiva, que ganha em qualidade quando o amplo acesso à informação sobre os temas discutidos é assegurado.<sup>299</sup>

Fatos individuais podem ser de interesse público, uma vez que, como bem salientado por RODRIGO JANOT, no parecer exarado nos autos do ARE 833.248, “todo fato é, em certa medida, fato histórico”<sup>300</sup>. O procurador-geral cita os registros burocráticos

---

<sup>297</sup> LUÍS ROBERTO BARROSO, *Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação*, p. 86.

<sup>298</sup> *Ibidem*, p. 86-87.

<sup>299</sup> DANIEL SARMENTO, *Liberdades comunicativas e “Direito ao Esquecimento” na ordem constitucional brasileira*, p. 10.

<sup>300</sup> RODRIGO JANOT, *Parecer da Procuradoria-Geral da República Exarado no ARE 833.248*. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4623869>>. Acesso em: 17 abr. 2017. p. 43.

dos atos ligados à escravidão que poderiam ser banais para a época<sup>301</sup> – ou, inconvenientes para alguns burocratas<sup>302</sup> –, mas que hoje são importantes à historiografia.

Quanto às informações transmitidas pelos meios de comunicação social, há presunção da existência de interesse público, conforme precedente do STF<sup>303</sup>.

Acerca do interesse jurídico da informação, LUÍS GUSTAVO GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO assevera que:

O progresso tecnológico transformou, assim, a informação em um bem jurídico capaz não só de satisfazer a necessidade do saber, como de influir decisivamente no seu uso. Mas não de um saber científico, compartimentalizado ou especializado, mas um saber genérico, simples conhecimento do que está acontecendo ao redor do homem para que ele possa tomar as decisões que lhe competem como integrante obrigatório de uma sociedade. Aí reside o interesse jurídico da informação: saber para melhor decidir, para melhor escolher os rumos a dar à sua vida, à vida de sua família, ao seu país, à sua empresa, à sua função, à sua sociedade, ao seu partido político, à sua religião etc. [...].<sup>304</sup>

Observe-se, ademais, que a passagem do tempo não exclui o interesse público de informações históricas, mormente em países como o Brasil, cuja assimetria das relações sociais e um passado (e presente) de violação de direitos humanos obrigam ao não esquecer e ao fortalecimento da memória coletiva<sup>305</sup>.

---

<sup>301</sup> Como ressaltado por DANIEL SARMENTO, para o movimento denominado Nova História, não só líderes e grandes personalidades interessam à historiografia, mas também pessoas comuns, ordinárias, visto que, para compreender o passado, é imperioso o estudo de como viviam, pensavam e se comportavam esses indivíduos integrantes da maioria da população. Assim, “consideram-se temas históricos importantes assuntos como a vida privada, a sexualidade, a alimentação, a higiene, as relações de gênero, o casamento, o vestuário, as mentalidades, dentre tantos outros”. (*Liberdades comunicativas e “Direito ao Esquecimento” na ordem constitucional brasileira*, p. 12-13).

<sup>302</sup> Quando do lançamento da biografia de Carlos Marighella, seu autor, o jornalista MARIO MAGALHÃES, relatou sua saga para reconstituir a história da mãe do guerrilheiro, filha de escravos, negra, nascida no Brasil no século XIX. Isso porque boa parte dos papéis, dos livros de matrícula e dos documentos relativos à escravidão não estava mais disponível para pesquisa. Há mais de um século, milhares de registros foram incinerados por ordem do Ministro da Fazenda do governo provisório de Deodoro da Fonseca (1889-1891), o jurista Ruy Barbosa. Para o político e escritor baiano, a República estava “obrigada a destruir esses vestígios por honra à pátria” (conforme despacho publicado no Diário Oficial de 14 de dezembro de 1890, e cumprido por intermédio de circular datada de 13 de maio de 1891). Alguns historiadores dizem que o objetivo do “águia de Haia” era o de evitar que antigos proprietários de escravos usassem esses documentos para exigir indenizações da República. Deve ser destacado que, apesar do desvario, nem todos os documentos foram incinerados devido à nossa burocracia (ACADEMIA BRASILEIRA DE DIREITO REGISTRAL IMOBILIÁRIO. *Observatório do Registro*. Disponível em: <<https://cartorios.org/2010/01/25/penhor-de-escravos-e-queima-de-livros-de-registro/>>. Acesso em: 17 abr. 2017; ARNALDO SAMPAIO DE MORAES GODOY. *Rui Barbosa e a polêmica queima dos arquivos da escravidão*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-13/embargos-culturais-rui-barbosa-polemica-queima-arquivos-escravidao>>. Acesso em: 17 abr. 2017).

<sup>303</sup> STF. Decisão monocrática. Rcl 18.638/MC, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, DJ 19.09.2014.

<sup>304</sup> LUIS GUSTAVO GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO. *Direito de informação e liberdade de expressão*, p. 18.

<sup>305</sup> Para este assunto, dedicaremos o tópico “Direito à memória e à verdade”, no Capítulo 5.

### 3.4.1.2 A verdade

O direito à informação se encontra limitado pela veracidade, inaplicável no âmbito da liberdade de expressão *stricto sensu*, que engloba o direito de opinião e de livre manifestação do pensamento<sup>306</sup>, conforme abordaremos no próximo tópico.

No entanto, consideramos que a questão da “verdade”<sup>307</sup> da informação é um ponto bastante polêmico, pois, segundo ressaltado por DANIEL SARMENTO:

Informação e opinião se imbricam e amalgamam, como tende a ocorrer em reportagens jornalísticas, biografias, livros históricos etc. Ademais, do ponto de vista epistemológico, quem transmite uma informação necessariamente o faz a partir de seus pontos de vista e perspectivas<sup>308</sup>.

Como lembrado por LUÍS ROBERTO BARROSO, “a comunicação de fatos nunca é uma atividade completamente neutra: até mesmo na seleção dos fatos a serem divulgados há uma interferência do componente pessoal”<sup>309</sup>.

Assim, a verdade dos fatos é sempre uma versão deles, conforme pontua EUGÊNIO BUCCI:

[...] A verdade dos fatos é sempre uma *versão* dos fatos. O relato, qualquer que seja ele, é um discurso e, como tal, é inevitavelmente ideológico: mesmo quando sincera e declaradamente não opinativo, o relato jornalístico é encadeado segundo valores que obrigatoriamente definem aquilo que descreve. A objetividade perfeita nunca é mais do que uma tentativa bem-intencionada. Denis Diderot disse certa vez “deve-se exigir de mim que eu procure a verdade. Não que a encontre”<sup>310</sup>.

Fatos noticiados não necessitam ser absolutamente incontroversos, “indispensável, contudo, é que a conduta de quem exerce o direito de informar seja diligente na averiguação dos fatos que envolvam a informação”<sup>311</sup>.

---

<sup>306</sup> “O reino da *objetividade* é a informação, a notícia, a cobertura, a reportagem, a análise, assim como o reino da *tomada de posição* era a opinião, o comentário, o artigo, o editorial. É fundamental separar e distinguir informação de opinião, indicar as diferenças de conteúdo e forma dos gêneros jornalísticos, e apresentar toda a produção jornalística ao leitor espectador de forma que ele perceba imediatamente o que é exposição da realidade e o que é ajuizamento de valor” (grifos do autor). (PERSEU ABRAMO, *Padrões de manipulação da grande imprensa*, p. 41).

<sup>307</sup> Por fugir ao escopo deste trabalho, não vamos adentrar em questões semânticas e filosóficas a respeito da palavra, nos atendo às discussões no campo do Direito da Comunicação.

<sup>308</sup> DANIEL SARMENTO, *Liberdades comunicativas e “Direito ao Esquecimento” na ordem constitucional brasileira*, p. 8.

<sup>309</sup> LUÍS ROBERTO BARROSO, *Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação*, p. 80.

<sup>310</sup> EUGENIO BUCCI, *Sobre ética e imprensa*, p. 51.

<sup>311</sup> LUIZ MANOEL GOMES JUNIOR e MIRIAM FECCHIO CHUEIRI, *Direito de Imprensa e Liberdade de expressão*, p. 122.

LUÍS ROBERTO BARROSO ressalta que seria incabível a exigência de que apenas fatos incontestáveis fossem divulgados pela mídia, pois, “em muitos casos, isso seria o mesmo que inviabilizar a liberdade de informação, sobretudo a informação jornalística, marcada por juízos de verossimilhança e probabilidade”<sup>312</sup>.

No entanto, se a divulgação da informação, ainda que de forma abreviada ou resumida, omitir voluntariamente, por dolo ou culpa, parte do fato que seja relevante para a valoração ética da conduta da pessoa objeto da informação, não há resumo ou abreviatura, mas sim abuso, conforme já decidido pelo STJ<sup>313</sup>. Este aspecto é de extrema importância quando em foco o “direito ao esquecimento”, principalmente quando a informação é relacionada a condenados que já cumpriram sua pena, ou detidos que sequer foram indiciados, ou ainda a réus que foram absolvidos ao final das demandas judiciais. No capítulo 5, abordaremos as soluções para tal questão.

Por outro lado, haverá prevalência do direito à informação quando comprovado que o veículo midiático buscou fontes fidedignas e exerceu atividade investigativa, ouvindo as diversas partes interessadas e afastando quaisquer dúvidas sérias quanto à veracidade do fato publicado<sup>314</sup>.

Ademais, é necessário frisar que a exigência de veracidade deve ser vista com cautela, sob pena da imposição de uma “verdade” oficial.

Acontecimentos controvertidos devem ser debatidos pela sociedade, em discussões sobre a ocorrência, circunstâncias e contornos deles, com o objetivo de

---

<sup>312</sup> LUÍS ROBERTO BARROSO, *Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação*, p. 85.

<sup>313</sup> “A permissão de publicação de notícia sobre despachos e sentenças de forma resumida ou abreviada [...] não alcança os casos de omissão de fato relevante, favorável à pessoa objeto da notícia, indispensável para a avaliação ética da sua conduta, tal como a informação da condenação criminal em primeiro grau, sem registrar a existência de acórdão absolutório já transitado em julgado” (STJ, REsp 36.493, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 18.12.1995).

<sup>314</sup> “A honra e a imagem dos cidadãos não são violadas quando se divulgam informações verdadeiras e fidedignas a seu respeito e que, além disso, são do interesse público. O veículo de informação exime-se de culpa quando busca fontes fidedignas, quando exerce atividade investigativa, ouve as diversas partes interessadas e afasta quaisquer dúvidas sérias quanto à veracidade do que divulgará. O jornalista tem um dever de investigar os fatos que deseja publicar. Isso não significa que sua cognição deve ser plena e exauriente à semelhança daquilo que ocorre em juízo. A elaboração de reportagens pode durar horas ou meses, dependendo de sua complexidade, mas não se pode exigir que a mídia só divulgue fatos após ter certeza plena de sua veracidade. Isso se dá, em primeiro lugar, porque os meios de comunicação, como qualquer outro particular, não detém poderes estatais para empreender tal cognição. Ademais, impor tal exigência à imprensa significaria engessá-la e condená-la à morte. O processo de divulgação de informações satisfaz verdadeiro interesse público, devendo ser célere e eficaz, razão pela qual não se coaduna com rigorismos próprios de um procedimento judicial” (STJ, REsp 984.803, 3ª Turma, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, DJe 19.08.2009).

aprimorar a opinião pública sobre o assunto, tendo a “verdade” em questão um componente subjetivo, pois “quem comunicou os fatos acreditava que fossem verídicos, depois de apurá-los com a devida cautela”<sup>315</sup>.

#### *3.4.1.3 Os direitos de informar, de se informar e o de ser informado*

Quanto à conceituação da tríade do direito à informação, o direito de informar pode ser entendido como a permissão concedida a todo sujeito de veicular informações sem a interferência do Estado ou de particulares, sendo uma das faces da liberdade de expressão e de imprensa, correspondendo seu exercício a uma “atitude activa e relacional”<sup>316</sup>.

Tal direito abarca algumas polêmicas, como o direito de silenciar (ou se omitir) daquele que informa, principalmente quando nos referimos à grande mídia, que, por meio de sua liberdade editorial, tem a faculdade de selecionar o que será divulgado aos seus ouvintes, telespectadores, leitores ou internautas.

Conforme destacado por ALUÍZIO FERREIRA, devido à monopolização ou oligopolização “determinados fatos ou assuntos são desmesurada e repetidamente destacados, em detrimento de outros, que restam ignorados ou, quando muito, apenas superficialmente mencionados e logo esquecidos”<sup>317</sup>.

No entanto, a nosso ver, a redução dos danos advindos de tal deturpação do sistema, que objetiva, nos termos do art. 3º, inc. I, da Carta Magna, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, é a regulação da mídia com a garantia do pluralismo político-ideológico e o fomento do pensamento crítico por parte dos receptores por meio da educação, visto que, em nome da liberdade editorial, é direito do emissor definir o conteúdo da manifestação a ser veiculada, sendo incabível ao Estado proibir a discussão de algum assunto, ou definir a forma como se dará o debate.

Por sua vez, as tecnologias da informação têm permitido que indivíduos comuns sejam produtores de conteúdo, alterando o papel de passividade desempenhado por eles quando como espectadores ou leitores das mídias tradicionais, pois há difusão de

---

<sup>315</sup> DANIEL SARMENTO, *Liberdades comunicativas e “Direito ao Esquecimento” na ordem constitucional brasileira*, p. 9.

<sup>316</sup> JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, 2000, p. 455.

<sup>317</sup> ALUÍZIO FERREIRA DA SILVA, *Direito à informação, Direito à comunicação: direitos fundamentais na Constituição brasileira*, p. 72.

informações e compartilhamento de conhecimento pela *Web*. E sendo o material disponibilizado pelo editor do *site* de cunho informativo, esse também estará sujeito aos requisitos da veracidade e do interesse público.

JÓNATAS E.M MACHADO pontua a questão da sensível redução de custos de produção e distribuição da informação com a disseminação do uso da Rede:

A Internet, com particular relevo para a *World Wide Web*, representa hoje um dos mais importantes meios de comunicação. Graças a ela assiste-se à emergência, a par da comunicação de massas, de uma comunicação de todos os indivíduos em que estes adoptam uma postura intelectualmente activa e aberta ao mundo, contribuindo a Internet para uma substancial redução dos custos de produção e distribuição do material informativo, permitindo-lhes dar às suas ideias um alcance anteriormente reservado apenas às grandes empresas de comunicação<sup>318</sup>.

Já o direito de se informar “é o que faculta à pessoa a busca por informações sem qualquer espécie de empecilho ou limitações”<sup>319</sup>, “é o direito de recolha das informações desejadas”<sup>320</sup>, também conhecido como “direito de acesso à informação, que envolve a faculdade de buscar informações por todos os meios lícitos”<sup>321</sup>, correspondendo a uma “atitude activa e pessoal”<sup>322</sup>.

JÓNATAS E.M. MACHADO refere que:

O direito à liberdade de se informar sem impedimentos protege o direito de acesso às fontes de informação, livre de proibições estaduais ou de outras medidas legislativas ou administrativas, fáticas e normativas, que venham de alguma maneira interferir restritivamente nesta atividade [...]<sup>323</sup>.

Assim, o direito de se informar apresenta-se como um direito negativo, o direito de não serem opostos obstáculos ou sanções à busca de informações pelo jurisdicionado. Para os jornalistas, conforme frisa JORGE MIRANDA, é também um direito positivo “e nesta dupla vertente justamente vai encontrar-se o direito de acesso às fontes de informação (como antecedente do direito de se informar) para depois poderem informar”<sup>324</sup>.

<sup>318</sup> JÓNATAS E. M. MACHADO, *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*, p. 352.

<sup>319</sup> TATIANA STROPPIA, *As dimensões constitucionais do direito de informação e o exercício da liberdade de informação jornalística*, p. 92

<sup>320</sup> VIDAL SERRANO NUNES JUNIOR, *Direito e jornalismo*, p. 46.

<sup>321</sup> DANIEL SARMENTO, *Liberdades comunicativas e “Direito ao Esquecimento” na ordem constitucional brasileira*, p. 8.

<sup>322</sup> JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, 2000, p. 455.

<sup>323</sup> JÓNATAS E. M. MACHADO, *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*, p. 484.

<sup>324</sup> JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, 2000, p. 457.

O inc. XIV do art. 5º da CF<sup>325</sup> prevê expressamente o acesso à informação<sup>326</sup> e o resguardo do sigilo da fonte, esclarecendo, entretanto, LUIS GUSTAVO GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO que, “se a informação for verdadeiramente abusiva, punir-se-á o jornalista e/ou órgão de imprensa, já que estes não podem escudar-se no sigilo da fonte, que somente é dirigido à própria fonte, e não a quem dela se serve para noticiar”<sup>327</sup>.

PAMELA GABRIELLE MENEGUETTI ressalta que “o direito de se informar também assume especial relevância no âmbito da Web, pois implica vedar restrições ao acesso a informações disponíveis *online*”<sup>328</sup>.

Desta forma, a remoção de resultados de pesquisas em mecanismos de busca, ou até mesmo a exclusão de páginas da Internet sem a aplicação da técnica do sopesamento entre os interesses envolvidos, caracteriza restrição indevida ao direito individual e coletivo à informação. A exceção se afigura caso exista norma com a estrutura de regra que imponha a exclusão de conteúdo, conforme abordaremos à frente.

Quanto ao direito de ser informado, este consiste “na prerrogativa conferida às pessoas para que sejam adequada e constantemente informadas”<sup>329</sup>, sendo direito do receptor da informação, direito do indivíduo ou da coletividade receber informações do Estado e dos meios de comunicação sobre fatos de interesse público.

Como a *Lex Mater* não atribui expressamente a nenhum organismo privado, de caráter informativo ou não, o dever de prestar informações, VIDAL SERRANO NUNES

---

<sup>325</sup> “Art. 5º [...] inc. XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;”

<sup>326</sup> No que concerne às informações pessoais, cite-se a previsão do inc. LXXII do art. 5º sobre a ação específica de *habeas data*, que assegura não só o conhecimento de informações relativas ao interessado, constantes de registros públicos ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público, mas também o direito da retificação de tais dados. Ao regular o inc. XXXIII do art. 5º da CF/1988, a Lei nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação), em seu art. 5º, prevê que “é dever do Estado garantir o direito de acesso à informação, que será franqueada, mediante procedimentos objetivos e ágeis, de forma transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão”.

<sup>327</sup> LUIS GUSTAVO GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO, *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*, p. 125.

<sup>328</sup> PAMELA GABRIELLE MENEGUETTI, *Os mecanismos de busca na Web e as colisões entre o direito à informação e os direitos da personalidade*, p. 70.

<sup>329</sup> TATIANA STROPPA, *As dimensões constitucionais do direito de informação e o exercício da liberdade de informação jornalística*, p. 98.

JUNIOR<sup>330</sup>, em interpretação dos arts. 5º, inc. XXXIII<sup>331</sup>, e 37, *caput* e § 1º<sup>332</sup>, da Carta Maior, entende que tal direito é restrito ao Poder Público.

Já TATIANA STROPPA advoga o direito de ser informado também pelos meios de comunicação de massa:

[...] não se está falando do poder de exigência direta do indivíduo em relação a determinado meio de comunicação para que veicule essa ou aquela matéria, segundo sua conveniência pessoal. Defende-se, isso sim, o direito do público de ser bem, diversa e corretamente informado. Em outras palavras: o direito do público a receber informação, reforçado pela garantia do pluralismo de meios e de conteúdos difundidos com certas qualidades, tanto de forma, como de fundo<sup>333</sup>.

JOSÉ AFONSO DA SILVA observa que:

A liberdade de informação não é simplesmente a liberdade do dono da empresa jornalística ou do jornalista. A liberdade destes é reflexa, no sentido de que ela só existe e se justifica na medida do direito dos indivíduos a uma informação correta e imparcial. A liberdade dominante é a de ser informado, a ter acesso às fontes de informação, a de obtê-la. O dono da empresa e o jornalista têm um direito fundamental de exercer sua atividade, sua missão, mas especificamente têm um dever. A eles se reconhece o direito de informar ao público os acontecimentos e ideias, mas sobre eles incide o dever de informar a coletividade [de] tais acontecimentos e ideias objetivamente, sem alterar-lhes a verdade ou esvaziar-lhes o sentido original; do contrário se terá não informação, mas deformação<sup>334</sup>.

Tendo em vista a função social exercida pelos meios de comunicação de massa, apesar de não olvidarmos que eles têm servido no Brasil “muito mais à manutenção do *status quo* e à perpetuação de injustiças que à caminhada do povo rumo à construção de uma sociedade efetivamente democrática”<sup>335</sup>, corroboramos a posição de que o dever de informar é estendido aos particulares<sup>336</sup>, sem que haja, no entanto,

<sup>330</sup> VIDAL SERRANO NUNES JUNIOR, *Direito e jornalismo*, p. 47.

<sup>331</sup> “Art. 5º [...] inc. XXXIII – todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.”

<sup>332</sup> “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] § 1º A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos [...]”

<sup>333</sup> TATIANA STROPPA, *As dimensões constitucionais do direito de informação e o exercício da liberdade de informação jornalística*, p. 109.

<sup>334</sup> JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Comentário contextual à Constituição*, p. 845.

<sup>335</sup> ALUÍZIO FERREIRA DA SILVA, *Direito à informação, Direito à comunicação: direitos fundamentais na Constituição brasileira*, p. 181.

<sup>336</sup> Em sentido contrário, CIRO TORRES FREITAS diz que “a Constituição não assegura o direito de ser informado pelos particulares, pois nenhum dever de prestação da informação jornalística é imposto à iniciativa privada. Somente no plano infraconstitucional é possível identificar, ao menos em relação ao rádio e à televisão, obrigação dessa natureza”. O autor considera, ademais, que o direito a ser informado

intromissão do Estado na linha editorial que será adotada pelo emissor. Consideramos que a regulação da mídia e o pluralismo entre os comunicadores, com a consequente abrangência de diversos espectros político-ideológicos, propiciarão melhor salvaguarda ao direito de ser informado em virtude da diversidade nos conteúdos divulgados.

#### 3.4.2 *Direito à liberdade de expressão stricto sensu (direito de opinião ou de livre manifestação do pensamento)*

O direito à liberdade de expressão em seu sentido estrito, ou de opinião ou de livre manifestação do pensamento, espécie do gênero liberdades comunicativas ou da liberdade de expressão em seu sentido amplo, pode ser definido como a livre expressão do pensamento em qualquer meio, geralmente pela criação artística ou literária<sup>337</sup>, bem como pelas opiniões<sup>338</sup> publicadas em periódicos ou em qualquer outro veículo<sup>339</sup>, inclusive nas mídias digitais.

JOSÉ AFONSO DA SILVA pontua que o pensamento, na qualidade de fenômeno da consciência, não pode ter sua liberdade restringida; sua proteção constitucional é relevante porque o início da atividade se dá nesse nível de consciência, sem o que não há atividade, visto que o pensar é a base do fazer<sup>340</sup>.

Sendo o pensamento pura consciência – fenômeno interno, quando ainda não exteriorizado –, está fora (pelo menos, por enquanto)<sup>341</sup> de todo poder social.

---

pelo Estado, nos termos do citado inc. XXXIII do art. 5º, é norma de direito fundamental com estrutura de regra, ao contrário dos direitos de informar e de se informar, claramente com estrutura de princípio, por serem mandamentos de otimização (*Liberdade de Informação Jornalística e censura na Internet*, p. 87).

<sup>337</sup> Pinturas, fotografias, filmes, peças de teatro, esculturas, músicas, entre outras manifestações.

<sup>338</sup> Informe-se que há autores, como VIDAL SERRANO NUNES JUNIOR, que consideram o direito de opinião ou liberdade de opinião como um direito autônomo, conforme abordaremos à frente.

<sup>339</sup> LUIS GUSTAVO GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO, *Direito de informação e liberdade de expressão*, p. 25.

<sup>340</sup> JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Comentário contextual à Constituição*, p. 91.

<sup>341</sup> No distópico romance *1984*, de GEORGE ORWELL, o governo totalitário do Grande Irmão controla não apenas a manifestação do pensamento e ações, mas também o *pensamento-crime*. A polícia secreta do governo, chamada de *polícia do pensamento*, tem como função encontrar e eliminar qualquer indivíduo que apenas pense em desafiar o poder constituído. O trabalho do órgão é facilitado pelas *teletelas*, artefatos tecnológicos dispostos em todos os ambientes, que funcionam, ao mesmo tempo, como televisor e câmera de vigilância, visto que, além de transmitir a programação oficial do Partido, filmam tudo o que acontece no raio de abrangência de sua lente, captando gestos, olhares, movimentos, possibilitando a incriminação de cidadãos. Em certa passagem do livro, o protagonista, Winston Smith, escreve em seu diário que o pensamento-crime não acarreta a morte: é a morte (p. 40). O governo cria até um idioma reducionista chamado *Novafala*, cujo objetivo é restringir os limites do pensamento e, consequentemente, o do raciocínio, deixando a consciência com um alcance cada vez menor, o que torna o pensamento-crime praticamente impossível, já que não há palavras para expressá-lo: “todo conceito de que pudermos

A liberdade de manifestação do pensamento<sup>342</sup> pode ocorrer de variadas formas, como pelo “exercício das liberdades de comunicação, de religião, de expressão intelectual, artística<sup>343</sup>, científica e cultural e a transmissão e recepção do conhecimento”<sup>344</sup>, sendo que tais mensagens “não devem ficar restritas a assuntos considerados de interesse público, nem a uma análise acerca do seu valor (banalidade ou relevância para o discurso público) ou das motivações políticas, econômicas ou filosóficas que lhe sejam subjacentes”<sup>345</sup>.

A liberdade de opinião vincula-se à adoção pelo indivíduo, ou pelos meios de comunicação de massa, conforme dispõe o art. 220 da CF/1988<sup>346</sup>, da atitude intelectual de sua escolha, “quer [seja] um pensamento íntimo, quer seja a tomada de posição pública, liberdade de pensar e dizer o que se crê verdadeiro”<sup>347</sup>, sendo que, ao ser exteriorizado, o pensamento não deverá sofrer restrições, ressalvados os casos em que houver colidência com outros direitos fundamentais, a exemplo dos direitos fundamentais da personalidade que, em um caso concreto, poderão, inclusive, ter prevalência sobre as liberdades comunicativas<sup>348</sup>.

---

necessitar será expresso por apenas uma palavra, com significado rigidamente definido, e todos os seus significados subsidiários serão eliminados e esquecidos” (p. 69).

Ainda no âmbito da ficção científica, no conto *O relatório minoritário*, de PHILIP K. DICK (In: *Realidades Adaptadas*, p. 129), em uma sociedade futurista no ano de 2054, os crimes são reduzidos em mais de 99% pela agência especializada *Precrime*, graças à previsão, antes de acontecerem, por indivíduos mutantes chamados *precogs*. Os “suspeitos” são presos antes de cometer qualquer infração.

<sup>342</sup> TATIANA STROPPA propõe que o direito à liberdade de expressão compreende também a possibilidade de não expressão, garantindo-se seu não exercício (*As dimensões constitucionais do direito de informação e o exercício da liberdade de informação jornalística*, p. 62).

<sup>343</sup> Em 31 de outubro de 2016, uma peça de teatro encenada em uma praça na cidade de Santos, São Paulo, foi interrompida pela Polícia Militar por ser considerada “uma afronta”, e um dos atores foi preso. O espetáculo, que satirizava o poder do Estado e da mídia, foi parado pelos agentes estatais na cena em que o hino nacional era reproduzido com a bandeira brasileira hasteada de forma invertida e os intérpretes, usando máscaras de animais, estavam trajados com roupas semelhantes às da PM paulista (MARTHA ALVES e RAPHAEL HERNANDES, *PM interrompe peça de teatro em praça e prende ator em Santos*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/10/1827987-pm-interrompe-peca-de-teatro-em-praca-e-prende-ator-em-santos.shtml>>. Acesso em: 30 mar. 2017).

<sup>344</sup> JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Comentário contextual à Constituição*, p. 92.

<sup>345</sup> TATIANA STROPPA, *As dimensões constitucionais do direito de informação e o exercício da liberdade de informação jornalística*, p. 61.

<sup>346</sup> “Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.”

<sup>347</sup> JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Comentário contextual à Constituição*, p. 92.

<sup>348</sup> Exatamente por isso é vedado o anonimato das manifestações, possibilitando eventual responsabilização do autor por danos a terceiros, em consonância com o inc. V do art. 5º da CF, que assegura “o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”.

GILMAR FERREIRA MENDES e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO asseveram

que:

A garantia da liberdade de expressão tutela, ao menos enquanto não houver colisão com outros direitos fundamentais e com outros valores constitucionalmente estabelecidos, toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo tema de interesse público ou não, de importância e de valor, ou não – até porque “diferenciar entre opiniões valiosas ou sem valor é uma contradição num Estado baseado na concepção de uma democracia livre e pluralista”<sup>349</sup>.

Conforme LUIZ MANOEL GOMES JUNIOR e MIRIAM FECCHIO CHUEIRI, “a liberdade de expressão se traduz na emissão de uma opinião, uma determinada posição sobre um tema, não havendo assim, um vínculo de dependência com a verdade, ainda que os abusos não só possam como devam ser punidos”<sup>350</sup>.

VIDAL SERRANO NUNES JUNIOR diferencia o direito de expressão do direito de opinião observando que, enquanto este é o direito de manifestação de pensamento caracterizado por um processo interno de reflexão, um juízo conceitual, aquele se traduziria na sublimação da forma das sensações humanas, dos sentimentos, da criatividade, voltando-se “para a exteriorização [...], tais como a música, a pintura, a manifestação teatral, a fotografia etc.”<sup>351</sup>.

O posicionamento é controverso, pois, a nosso ver, mesmo nas artes há formulação de juízos de valor, convicções ou conceitos, às vezes explícitos, e em outras disfarçados ou subliminarmente embutidos na forma de expressão<sup>352</sup>. Como pontua LUÍS ROBERTO BARROSO, “a expressão artística muitas vezes tem por base acontecimentos reais”<sup>353</sup>.

---

<sup>349</sup> GILMAR FERREIRA MENDES e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, *Curso de Direito Constitucional*, p. 264.

<sup>350</sup> LUIZ MANOEL GOMES JUNIOR e MIRIAM FECCHIO CHUEIRI, *Direito de Imprensa e Liberdade de expressão*, p. 122.

<sup>351</sup> VIDAL SERRANO NUNES JUNIOR, *Direito e jornalismo*, p. 35-40.

<sup>352</sup> A título de exemplo, basta rememoramos as clássicas músicas de CHICO BUARQUE, à época da ditadura cívico-militar, como “Cale-se” e “Apesar de você”; o “hino” da Anistia, de ALDIR BLANC e JOÃO BOSCO, “O bêbado e a equilibrista”; os teatros de protesto como as peças do grupo Opinião, entre outros.

<sup>353</sup> LUÍS ROBERTO BARROSO, *Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação*, p. 81.

Nos termos do parecer da Advocacia-Geral da União, nos autos da ADIn 4815<sup>354</sup>, que diferencia liberdade de expressão e direito de informação:

Liberdade de expressão e direito de informação são originados do preceito liberal da liberdade da palavra. Porém, não se confundem. A liberdade de expressão é a expressão da ideia, da opinião, do pensamento e não encontra, necessariamente, apego aos fatos, à veracidade ou à imparcialidade, atributos que não lhe cabe preencher. Sua manifestação será necessariamente parcial, pessoal, impregnada de uma cognição já realizada pelo seu emissor e o receptor aderirá ou não ao pensamento já formulado. O direito de informação, ao contrário, exige coerência com os fatos e a informação deve ser despida de qualquer apreciação pessoal. O receptor avaliará o fato objetivamente ocorrido e estabelecerá sua cognição pessoal, seu pensamento sobre o mesmo, sem qualquer interferência<sup>355</sup>.

Assim, afigura-se perceptível a diferença fundamental entre a liberdade de expressão e o direito à informação, tendo aquela, em qualquer de suas exteriorizações, a essência da parcialidade “impregnada de uma cognição já realizada pelo seu emissor, de modo que o receptor da opinião deve recebê-la, não como matéria-prima para seu pensamento, mas como matéria já trabalhada por outrem [...]”<sup>356</sup>.

### 3.4.3 A liberdade de imprensa ou o Direito de Comunicação Social

A liberdade de expressão em sentido amplo traz em seu bojo a liberdade de imprensa, compreendida como a “liberdade dos meios de comunicação de divulgarem informações, opiniões e mensagens para o público, por qualquer veículo ou plataforma”<sup>357</sup>.

Conforme LUÍS ROBERTO BARROSO, a liberdade de imprensa designa aquela “reconhecida (na verdade, conquistada ao longo do tempo) aos meios de comunicação em geral (não apenas impressos, como o termo poderia sugerir) de comunicarem fatos e idéias envolvendo, desse modo, tanto a liberdade de informação como a de expressão”<sup>358</sup>.

VENÍCIO A. DE LIMA alerta que a liberdade de expressão do indivíduo não é equivalente à liberdade de imprensa, criticando, inclusive, o acórdão prolatado no

<sup>354</sup> STF. ADIn 4815, Plenário, Rel. Ministra CARMEN LÚCIA, DJ 1º.02.2016.

<sup>355</sup> THELMA SUELY DE FARIAS GOULART, *Parecer da Advocacia-Geral da União referente a Adin 4.815*. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/manifestacao-agu.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2017.

<sup>356</sup> LUIZ GUSTAVO GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO, *Direito de informação e liberdade de expressão*, p. 24-25.

<sup>357</sup> DANIEL SARMENTO, *Liberdades comunicativas e “Direito ao Esquecimento” na ordem constitucional brasileira*, p. 19.

<sup>358</sup> LUÍS ROBERTO BARROSO, *Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação*, p. 82.

juízo da ADPF 130, por estabelecer uma hierarquia entre as diferentes liberdades e deslocar o *locus* da liberdade do indivíduo para a grande mídia<sup>359</sup>. Isto porque, segundo o autor, há distinção entre as lógicas que regem a liberdade de expressão individual e a liberdade de imprensa, visto que esta última, ao se transformar em empresa, opera dentro da lógica do capital<sup>360</sup>.

O Direito de Comunicação Social pode ser definido como o conjunto de normas que cuidam dos direitos ligados à emissão e à recepção de pensamentos, informações, expressões artísticas ou composições audiovisuais veiculadas pelos meios de comunicação de massa<sup>361</sup>, e daquelas que cuidam das necessárias regulamentações<sup>362</sup>.

A liberdade dos meios de comunicação recebeu tratamento específico no Capítulo V (“Da Comunicação Social”) do Título VIII (“Da Ordem Social”) da Constituição Federal, sendo tratada sua dimensão jurídico-objetiva nos arts. 220, §§ 1º, 2º, 3º, inc. II, e 4º, e 221, e a dimensão jurídico-orgânica nos arts. 220, §§ 3º, inc. I, 5º e 6º, 222 a 224<sup>363</sup>, “ao regular aspectos ligados propriamente à existência e ao funcionamento dos meios de comunicação de massa”<sup>364</sup>.

---

<sup>359</sup> VENÍCIO A. DE LIMA se refere ao seguinte excerto do acórdão prolatado na ADPF 130: “[...] Assim visualizada como verdadeira irmã-siamesa da democracia, a imprensa passa a desfrutar de uma liberdade de atuação ainda maior que a liberdade de pensamento, de informação e de expressão dos indivíduos em si mesmos considerados”. O autor frisa que o sujeito dos direitos humanos e das liberdades fundamentais não é a instituição chamada imprensa, mas um ser humano individual, e critica a expressão “liberdade de imprensa”, na medida em que inclui “uma ideia ilusória de que o privilégio dos direitos humanos é estendido à mídia, seus proprietários e seus gerentes, ao invés de ao povo para expressar sua voz através dos meios de comunicação” (*A censura disfarçada*, p. 101-102). Ao se voltar contra as propostas de regulação da mídia, o argumento da grande imprensa nos parece estar alicerçado nessa premissa, das liberdades comunicativas como sua prerrogativa exclusiva, e não também da população.

<sup>360</sup> Como sintetizado por PERSEU ABRAMO: “[...] os órgãos de comunicação se transformaram em entidades novas, diferentes do que eram em sua origem, distintas das demais instituições sociais, mas extremamente semelhantes a um determinado tipo dessas instituições sociais [...] que são os partidos políticos [...]. Na realidade, esses grandes órgãos efetivamente são autônomos e independentes, em grande parte, em relação a outras formas de poder [...] porque são eles mesmos, em si, fonte original de poder, entes político-partidários, e disputam o poder maior sobre a sociedade em benefício dos seus próprios interesses e valores políticos [...]” (*Padrões de manipulação da grande imprensa*, p.46-47).

<sup>361</sup> Meio de comunicação de massa, também referenciado pela sigla MCM, pode ser definido como a “comunicação dirigida a um grande público (relativamente numeroso, heterogêneo e anônimo), por intermediários técnicos sustentados pela economia de mercado, e a partir de uma fonte organizada (geralmente ampla e complexa)” (CARLOS ALBERTO RABAÇA e GUSTAVO GUIMARÃES BARBOSA, *Dicionário de comunicação*, p. 163). Para EDUARDO NEIVA, é “o meio de comunicação capaz de alcançar número muito grande de pessoas ou parcela significativa de uma população” (*Dicionário Houaiss de Comunicação e multimídia*, p. 360).

<sup>362</sup> TATIANA STROPPIA, *As dimensões constitucionais do direito de informação e o exercício da liberdade de informação jornalística*, p. 67.

<sup>363</sup> Devido à extensão, optamos pela não transcrição desses dispositivos, muitos deles, inclusive, já expostos no transcorrer deste Capítulo.

<sup>364</sup> TATIANA STROPPIA, *As dimensões constitucionais do direito de informação e o exercício da liberdade de informação jornalística*, p. 68-69.

Conforme anota JORGE MIRANDA, a liberdade de comunicação social compreende a liberdade de expressão e a liberdade de informação, diferenciando-se pela pluralidade dos destinatários, pelo princípio da máxima difusão e pela utilização de meios adequados, englobando a imprensa escrita, os meios audiovisuais e a cibernética<sup>365</sup>.

Ainda segundo o autor:

A liberdade de expressão e os direitos de se informar e de ser informado são individuais, ainda quando exercidos colectiva ou institucionalmente. Já o direito de informar tanto pode ser individual quanto institucional. Mas a liberdade de comunicação social, essa apresenta-se, necessariamente, institucional, visto que pressupõe organização (e organização de empresa), ainda que dependa sempre da actividade de pessoas individualmente consideradas (os jornalistas, os colaboradores, até os leitores, os ouvintes, os telespectadores).<sup>366</sup>

Em que pese o ciberespaço suscitar questões específicas relativas às liberdades comunicativas, as manifestações lançadas na *Web* merecem a mesma protecção constitucional dada àquelas divulgadas nos meios tradicionais.

Na esteira de DANIEL SARMENTO:

A protecção reforçada à Imprensa se aplica tanto à mídia tradicional, como àquela que se vale de plataformas digitais – sítios de notícias, *blogs* de jornalistas etc. A Constituição brasileira é claríssima neste ponto, quando, no art. 220, *caput*, proíbe as restrições às manifestações do pensamento, criação, expressão e informação “em qualquer veículo ou processo”, bem como quando explicita, no art. 222, § 3º, que também integram o sistema constitucional de comunicação social os “meios de comunicação social eletrônica, independentemente da tecnologia utilizada para prestação do serviço”<sup>367</sup>.

No entanto, dispositivos constitucionais, como o art. 223, que trata da questão da outorga de concessão, renovação e permissão, são inaplicáveis à Rede, que encontra sua disciplina especial na Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet).

No que se refere à Internet, na dicção do inc. I do art. 3º do Marco Civil, são apontados como princípios da disciplina do seu uso no Brasil a “garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal” e, conforme os incs. II e III do citado dispositivo, a protecção à privacidade e aos dados pessoais, na forma da lei. O inc. I do art. 7º prescreve o direito “à inviolabilidade

<sup>365</sup> JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, 2000, p. 456.

<sup>366</sup> *Ibidem*, p. 456.

<sup>367</sup> DANIEL SARMENTO, *Liberdades comunicativas e “Direito ao Esquecimento” na ordem constitucional brasileira*, p. 20.

da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

O art. 8º, por sua vez, prevê que “a garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet”.

Logo, de forma geral, o legislador confere o mesmo peso abstrato às liberdades comunicativas e aos direitos fundamentais da personalidade no ambiente virtual, não sendo possível se falar em posição preferencial de qualquer dos direitos. Com exceção do art. 21, analisado à frente, o Diploma Legal especial também não oferece respostas prontas para situações de eventual colisão entre eles.

Conforme a lição de CHIARA ANTONIA SPADACCINI DE TEFFÉ:

[...] se uma lei infraconstitucional arbitrar uma colisão de direitos fundamentais de forma rígida e abstrata, ela enfrentará dois óbices: a unidade da Constituição e a ausência de hierarquia entre os direitos, os quais impedem que haja um fundamento de validade para alguma preferência atribuída em caráter geral e permanente. Da leitura do art. 220 da Constituição da República, percebe-se a vedação à possibilidade de o legislador realizar alguma ponderação em abstrato, havendo a delegação desta tarefa ao magistrado responsável por julgar o caso concreto, que deverá observar as limitações impostas no artigo e ao longo da Constituição. Portanto, cada caso deverá ser analisado de forma concreta e singular, a partir de suas características individuais<sup>368</sup>.

O art. 19 do Marco Civil da Internet estabelece que:

Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações na Internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica não tomar as providências para no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

De acordo com o preceptivo, cabe ao magistrado a ponderação entre os princípios colidentes no caso concreto. Com isso, obstaculiza-se o monitoramento privado de conteúdos e a exclusão daqueles que porventura possam ser considerados controvertidos. De qualquer forma, a disposição não impede que os provedores tenham seus próprios requisitos para remoção direta de conteúdo, conforme termos de uso ou por meio de filtros, ou, até mesmo, que atendam a notificações extrajudiciais encaminhadas.

---

<sup>368</sup> CHIARA ANTONIA SPADACCINI DE TEFFÉ, *Responsabilidade civil e liberdade de expressão no marco civil da Internet: a responsabilidade civil dos provedores por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiro*, p. 59-83.

Por sua vez, o art. 21 caracteriza-se como norma com estrutura de regra, ao estabelecer a responsabilização subsidiária do provedor pela violação à intimidade, na hipótese de divulgação de conteúdo gerado por terceiros:

[...] sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço a indisponibilização [...].

O artigo objetiva tutelar principalmente os casos de pornografia de vingança (*revenge porn*), em que há divulgação de fotos ou vídeos íntimos envolvendo pessoas que não tenham dado seu consentimento para tanto.

Logo, em tais casos extremados, por envolverem cenas de nudez ou atos sexuais de caráter privado<sup>369</sup>, cujos conteúdos lesivos podem ser transmitidos e armazenados de forma simples por qualquer usuário, em nível global, há precedência do direito à intimidade sobre as liberdades comunicativas, conforme ponderação já realizada pelo legislador ordinário.

Ressalvada essa hipótese, não são estabelecidas as circunstâncias sob as quais deve ou não ser determinada a remoção de conteúdo da *Web*. Cabe ao aplicador do Direito realizar, casuisticamente, a ponderação das situações de tensão entre as liberdades comunicativas e os direitos da personalidade.

---

<sup>369</sup> Conforme será estudado no próximo Capítulo, o caráter privado dos atos sexuais não está adstrito às alcovas, pois mesmo em ambientes públicos é possível se falar em proteção à privacidade.

## 4

**OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PERSONALIDADE**

*Este é um país livre, madame. Nós temos o direito de compartilhar a sua privacidade no espaço público.*

PETER USTINOV in *Romanoff and Juliet* (1961)

Em 2008, após vencer o concurso “Rainha do Gauchão”, Sofia Powaczruck Afonso da Costa recebeu o título de musa do Grêmio *Foot-Ball* Porto-Alegrense. Passados nove anos, a digitação do seu nome no *Google Search* ainda direciona o internauta a fotos e reportagens sobre o assunto.

Alegando dissabores em seu ambiente profissional pela vinculação realizada pelo motor de buscas, a atual empresária ingressou com demanda judicial objetivando o direito a ser esquecida quanto a esses eventos na Internet.

No julgamento do agravo de instrumento interposto pela ex-modelo contra decisão que indeferiu seu pedido de antecipação de tutela para desindexação do seu nome às fotos e reportagens como musa do clube, consideraram os Desembargadores do TJRS<sup>370</sup> que trazer no currículo o título de “Rainha do Gauchão” não fere a privacidade, sobrepondo-se o interesse da sociedade de acesso à história do time de futebol divulgada nas páginas da *Web*.

Conforme disposto no acórdão, o pretense direito ao esquecimento da ex-musa se encontra atrelado à tutela da privacidade. Mas qual a relação entre eles? Qual o conceito e a natureza jurídica do direito fundamental à privacidade? Podemos falar também em ofensa à imagem e à honra? Temos o direito de compartilhar a privacidade de pessoas comuns no espaço público, agora também digital, conforme a epígrafe deste

---

<sup>370</sup> TJRS. AgIn 70062705405, 10ª Câmara Cível, Rel. Des. TÚLIO DE OLIVEIRA MARTINS, J. 26.03.2015.

Capítulo, proferida em tom de pilhéria pelo grande ator e dramaturgo inglês Peter Ustinov? E das pessoas ditas “célebres”?

Com caráter relativamente novo em sua construção teórica, os direitos da personalidade enfrentam divergências no que concerne à sua própria existência, natureza, extensão e especificação, além da ausência de conceituação definitiva<sup>371</sup>.

Denominados “direitos humanos”, “direitos do homem”<sup>372</sup> ou “direitos fundamentais” da pessoa natural, quando objeto de relações de direito público, os mesmos direitos são “da personalidade” em análise sob o ângulo das relações entre particulares. As variadas designações objetivam contemplar atributos da personalidade humana merecedores de proteção jurídica, mudando o plano em que ocorre sua manifestação.

Conforme os ensinamentos de ANDERSON SCHREIBER:

[...] a expressão *direitos humanos* é mais utilizada no plano internacional, independentemente, portanto, do modo como cada Estado nacional regula a matéria. *Direitos fundamentais*, por sua vez, é o termo normalmente empregado para designar “direitos positivados numa Constituição de um determinado Estado”. É, por isso mesmo, a terminologia que tem sido preferida para tratar da proteção da pessoa humana no campo do direito público, em face da atuação do poder estatal. Já a expressão *direitos da personalidade* é empregada na alusão aos atributos humanos que exigem especial proteção no campo das relações privadas, ou seja, na interação entre particulares, sem embargo de encontrarem também fundamento constitucional e proteção nos planos nacional e internacional<sup>373</sup> (grifos do autor).

DENIS OTTE LACERDA sustenta que a noção de “direitos da personalidade” está vinculada à noção de “direitos do homem”, sendo impossível uma visão totalmente privatística daqueles, pois, em sua análise, será pressuposto “um exame acurado da fundamentação da dignidade da pessoa humana que subjaz aos direitos da personalidade”<sup>374</sup>, o “direito a ter direitos”, na expressão de HANNAH ARENDT, como

<sup>371</sup> CARLOS ALBERTO BITTAR, *Os direitos da personalidade*, p. 1 e 22.

<sup>372</sup> Como veremos no transcorrer deste estudo, a dificuldade em definir a expressão “direitos da personalidade” também é encontrada na conceituação de “direitos do homem”. NORBERTO BOBBIO já apontava a questão no clássico *A Era dos Direitos* (p. 17). Segundo o autor, boa parte da conceituação ora é tautológica, estabelecendo que “direitos do homem são os que cabem ao homem enquanto homem”, ora desprovida de conteúdo, afirmando algo apenas sobre o estatuto desejado ou proposto para esses direitos como: “direitos do homem são aqueles que pertencem, ou deveriam pertencer, a todos os homens, ou dos quais nenhum homem pode ser despojado”; ou, ainda, quando acrescentam algo ao conteúdo, o fazem por meio de termos avaliativos interpretados de modo diverso conforme a ideologia assumida pelo intérprete: “são aqueles cujo reconhecimento é condição necessária para o aperfeiçoamento da pessoa humana, ou para o desenvolvimento da civilização, etc., etc.”.

<sup>373</sup> ANDERSON SCHREIBER, *Direitos da personalidade*, p. 13.

<sup>374</sup> DENNIS OTTE LACERDA, *Direitos da personalidade na contemporaneidade*, p. 88-89.

meio para conter o onipresente risco de abuso do exercício de poder<sup>375</sup>, seja pelo Estado ou por particulares<sup>376</sup>.

Tal conceito vem ao encontro do que se considera um direito geral da personalidade, um direito-fonte, de que decorrem outros, previsto em nosso ordenamento jurídico pelo art. 1º, inc. III, da *Lex Mater*, que consagra a dignidade da pessoa humana como alicerce fundamental do sistema, compreendendo em seu bojo “a afirmação da integridade física e espiritual do homem, a garantia de sua autonomia e o livre desenvolvimento da personalidade”<sup>377</sup>.

GUSTAVO TEPEDINO leciona que:

[...] a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e marginalização, e de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do § 2º do art. 5º, no sentido da não exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo texto maior, configuram uma verdadeira *cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana*, tomada como valor máximo pelo ordenamento<sup>378</sup> (grifos do autor).

MARIA CELINA BODIN DE MORAES sustenta que, por ser princípio fundante em nosso Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana institui e encima a cláusula geral de tutela da personalidade humana. Logo, no Brasil, é a ordem constitucional que protege os indivíduos de qualquer ameaça ou ofensa à sua personalidade<sup>379</sup>.

No entanto, o elevado grau de abstração da expressão “dignidade humana” e sua conseqüente incompletude e banalização – basta lembrarmos que até mesmo o preâmbulo do infame Ato Institucional nº 5, de 1968<sup>380</sup>, falava em atender às exigências de um sistema jurídico e político que assegurasse a autêntica ordem democrática “baseada

<sup>375</sup> Apresentação de CELSO LAFER. In: NORBERTO BOBBIO, *A Era dos Direitos*, p. VIII.

<sup>376</sup> No entanto, conforme lição de GUSTAVO TEPEDINO (*Temas de direito civil*, p. 61): “na democracia capitalista globalizada, de pouca serventia mostram-se os refinados instrumentos de proteção dos direitos humanos, postos à disposição pelo direito público, se as políticas públicas e a atividade econômica privada escaparem aos mecanismos de controle jurídico, incrementando a exclusão social e o desrespeito à dignidade da pessoa humana”.

<sup>377</sup> CLAUDIO LUIZ BUENO DE GODOY, *A Liberdade de Imprensa e os Direitos da personalidade*, p. 19.

<sup>378</sup> GUSTAVO TEPEDINO, *Temas de direito civil*, p. 50.

<sup>379</sup> MARIA CELINA BODIN DE MORAES, *O princípio da dignidade da pessoa humana. Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*, p. 117.

<sup>380</sup> BRASIL. Presidência da República. Ato Institucional n. 5, de 13 de dezembro de 1968. Brasília, *DOU* de 13.12.1968. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/AIT/ait-05-68.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm)>. Acesso em: 18 mar. 2017.

na liberdade, no respeito à dignidade da pessoa humana<sup>381</sup>, no combate à subversão e às ideologias contrárias às tradições de nosso povo, na luta contra a corrupção” – fazem com que não nos pautemos na busca desenfreada por sua definição, mas na compreensão do propósito da sua incorporação em nosso ordenamento jurídico: a proteção da pessoa humana em seus mais genuínos aspectos e manifestações<sup>382</sup> – e, com alicerce nas palavras de KANT, em que pesem as diversas interpretações a que também podemos chegar<sup>383</sup> –, “sempre como um fim e não como um meio”, revelando-se afrontoso ao ordenamento, após análise do caso concreto e de suas situações fáticas e jurídicas incidentes, tudo aquilo que vier a instrumentalizar o sujeito de direito.

Reiteramos que a premissa adotada neste estudo é a de que a dignidade da pessoa humana tem a estrutura de princípio e, portanto, possui conteúdo essencial relativo passível de ponderação, a não ser nas hipóteses em que a própria Constituição a tenha definido com a estrutura de regra, conforme o art. 5º, inc. III, como na vedação à tortura e tratamento degradante, a exemplo da proibição da escravidão.

Ademais, a intrínseca relação entre os direitos fundamentais da personalidade e da dignidade da pessoa humana não é suficiente para diferenciar o peso abstrato daqueles direitos das liberdades comunicativas, pois, como já exposto, tal princípio também encontra guarida na dignidade da pessoa humana.

JÓNATAS E.M. MACHADO assevera com precisão que existe “uma relação de tensão entre os direitos da personalidade e as liberdades de comunicação, que um simples

---

<sup>381</sup> “Para nós, o respeito aos direitos humanos não nasce somente do mandamento da lei ou das declarações internacionais, mas é resultante da nossa cristã e profunda convicção de que a dignidade do homem representa um valor fundamental”. A pomposa frase proferida pelo ditador argentino Jorge Rafael Videla, citada por ANDERSON SCHREIBER, revela novamente o uso como *slogan* da expressão (*Direitos da personalidade*, p. 7-8).

<sup>382</sup> *Ibidem*, p. 8.

<sup>383</sup> Basta lembrarmos o já surrado exemplo do “lançamento de anão” (*lancer de nain*), visto por alguns como exemplo de homenagem ao princípio da dignidade humana, e para outros como símbolo do moralismo jurídico e do paternalismo estatal. Em 1991, Manuel Wackenheim, portador de nanismo, vestido com roupas acolchoadas com alças nas costas e utilizando um capacete, era arremessado em direção a um colchão de ar pelos clientes de um bar e danceteria, na cidade de Morang-sur-Orge, na França. Tendo o prefeito da cidade proibido a atividade, a casa noturna, e o próprio deficiente físico, como litisconsorte, recorreram da decisão para o tribunal administrativo, que anulou o ato por *excès de pouvoir*. O Conselho de Estado, na qualidade da mais alta instância administrativa francesa, reformou a sentença e restabeleceu a proibição. Wackenheim apresentou uma reclamação ao Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas alegando que a proibição violava sua dignidade humana, já que o impedia de trabalhar. O Colegiado, entretanto, entendeu que o banimento da atividade fora baseado em critérios objetivos e razoáveis.

apelo ao valor da dignidade humana não consegue solucionar, na medida em que também estas se escoram em grande medida neste valor”<sup>384</sup>.

Por isso, refutamos o “fundamentalismo” da dignidade humana ligado a questões metafísicas ou argumentos retóricos, visto que seu conceito aberto, relacional e comunicativo é por nós entendido como uma construção histórico-cultural liberta de qualquer absolutismo valorativo<sup>385</sup>.

Assim, em metodologia propositalmente descolada do conceito de dignidade da pessoa humana, nosso objetivo neste Capítulo será o de estabelecer o contraponto ao direito às liberdades comunicativas por meio da tutela aos direitos fundamentais da personalidade. Analisaremos aqueles alegadamente ultrajados quando o jurisdicionado pleiteia seu direito a ser esquecido – ao qual não conferimos autonomia nem independência, sendo compreendido como resultado de uma ponderação entre direitos fundamentais colidentes, no qual as supostas informações desatualizadas caracterizam uma das circunstâncias fáticas quando da aplicação do sopesamento ao caso concreto.

Pela estreita correlação com o direito ao esquecimento, será observada maior ênfase à espécie direito à privacidade no transcorrer deste tópico. No mais, serão tecidas considerações sobre os direitos fundamentais à imagem e à honra, eventualmente também violadas quando o indivíduo pretende o olvido.

#### **4.1 Breve panorama histórico**

Sendo o Direito um artefato humano fruto da política, em contínuo processo construtivo, e considerando falaciosa a teoria que prega a existência de um único e absoluto fundamento para os direitos fundamentais da personalidade, julgamos oportuna a apresentação de um breve panorama histórico a demonstrar sua evolução no mundo Ocidental.

Nosso objetivo não será o de exaurir a historicidade de tais direitos, não somente pela impossibilidade do intento, mas por considerarmos tais digressões enfadonhas e pouco úteis ao desenvolvimento deste estudo.

---

<sup>384</sup> JÓNATAS E. M. MACHADO. *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*, p. 749-750.

<sup>385</sup> INGO WOLFGANG SARLET, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 168-169.

Pontuaremos algumas manifestações dos direitos da personalidade ocorridas com o desenvolvimento da civilização, ressaltando a importância e a contínua evolução da matéria. O propósito também é o de corroborar nossa premissa alicerçada na construção histórica do Direito<sup>386</sup>.

#### 4.1.1 As várias “eras” dos direitos da personalidade

Em que pese a indicação pela doutrina da *action iniuriarum*<sup>387</sup> romana como uma primitiva forma de proteção aos direitos fundamentais ou essenciais à pessoa, adequada à defesa da honra na hipótese de afronta por conduta injuriosa<sup>388</sup>, os gregos, em especial no período clássico (no qual havia a preponderância da *polis*), já conheciam ações tendentes à punição da *hybris*, traduzida por JEAN GAUDEMET, citado por CAPELO DE SOUZA, como “excesso”, “injustiça”, “insolência”, “desequilíbrio” e “soberba”<sup>389</sup>.

O pensamento filosófico grego clássico e pós-clássico realizou a distinção da natureza humana em relação aos outros seres, visto que “o homem passou a ser tido como a *origem* e a *finalidade* da lei e do direito, ganhando, por isso, novo sentido os problemas da personalidade e da capacidade jurídica de todo e cada homem e dos seus inerentes direitos da personalidade” (grifos do autor)<sup>390</sup>.

Como pontua LEONARDO ESTEVAM DE ASSIS ZANINI, a ideia do direito natural foi um importante legado da civilização helênica<sup>391</sup>, “o qual era entendido como um corpo de normas ideais não escritas, opostas aos estatutos reais, que refletiam a imperfeição da vida cotidiana”<sup>392</sup>.

<sup>386</sup> Nas palavras de PIETRO PERLINGIERI (apud GUSTAVO TEPEDINO, *Temas de direito civil*, p. 41): “a norma, é, também ela, noção histórica”.

<sup>387</sup> O interdito, por meio de éditos dos pretores, acabou por abarcar, com o passar dos anos, ofensas “à liberdade, ao nome e até as relações familiares do indivíduo” (CLAUDIO LUIZ BUENO DE GODOY, *A Liberdade de Imprensa e os Direitos da personalidade*, p. 7), sendo daí proveniente “a essência da atual indenização por dano moral decorrente da lesão aos direitos da personalidade” (LEONARDO ESTEVAM DE ASSIS ZANINI, *Direitos da personalidade*, p. 29).

<sup>388</sup> DAVID CURY NETO, *Tutela civil do direito ao esquecimento*, p. 4; CLAUDIO LUIZ BUENO DE GODOY, *A Liberdade de Imprensa e os Direitos da personalidade*, p. 7; CARLOS ALBERTO BITTAR, *Os direitos da personalidade*, p. 18.

<sup>389</sup> RABINDRANATH VALENTINO ALEIXO CAPELO DE SOUZA, *O direito geral de personalidade*, p. 44.

<sup>390</sup> *Ibidem*, p. 47.

<sup>391</sup> No século V a.C., na obra *Antígona*, SÓFOCLES já se referia a um direito não escrito, universal, originalmente de cunho religioso. Na história, a protagonista rebela-se contra um édito do soberano de Tebas, Creonte, segundo o qual o corpo do seu irmão, Polínice, morto em batalha e considerado traidor da cidade, deveria permanecer sem sepultura e deixado ao relento para ser devorado por animais, justificando seu ato pelo cumprimento das leis dos deuses.

<sup>392</sup> LEONARDO ESTEVAM DE ASSIS ZANINI, *Direitos da personalidade*, p. 23.

Na Alta Idade Média<sup>393</sup>, a ausência da noção de individualidade se traduziu em óbice às condições sociais compatíveis com o fundamento ideológico<sup>394</sup> dos direitos da personalidade. No entanto, surgiram ideias de valorização do homem atreladas a um componente espiritual, ainda que tributárias ao divino, levando ao conceito de dignidade<sup>395</sup>.

STEFANO RODOTÀ, falando especificamente sobre o direito à privacidade, aponta que seu nascimento:

[...] pode ser historicamente associado à desagregação da sociedade feudal, na qual os indivíduos eram todos ligados por uma complexa série de relações que se refletiam na própria organização de sua vida cotidiana: o isolamento era privilégio de pouquíssimos eleitos ou daqueles que, por necessidade ou opção, viviam distantes da comunidade – místicos ou monges, pastores ou bandidos<sup>396</sup>.

Com o Renascimento, o Humanismo realça a dignidade do espírito humano, “inclusive medida de todas as coisas, difundindo-se o conceito de que, para além da matéria, há no homem esse elemento espiritual, imaterial”<sup>397</sup>.

Conforme CAPELO DE SOUZA:

O Renascimento vem potenciar estas idéias humanistas ou, se se quiser, pré-humanistas, assumindo antropocentricamente a condição humana e questionando o destino do homem, se bem que nele coexistisse a idéia e a imperiosidade da ordenação divina. Daí a continuação da reflexão antropocêntrica das relações entre indivíduo e sociedade, particularmente entre governantes e governados dentro do Estado [...]. O alvorecer dos tempos modernos começou por traduzir-se numa centralização do poder real, em que jogaram também certas classes menos favorecidas, com o consequente autoritarismo<sup>398</sup>.

No período do racionalismo clássico, segue-se o Jusnaturalismo, que “trouxe a ideia da existência e da primazia de direitos inatos, direitos individuais básicos, emanção da individualidade humana, independentes da ordem objetivamente estabelecida”<sup>399</sup>, competindo às Leis apenas reverenciá-los e consagrá-los.

<sup>393</sup> Conforme alertado por CARLOS ALBERTO BITTAR (*Os direitos da personalidade*, p.19), na baixa Idade Média, “no século XIII, a Carta Magna da Inglaterra, no âmbito público, continha o reconhecimento de direitos próprios do ente humano frente aos detentores do poder”.

<sup>394</sup> Já pontuamos que discurremos sobre a evolução de tais direitos no mundo ocidental. Caso contrário, seria necessário adentrarmos em explicações históricas sobre a fraca ou inexistente proteção aos direitos da personalidade conferida pelos países do leste europeu em passado recente.

<sup>395</sup> CLAUDIO LUIZ BUENO DE GODOY, *A Liberdade de Imprensa e os Direitos da personalidade*, p. 9.

<sup>396</sup> STEFANO RODOTÀ, *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*, p. 26.

<sup>397</sup> CLAUDIO LUIZ BUENO DE GODOY, *A Liberdade de Imprensa e os Direitos da personalidade*, p. 10.

<sup>398</sup> RABINDRANATH VALENTINO ALEIXO CAPELO DE SOUZA, *O direito geral de personalidade*, p. 62-63.

<sup>399</sup> CLAUDIO LUIZ BUENO DE GODOY, *A Liberdade de Imprensa e os Direitos da personalidade*, p. 10.

Observa-se a formação de uma nova concepção do direito natural, “entendido como um corpo de princípios básicos dos quais o direito positivo deveria diretamente derivar”<sup>400</sup>.

O Iluminismo e o Liberalismo, nos séculos XVIII e XIX, impulsionaram as “liberdades públicas” ao homenagear a autodeterminação do homem, considerando-o dotado de razão e de dignidade, passando a ser corolário “de um então absoluto poder de sua vontade individual, ou de deliberação sobre os destinos da própria existência (*ius in se ipsum*), resultado da crítica iluminista às limitações do indivíduo, sobretudo ditadas pelos valores religiosos da Idade Média”<sup>401</sup>.

As objeções também foram dirigidas ao Estado *Leviatã*, de THOMAS HOBBS, o bíblico monstro, poderoso e invencível que, se por um lado servia para evitar a “guerra permanente de todos contra todos”, também era mantenedor dos abusos dos monarcas e dos privilégios da nobreza, sendo uma ameaça a ser contida pela burguesia ascendente.

A consagração dos direitos humanos na fase do Jusracionalismo vem com a Declaração Americana (1776) e com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789)<sup>402</sup>, servindo esta última de modelo a inúmeros textos subsequentes, inclusive legais.

Aqui, pertinente a observação de NORBERTO BOBBIO:

A hipótese do estado da natureza – enquanto estado pré-estatal e, em alguns escritores, até mesmo pré-social – era uma tentativa de justificar racionalmente, ou de racionalizar, determinadas exigências que se iam ampliando cada vez mais; num primeiro momento, durante as guerras de religião, surgiu a exigência da liberdade de consciência contra toda forma de imposição de uma crença [...]; e, num segundo momento, na época que vai da Revolução Inglesa à Norte-Americana e à Francesa, houve a demanda de liberdades civis contra toda forma de despotismo. O estado de natureza era uma mera ficção doutrinária, que devia servir para justificar, como direitos inerentes à própria natureza do homem (e, como tais, invioláveis por parte dos detentores do poder público, inalienáveis pelos seus próprios titulares e imprescritíveis por mais longa que fosse a duração de sua violação ou alienação), exigências de liberdade provenientes dos que lutavam contra o dogmatismo das Igrejas e contra o autoritarismo dos Estados<sup>403</sup>.

<sup>400</sup> LEONARDO ESTEVAM DE ASSIS ZANINI, *Direitos da personalidade*, p. 38.

<sup>401</sup> CLAUDIO LUIZ BUENO DE GODOY, *A Liberdade de Imprensa e os Direitos da personalidade*, p. 11.

<sup>402</sup> Como frisado por BOBBIO, a originalidade da Declaração de Direitos de 1789 reside no fato de, em contraposição aos tradicionais códigos jurídicos e morais, como os Dez Mandamentos ou a Lei das Doze Tábuas, estabelecer direitos, e não obrigações aos indivíduos.

<sup>403</sup> NORBERTO BOBBIO, *A Era dos Direitos*, p. 68-69.

No entanto, a previsão contida no art. 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, dispondo que “a liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudique o próximo”, transformou-se em uma progressiva degradação do homem pelo próprio homem, especialmente a partir da Revolução Industrial.

As revoluções liberais haviam substituído o déspota representado pelo Estado e pela realeza pelo homem detentor de poder político e econômico, agora perpetrador de arbitrariedades. Com a criação de um espaço de atuação a salvo de qualquer interferência do Estado, o liberalismo jurídico chancelou a submissão imposta pelas forças econômicas, sendo considerada legítima a renúncia do homem aos seus direitos mais essenciais, visto que alicerçada na “livre manifestação da vontade”<sup>404</sup>.

Com o objetivo de atenuar a situação, jusnaturalistas franceses e alemães apresentaram as primeiras construções sobre a teoria dos direitos da personalidade, designando que certos direitos inerentes ao homem seriam absolutos, imprescritíveis, inalienáveis e indisponíveis, e que deveriam ser protegidos não apenas em face do Estado, mas também contra a opressão do homem pelo homem<sup>405</sup>.

A teoria encontrou forte resistência no ambiente jurídico marcado pelo pensamento liberal, principalmente no campo do direito privado<sup>406</sup>, levando ao advento das correntes de oposição da Escola Histórica e, posteriormente, do Positivismo Jurídico.

Pela primeira, de que Savigny foi um dos expoentes, sustentava-se que a eficácia universal, ilimitada, da razão e da vontade individual, com poder de disposição da pessoa sobre si própria, afinal serviria a justificar até mesmo o suicídio. Já com o segundo, procurava-se escoimar do direito qualquer especulação que não fosse, supostamente técnica e positivada, tal qual era, segundo se defendia, uma cláusula geral, um direito geral de personalidade, estranho ao ordenamento que só reconhecia, frise-se, alguns direitos especiais da personalidade, e porque admitidos pelo Estado, concedidos mesmo pelo poder estatal<sup>407</sup>.

Sobre a realização das condições materiais para a satisfação da necessidade de privacidade na segunda metade do século XIX, RODOTÁ afirma que esta “surge como um momento de um processo mais complexo, através do qual a burguesia reconhece a própria identidade no interior do corpo social”<sup>408</sup>, e observa que:

---

<sup>404</sup> ANDERSON SCHREIBER, *Direitos da personalidade*, p. 4.

<sup>405</sup> *Ibidem*, p. 5.

<sup>406</sup> *Ibidem*, p. 5.

<sup>407</sup> CLAUDIO LUIZ BUENO DE GODOY, *A Liberdade de Imprensa e os Direitos da personalidade*, p. 11.

<sup>408</sup> STEFANO RODOTÀ, *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*, p. 27.

Em um nível social e institucional, portanto, o nascimento da privacidade não se apresenta como a realização de uma exigência “natural” de cada indivíduo, mas como a aquisição de um privilégio por parte de um grupo. Não é por acaso que seus instrumentos jurídicos de tutela foram predominantemente modelados com base naquele característico do direito burguês por excelência, a propriedade<sup>409</sup>; e que exigências análogas àquelas que a burguesia fez valer ou não foram reconhecidas em qualquer medida à classe operária ou o foram somente mais tarde, através de instrumentos jurídicos completamente diferentes (por exemplo, a tutela da personalidade nas fábricas)<sup>410</sup>.

Com o ingresso no século XX e, especialmente, após as atrocidades perpetradas contra a humanidade durante a Segunda Guerra Mundial, do Holocausto nazista às bombas atômicas lançadas no Japão pelos norte-americanos, a proteção aos direitos humanos, representados pela homenagem à dignidade humana, consagrou-se por meio da Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, documento-base de diversos tratados regionais (a exemplo da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, de 1969, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica) e de ordenamentos jurídicos locais.

CURY NETO destaca que:

Não traduz nenhum equívoco dizer que os direitos da personalidade aperfeiçoaram-se tanto e tão recentemente, porque acompanharam o progresso científico, tecnológico e dos instrumentos difusores de informação, muito presentes a partir do século passado<sup>411</sup>.

E citando FRANCISCO AMARAL, justifica que “é em virtude disso que cada vez mais novos e diversificados problemas surgem ‘para os aspectos essenciais e constitutivos da personalidade jurídica (integridade física, moral e intelectual), exigindo do direito respostas jurídicas adequadas à proteção da pessoa humana’”<sup>412</sup>.

Assim, a evolução e a conquista dos direitos da personalidade<sup>413</sup> ocorrem por meio de confrontos históricos. Conforme a síntese de BOBBIO, nascem de certas circunstâncias caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos

<sup>409</sup> Nitidamente perceptível na construção teórica do direito à privacidade, conforme estudaremos à frente.

<sup>410</sup> STEFANO RODOTÀ, *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*, p. 27.

<sup>411</sup> DAVID CURY NETO, *Tutela civil do direito ao esquecimento*, p. 16.

<sup>412</sup> *Ibidem*, p. 16.

<sup>413</sup> A evolução histórica demonstra a incorporação paulatina dos direitos humanos, muitos deles reconhecidos como fundamentais e da personalidade pelos ordenamentos locais, sendo afirmados pela concepção bobbiana em quatro gerações, aqui, apertadamente resumidas: 1ª geração: direitos individuais que pressupõem a igualdade formal perante a lei; 2ª geração: direitos coletivos e direitos sociais, nos quais o sujeito de direito é visto no contexto social; 3ª geração: direitos dos povos ou direitos de solidariedade e os direitos transindividuais, também chamados de coletivos ou difusos, compreendendo o direito do consumidor e o direito ao meio ambiente; 4ª geração: direitos de manipulação genética, relacionados à biotecnologia, à bioengenharia etc. (NORBERTO BOBBIO, *A Era dos Direitos*, p. 5).

poderes, e de modo gradual, não todas de uma vez e nem de uma vez por todas<sup>414</sup>; por isso, estão em contínua mutação.

## 4.2 Conceitos

A caracterização de um eventual “direito ao esquecimento”, tanto nas mídias tradicionais como nas digitais, se dá por meio da resolução de tensão entre normas de direitos fundamentais com estrutura de princípios. Isto porque, entre as causas de restrição ao exercício das liberdades comunicativas, encontram-se a proteção dos direitos à privacidade, à intimidade, à honra e à imagem, com expressa previsão no texto constitucional em normas-princípio.

A previsão em regra infraconstitucional de dispositivos concernentes aos direitos da personalidade não é suficiente para a resolução dos casos que têm se apresentado sobre a temática, não somente pela ausência de previsão específica sobre o assunto em debate, mas também em virtude do acórdão prolatado na ADIn 4815, pelo STF<sup>415</sup>, que conferiu interpretação conforme a Constituição aos arts. 20 e 21 do Código Civil.

Apesar de o escopo do trabalho voltar-se à ponderação de normas de direitos fundamentais com estrutura de princípios, nos valem neste tópico das robustas lições tecidas por civilistas concernentes aos direitos da personalidade com *status* constitucional.

A expressão “direitos da personalidade” adotada por GIERKE, FERRARA, ORLANDO GOMES e LIMONGI FRANÇA, entre outros<sup>416</sup>, não é consensual. Versando sobre o mesmo tema são encontradas na doutrina as expressões “direitos à personalidade”, “direitos essenciais” ou “fundamentais da pessoa” (RAVÀ, GANGI, DE CUPIS<sup>417</sup>); “direitos personalíssimos” (SANTOS CIFUENTES<sup>418</sup>, PUGLIATI, ROTONDI, GILBERTO HADDAD

---

<sup>414</sup> NORBERTO BOBBIO, *A Era dos Direitos*, p. 5.

<sup>415</sup> STF. ADIn 4815, Plenário, Rel. Ministra Cármen Lúcia, DJ 1º.02.2016.

<sup>416</sup> CARLOS ALBERTO BITTAR, *Os direitos da personalidade*, p. 2.

<sup>417</sup> ADRIANO DE CUPIS, *Os direitos da personalidade*, p. 23.

<sup>418</sup> SANTOS CIFUENTES, *La responsabilidad frente al derecho personalísimo de los datos personales*. Disponível em: <<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/72-73-74/la-responsabilidad-frente-al-derecho-personalísimo-de-los-datos-personales.pdf>>. Acesso em: 14 mar. 2017.

JABUR<sup>419</sup>); ou ainda “direitos de humanidade” (NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY)<sup>420</sup>.

ZANINI distingue direitos da personalidade de direitos pessoais, alertando sobre a inexistência de sinonímia entre as expressões, visto que, apesar de aqueles serem considerados direitos pessoais, esta categoria é mais abrangente, sendo o gênero do qual os direitos da personalidade são espécie<sup>421</sup>.

O mesmo autor também diferencia direitos da personalidade de direitos personalíssimos, aduzindo que está consolidado na doutrina o entendimento de que estes “são aqueles insusceptíveis de transmissão de um titular para outro, ou seja, aqueles direitos apenas exercitáveis pelo seu titular, haja vista seu caráter *intuito personae*”<sup>422</sup>.

O conceito de direitos da personalidade não é o mesmo conferido à noção de personalidade, sendo tecnicamente incorreto se falar em “direito à personalidade”.

MARIA HELENA DINIZ, citando GOFREDO DA SILVA TELLES, doutrina que a personalidade consiste no conjunto de caracteres da própria pessoa, e não é um direito:

[...] de modo que seria errôneo afirmar que o ser humano tem direito à personalidade. A personalidade é que apoia os direitos e deveres que dela irradiam, é objeto do direito, é o primeiro bem da pessoa, que lhe pertence como primeira utilidade, para que ela possa ser o que é, para sobreviver e se adaptar às condições do ambiente em que se encontra, servindo-lhe de critério para aferir, adquirir e ordenar outros bens<sup>423</sup>.

Da personalidade é que emanam direitos como a vida, a liberdade, a honra, a imagem, a privacidade, entre outros.

LUÍS ROBERTO BARROSO<sup>424</sup> distingue os direitos da personalidade em dois grupos<sup>425</sup>:

<sup>419</sup> GILBERTO HADDAD JABUR, *Liberdade de pensamento e direito à vida privada*, p. 98.

<sup>420</sup> NELSON NERY JUNIOR; ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, *Código Civil comentado*, p. 229.

<sup>421</sup> LEONARDO ESTEVAM DE ASSIS ZANINI, *Direitos da personalidade*, p. 105.

<sup>422</sup> *Ibidem*, p. 110.

<sup>423</sup> MARIA HELENA DINIZ, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, v. 1, p. 133-134.

<sup>424</sup> LUÍS ROBERTO BARROSO, *Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação*, p. 75.

<sup>425</sup> Nitidamente inspirado na classificação de ORLANDO GOMES. Há outras propostas, como as apresentadas por RUBENS LIMONGI FRANÇA, *Instituições de direito civil*, p. 1029-1030, e CARLOS ALBERTO BITTAR, *Os direitos da personalidade*, p. 64.

- (i) direitos à integridade física: direito à vida, o direito ao próprio corpo e o direito ao cadáver; e
- (ii) direitos à integridade moral: direito à honra, à liberdade, à vida privada, à intimidade, à imagem, ao nome, ao direito moral do autor.

Segundo RENÉ ARIEL DOTTI, utilizando as palavras de ANTUNES VARELA, os direitos da personalidade seriam “os que se referem à própria pessoa humana”<sup>426</sup>.

Nas palavras de ADRIANO DE CUPIS, a definição de direitos da personalidade:

[...] é reservada aos direitos subjetivos, cuja função, relativamente à personalidade, é especial, constituindo o *minimum* necessário e imprescindível ao seu conteúdo.

Por outras palavras, existem certos direitos sem os quais a personalidade restaria uma susceptibilidade completamente irrealizada, privada de todo o valor concreto: direitos sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o indivíduo – o que equivale a dizer que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal. São esses os chamados *direitos essenciais*, com os quais se identificam, precisamente, os direitos da personalidade<sup>427</sup> (grifos do autor).

Para BITTAR, são “os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos ao homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros tantos”<sup>428</sup>, cabendo ao Estado “apenas reconhecê-los e sancioná-los em um ou outro plano do direito positivo – em nível constitucional ou em nível de legislação ordinária [...]”<sup>429</sup>.

Para ORLANDO GOMES, “compreendem-se direitos considerados essenciais à pessoa humana, que a doutrina moderna preconiza e disciplina, a fim de resguardar a sua dignidade”<sup>430</sup>.

Pela imprecisão da terminologia “direitos à personalidade” e “direitos personalíssimos”; pela abrangência não explicativa de termos como “direitos essenciais” ou “fundamentais da pessoa”; e buscando evitar eventuais confusões conceituais que possam surgir com a utilização da denominação “direitos de humanidade” com direitos humanos, adotamos neste trabalho a expressão “direitos fundamentais da personalidade”,

<sup>426</sup> RENÉ ARIEL DOTTI, *Proteção da vida privada e liberdade de informação*, p. 22. Eis o exemplo de um conceito tipicamente tautológico, conforme crítica de BOBBIO.

<sup>427</sup> ADRIANO DE CUPIS, *Os direitos da personalidade*, p. 23-24.

<sup>428</sup> CARLOS ALBERTO BITTAR, *Os direitos da personalidade*, p. 1.

<sup>429</sup> *Ibidem*, p. 7.

<sup>430</sup> ORLANDO GOMES, *Introdução ao Direito Civil*, p. 113.

expressamente consagrada pela legislação nacional e aceita tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência.

No mais, em linha com o pensamento de ZANINI<sup>431</sup>, que frisa que a categoria direitos da personalidade ainda está em pleno desenvolvimento e sugere, por isso, a aceitação de uma conceituação concisa em vez de uma definição extensa e talvez errônea, nos apoiamos na formulação desenvolvida por GUSTAVO TEPEDINO, que os compreende como “os direitos atinentes à tutela da pessoa humana, considerados essenciais à sua dignidade e integridade”<sup>432</sup>.

### 4.3 Natureza Jurídica

Com a apresentação dos conceitos, é perceptível um dos aspectos polêmicos no que concerne aos direitos da personalidade: devem ser qualificados como direitos inatos ou de natureza positiva?

CARLOS ALBERTO BITTAR<sup>433</sup>, RUBENS LIMONGI FRANÇA<sup>434</sup> e MARIA HELENA DINIZ<sup>435</sup>, por exemplo, defendem a corrente do Jusnaturalismo, posição por nós refutada por considerarmos incabível atribuir fundamento absoluto a direitos que, nas palavras de NORBERTO BOBBIO, “emergem gradualmente das lutas que o homem trava por sua própria emancipação e das transformações das condições de vida que essas lutas produzem”<sup>436</sup>.

Ainda conforme o autor italiano:

[...] são precisamente certas transformações sociais e certas inovações técnicas que fazem surgir novas exigências, imprevisíveis e inexequíveis antes que essas transformações e inovações tivessem ocorrido. Isso nos traz uma ulterior confirmação da socialidade, ou da não-naturalidade, desses direitos [...] também a esfera dos direitos de liberdade foi se modificando e se ampliando, em função de inovações técnicas no campo da transmissão e difusão das ideias e das imagens e do possível abuso que se pode fazer dessas inovações, algo inconcebível quando o próprio uso não era possível ou era tecnicamente difícil. Isso significa que a conexão entre mudança social e mudança na teoria e na prática dos direitos fundamentais sempre existiu; o nascimento dos direitos sociais apenas tornou essa questão mais evidente, tão evidente que agora já não pode ser negligenciada<sup>437</sup>.

<sup>431</sup> LEONARDO ESTEVAM DE ASSIS ZANINI, *Direitos da personalidade*, p. 96-98.

<sup>432</sup> GUSTAVO TEPEDINO, *Temas de direito civil*, p. 26.

<sup>433</sup> CARLOS ALBERTO BITTAR, *Os direitos da personalidade*, p. 1.

<sup>434</sup> RUBENS LIMONGI FRANÇA, *Instituições de direito civil*, p. 1027.

<sup>435</sup> MARIA HELENA DINIZ, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, v. 1, e.g. falando sobre a vida humana, p. 134.

<sup>436</sup> NORBERTO BOBBIO, *A Era dos Direitos*, p. 31.

<sup>437</sup> *Ibidem*, p. 71.

ADRIANO DE CUPIS, filiado à teoria positivista, assevera que:

[...] os direitos da personalidade estão vinculados ao ordenamento positivo tanto como os outros direitos subjetivos, uma vez admitido que as idéias dominantes no meio social sejam revestidas de uma particular força de pressão sobre o próprio ordenamento. Por consequência, não é possível denominar os direitos da personalidade como “direitos inatos”, entendidos no sentido de direitos relativos, por natureza, à pessoa<sup>438</sup>.

Aplicando a teoria à realidade, em uma análise das mudanças trazidas pela sociedade da informação, a exemplo do direito à proteção de dados informáticos, este não poderia sequer ser imaginado quando propostos os direitos de segunda geração, da mesma forma que estes últimos, a exemplo do direito à educação ou direitos sociais trabalhistas, não eram nem mesmo concebíveis quando foram promulgadas as primeiras Declarações setecentistas, pois essas exigências nasceram com o surgimento de determinadas carências<sup>439</sup>:

[...] em função da mudança das condições sociais e quando o desenvolvimento técnico permite satisfazê-las. Falar de direitos naturais ou fundamentais, inalienáveis ou invioláveis, é usar fórmulas de uma linguagem persuasiva, que podem ter uma função prática num documento político, a de dar maior força à exigência, mas não têm nenhum valor técnico, sendo, portanto, completamente irrelevantes numa discussão de teoria dos direitos<sup>440</sup>.

Frise-se que não estamos sustentando que, por adotar a visão positivista, todos os direitos da personalidade devem estar tipificados expressamente no ordenamento jurídico, visto que a compreensão atual do direito não é mais a de um sistema fechado, mas sim a de um “sistema aberto dotado de instrumentos, como as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados, que permitem sua constante adequação à sociedade”<sup>441</sup>.

Fundamentando a tese, o Enunciado 274 da IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal<sup>442</sup> dispõe que:

Os direitos da personalidade, regulados de maneira não exaustiva pelo Código Civil<sup>443</sup>, são expressões da cláusula geral da tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, inc. III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana).

<sup>438</sup> ADRIANO DE CUPIS, *Os direitos da personalidade*, p. 24-25.

<sup>439</sup> NORBERTO BOBBIO, *A Era dos Direitos*, p. 6.

<sup>440</sup> *Ibidem*, p. 6.

<sup>441</sup> LEONARDO ESTEVAM DE ASSIS ZANINI, *Direitos da personalidade*, p. 123.

<sup>442</sup> As jornadas de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal são promovidas a cada biênio pelos Centros de Estudos do Colegiado e reúnem especialistas de todo o Brasil. Os enunciados servem de orientação para o entendimento de artigos do Código Civil, mas são desprovidos de força normativa e caráter vinculante.

<sup>443</sup> LEONARDO ESTEVAM DE ASSIS ZANINI alerta que a maioria da doutrina brasileira, denominada corrente pluralista, considera os direitos da personalidade como uma lista de direitos autônomos entre si, sendo que dentro de tal grupo há uma vertente que considera uma série aberta desses direitos, enquanto outra defende a taxatividade dos direitos da personalidade (*Direitos da personalidade*, p. 157).

Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve se aplicar a técnica da ponderação.

No mais, a *Lex Mater* de 1988, quando elevou os direitos da personalidade ao patamar de direitos fundamentais, os considerou meramente exemplificativos, conforme interpretação do art. 5º, § 2º<sup>444</sup>, cláusula de abertura material dos direitos e garantias fundamentais.

Outra questão motivadora de acalorados debates em sede doutrinária, hoje aparentemente superada, concerne à qualificação da natureza jurídica dos direitos da personalidade. A posição atualmente predominante da qualificação como direitos subjetivos<sup>445</sup> foi questionada por alguns teóricos de outrora<sup>446</sup> que não admitiam tal qualidade aos direitos em estudo.

Argumentavam tais juristas que não poderia haver direito do homem sobre a própria pessoa, visto que tal argumentação seria apta a justificar o suicídio (essa era a posição de SAVIGNY, citada no tópico 4.1) e que o homem não poderia, ao mesmo tempo, ser sujeito e objeto de direito<sup>447</sup>.

Segundo CURY NETO, o descrédito no passado à corrente hoje dominante:

[...] adveio fundamentalmente da doutrina do *ius in se ipsum* e de concepções ultrapassadas do que se entenderia por direitos subjetivos, então vistos sob a óptica do direito de propriedade, razão por que se pensava “inconciliável a figura do sujeito e a qualidade do objeto concentrados no mesmo indivíduo”<sup>448</sup>.

Como já apontado em nosso breve panorama histórico, a forte resistência era fruto do pensamento liberal no qual estava imerso o ambiente jurídico em linha com o sistema político-social. SAVIGNY, além de VON THUR e ENNECCERUM negavam qualquer

<sup>444</sup> Dispõe que: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

<sup>445</sup> Em apertada síntese, considera-se direito subjetivo a possibilidade de exigir uma abstenção, ou uma prestação, ou um agir que crie, modifique ou extinga relações jurídicas. Conforme ADRIANO DE CUPIS (*Os direitos da personalidade*, p. 43): “Diz-se, geralmente, que existe um direito subjetivo desde que o mecanismo de tutela jurídica do interesse esteja nas mãos do sujeito de mesmo interesse. A circunstância de a tutela ser confiada à iniciativa do sujeito significa simplesmente que só a *atuação* da sanção depende da vontade do sujeito, e não também a criação do imperativo jurídico, nem a *ameaça* de sanção. As posições individuais de proeminência respeitantes aos bens da vida assumem a qualidade de direitos subjetivos, precisamente enquanto dependa do seu sujeito a possibilidade de fazê-las valer determinando a atuação da sanção” (grifos do autor).

<sup>446</sup> Cf. CARLOS ALBERTO BITTAR, *Os direitos da personalidade*, p. 4. Entre os autores que negavam a qualificação de subjetivos aos direitos da personalidade, estão SAVIGNY, UNGER, JELLINECK, ENNECERUS, OERTMAN, CABRAL DE MONCADA e ORGAZ.

<sup>447</sup> CLAUDIO LUIZ BUENO DE GODOY, *A Liberdade de Imprensa e os Direitos da personalidade*, p. 20.

<sup>448</sup> DAVID CURY NETO, *Tutela civil do direito ao esquecimento*, p. 20.

validade científica aos direitos da personalidade, vindo na categoria uma inovação inconsistente, visto que, “se para o direito civil, a personalidade consistia na capacidade de ter direitos, não podia essa mesma personalidade figurar como objeto de direito algum”<sup>449</sup>.

No entanto, novas necessidades promoveram a evolução doutrinária.

DOTTI já aduzia que os direitos da personalidade são direitos subjetivos, “porquanto se reconhece e garante a pessoa através deles, além de ampararem bens fundamentais da individualidade e da inviolabilidade física, moral e espiritual”<sup>450</sup>.

E como explicitado por ADRIANO DE CUPIS: “Nenhuma dúvida pode restar de que aquele que pode obter por uma determinação de sua vontade o equivalente do bem lesado, é titular de um direito subjetivo sobre tal bem”<sup>451</sup>.

Logo, os direitos da personalidade possuem a qualidade de direitos subjetivos, com previsão no ordenamento jurídico, sendo fruto da evolução histórica, nascidos de forma gradual em decorrência de mutações das condições sociais e cuja satisfação é permitida pelo desenvolvimento técnico da humanidade.

#### 4.4 Características essenciais

Quanto às características essenciais dos direitos da personalidade, a doutrina não é unânime<sup>452</sup>. Porém, de forma geral, em que pesem as críticas, são considerados, especialmente pelos autores apegados a aspectos jusnaturalistas, como: absolutos, extrapatrimoniais, imprescritíveis, intransmissíveis, indisponíveis e irrenunciáveis.

O fato de ser absolutos ou oponíveis *erga omnes* significa que podem ser exercidos e opostos contra todos, pois a violação destes direitos é vedada a todas as pessoas, inclusive ao Estado e, segundo parte da doutrina, ao próprio titular<sup>453</sup>.

---

<sup>449</sup> ANDERSON SCHREIBER, *Direitos da personalidade*, p. 5.

<sup>450</sup> RENÉ ARIEL DOTTI, *Proteção da vida privada e liberdade de informação*, p. 98.

<sup>451</sup> ADRIANO DE CUPIS, *Os direitos da personalidade*, p. 46.

<sup>452</sup> Entre outras características atribuídas pela doutrina aos direitos da personalidade, encontram-se a originalidade, a vitaliciedade, a imprescindibilidade, a impenhorabilidade e a inexpropriabilidade. LEONARDO ESTEVAM DE ASSIS ZANINI, *Direitos da personalidade*, p. 161; CARLOS ALBERTO BITTAR, *Os direitos da personalidade*, p. 5; MARIA HELENA DINIZ, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, v. 1, p. 135-137; ORLANDO GOMES, *Introdução ao Direito Civil*, p. 116; NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, *Código Civil comentado*, p. 225.

<sup>453</sup> Posição com a qual não concordamos. A frente, falaremos sobre a possibilidade de renúncia a direitos fundamentais por parte do titular.

O conceito de absoluto é discutível, pois, em relação ao conteúdo, será sempre necessária a análise do caso concreto, o que poderá levar à restrição como resultado de uma ponderação.

Em sua clássica obra, DOTTI assevera que “são absolutos os direitos que podem ser opostos contra todas as pessoas, as quais, frente ao titular, devem obrigar-se respeitá-los, impondo-se a obrigação negativa de não embaraçar seu exercício”<sup>454</sup>.

ZANINI alerta que incorre em erro aqueles que tomam os direitos absolutos no sentido de ilimitados, em contraposição aos direitos relativos, que seriam limitados<sup>455</sup>. Informa que a ideia é ainda reminiscência histórica da época em que se atribuía à propriedade a absolutidade<sup>456</sup>.

Já a extrapatrimonialidade pode ser conceituada como a impossibilidade de atribuição de um valor econômico aos direitos da personalidade.

CAPELO DE SOUZA assevera que os direitos da personalidade são aqueles não avaliáveis em dinheiro, pois:

[...] tomando o patrimônio na sua acepção tradicional e mais divulgado como o conjunto das relações jurídicas, avaliáveis em dinheiro e de que é sujeito passivo e activo uma dada pessoa e definido do mesmo modo os direitos patrimoniais como os avaliáveis em dinheiro e os direitos pessoais como os não avaliáveis em dinheiro, poderão incluir-se os direitos da personalidade nesta última categoria<sup>457</sup>.

ZANINI ressalva, entretanto, que o reconhecimento da extrapatrimonialidade dos direitos da personalidade não obsta a compensação em pecúnia em caso de lesão, pois “não se pode confundir um direito extrapatrimonial com a responsabilidade civil decorrente de sua ofensa”<sup>458</sup>.

Ademais, a caracterização como bens sem conteúdo econômico e, conseqüentemente, fora do comércio não significa que tais direitos não possam trazer reflexos patrimoniais para o seu titular, a exemplo de celebridades que auferem renda licenciando o uso de sua imagem.

---

<sup>454</sup> RENÉ ARIEL DOTTI, *Proteção da vida privada e liberdade de informação*, p. 102.

<sup>455</sup> LEONARDO ESTEVAM DE ASSIS ZANINI, *Direitos da Personalidade*, p. 172.

<sup>456</sup> Característica expressa, inclusive, no art. 544 do Código Civil francês.

<sup>457</sup> RABINDRANATH VALENTINO ALEIXO CAPELO DE SOUZA, *O direito geral de personalidade*, p. 414.

<sup>458</sup> LEONARDO ESTEVAM DE ASSIS ZANINI, *Direitos da personalidade*, p. 178.

No que concerne à imprescritibilidade, entende-se que estes “não se extinguem pelo decurso de tempo nem pelo não uso, permanecendo ligados ao seu titular por toda a vida”<sup>459</sup>.

No entanto:

[...] no momento em que são lesionados, surge a pretensão, que deve ser exercida dentro dos prazos estabelecidos pelo Código Civil, sendo certo que seu não exercício pode levar à prescrição especificamente daquela pretensão, o que não significa a perda do direito da personalidade<sup>460</sup>.

A intransmissibilidade e a irrenunciabilidade dos direitos da personalidade estão previstas expressamente no art. 11 do Código Civil<sup>461</sup>. Assim, não podem ser alienados ou transmitidos a outrem, quer por ato entre vivos, quer em virtude da morte do titular, pois nascem e morrem com o indivíduo, “não podendo ser cedidos, doados, emprestados, vendidos ou recebidos por herança”<sup>462</sup>.

Porém, conforme o art. 12 do Código Civil<sup>463</sup>, há proteção *post mortem* à personalidade, sendo concedida legitimação processual extraordinária a determinadas pessoas para a defesa<sup>464</sup> do bem jurídico em caso de ameaça ou lesão, visto que, mesmo com a morte do titular, alguns direitos da personalidade permanecem resguardados, como o direito à imagem, ao nome, à autoria, à sepultura e ao cadáver do falecido<sup>465</sup>.

<sup>459</sup> LEONARDO ESTEVAM DE ASSIS ZANINI, *Direitos da personalidade*, p. 226.

<sup>460</sup> *Ibidem*, p. 226.

<sup>461</sup> “Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.”

<sup>462</sup> ANDERSON SCHREIBER, *Direitos da personalidade*, p. 24.

<sup>463</sup> “Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito de personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral, até o quarto grau.”

<sup>464</sup> Em que pese, em muitos casos concretos, não ter ocorrido a defesa da honra e/ou da imagem do falecido pelos herdeiros legitimados, mas, tão somente, mera negociação, com a “precificação” dos direitos da personalidade. *Case* emblemático envolveu a publicação do livro *Estrela Solitária*, biografia do jogador de futebol Garrincha, escrito por RUY CASTRO e editado pela Companhia das Letras. As filhas do falecido futebolista, em ação promovida antes de o STF pacificar a questão das “biografias não autorizadas”, julgando procedente a ADIn 4815 e dando interpretação conforme os arts. 20 e 21 do Código Civil, alegavam que o lançamento da obra havia ocorrido sem autorização e violava “o direito à imagem, ao nome, à intimidade, à vida privada, à honra e todos os conexos da personalidade [de Garrincha], execrando sua memória”.

Ressalte-se, ademais, que, anteriormente ao julgamento da mencionada ADIn, editoras e emissoras de televisão, mediante a assinatura de contratos bastante onerosos, obtinham autorização de herdeiros para utilização de imagem e para divulgação de fatos da intimidade do *de cuius*, como medida preventiva de futuros litígios.

<sup>465</sup> LEONARDO ESTEVAM DE ASSIS ZANINI, *Direitos da personalidade*, p. 242.

Observe-se que:

[...] os direitos da personalidade são intransmissíveis em sua essência, seja *inter vivos* ou *causa mortis*, no entanto, quando a utilização dos direitos da personalidade tiver expressão econômica, então podemos falar em transmissibilidade desses efeitos patrimoniais, o que não corresponde à transmissibilidade propriamente dos direitos da personalidade<sup>466</sup>.

Já a irrenunciabilidade desperta polêmica, uma vez que a interpretação literal do art. 11 do Código Civil leva à vedação de qualquer “limitação voluntária”, lançando na ilicitude, como sustentado por SCHREIBER, “não só os *reality shows*<sup>467</sup>, mas também atos bem mais prosaicos como furar a orelha, lutar boxe ou expor informações pessoais em redes sociais”<sup>468</sup>.

ZANINI assevera que:

A indisponibilidade dos direitos da personalidade é relativa, existindo inúmeros casos em que o consentimento (autorizante ou tolerante) é compatível com a ideia de irrenunciabilidade [...], de maneira que fica claro que o consentimento não tem o objetivo de extinguir o direito, sendo tão somente uma limitação voluntária ao [seu] exercício<sup>469</sup>.

O Enunciado nº 4, aprovado na I Jornada de Direito Civil, organizada pelo Centro de Estudos Judiciários da Justiça Federal, em oposição ao art. 11, *in fine*, dispõe que “O exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral”.

---

<sup>466</sup> LEONARDO ESTEVAM DE ASSIS ZANINI, *Direitos da personalidade*, p. 240.

<sup>467</sup> Frise-se, entretanto, que críticas podem ser lançadas à renúncia aos direitos da personalidade em tais *shows* televisivos. Sob a roupagem da luta contra o paternalismo estatal ou em defesa da “liberdade”, muitas vezes se esconde o liberalismo em terrível faceta: a renúncia é defendida em virtude dos altos retornos financeiros que tais programas trazem não só à emissora de televisão, mas também aos anunciantes de produtos e serviços e às companhias telefônicas (os telespectadores ligam ou enviam SMS para votar nos participantes a serem eliminados da competição). O mesmo pode ser dito em relação a “esportes” como *ultimate fighting* ou à exposição de pessoas com graves deficiências físicas ou mentais, ou em estado de hipossuficiência, em atrações televisivas. SILVIA VIANA, em *Rituais de sofrimento*, p. 89, esclarece no que concerne aos *reality shows* que o discurso a respeito de justiça, liberdade, igualdade e até mesmo bondade é descartado em nome de uma “dura realidade”: “Não são poucas as vezes em que coloco o problema do sofrimento ao qual são submetidos os participantes e a resposta é: ‘Mas foram eles que se voluntariaram’. Uma das ideias centrais que sustentam o estado de direito é a da inalienabilidade: não se pode abrir mão da dignidade, por exemplo, mesmo que se queira. Em tese, nenhum contrato assinado pelos participantes de *reality shows* poderia ser válido em qualquer lugar no qual a democracia e os direitos humanos vigoram. [...] A vida à disposição da produção de entretenimento a que se assiste em *reality shows* é um índice mais do que transparente de que vivemos em um estado de exceção permanente, pulverizado e onipresente”.

<sup>468</sup> ANDERSON SCHREIBER, *Direitos da personalidade*, p. 27.

<sup>469</sup> LEONARDO ESTEVAM DE ASSIS ZANINI, *Direitos da personalidade*, p. 235.

Como sustentado por ANDERSON SCHREIBER, deveria o legislador ter especificado alguns *standards* para balizar o controle da legitimidade da autolimitação, em especial o alcance, a duração, a intensidade e a sua finalidade<sup>470</sup>.

Tendo em vista que os direitos da personalidade possuem previsão constitucional, seja expressa ou por meio da cláusula geral do art. 5º, § 2º, da CF, a complexidade da temática aumenta ao adentrarmos na questão da renúncia a direitos fundamentais.

PEDRO AUGUSTIN ADAMY observa que a renúncia possui dupla dimensão, representando, concomitantemente, exercício e restrição de um direito fundamental<sup>471</sup>.

JORGE REIS NOVAIS aduz que a titularidade de um direito fundamental caracteriza posição jurídica de vantagem do jurisdicionado face ao Estado, verdadeiro *trunfo* – utilizando expressão de DWORKIN – nas mãos do indivíduo, homenageando o princípio da autonomia e o da autodeterminação<sup>472</sup>:

Nesse sentido, a renúncia é também uma forma de exercício do direito fundamental, dado que, por um lado, a realização de um direito fundamental inclui, em alguma medida, a possibilidade de se dispor dele, inclusive no sentido da sua limitação, desde que esta seja uma expressão genuína do direito de autodeterminação e livre desenvolvimento da personalidade, e porque, por outro lado, através da renúncia o indivíduo prossegue a realização de fins e interesses próprios que ele considera, no caso concreto, mais relevantes que os fins realizáveis através de um exercício positivo do direito<sup>473</sup>.

Em um Estado Democrático de Direito, includente e pluralista, em que diferentes cosmovisões e a diversidade devem ter presença garantida, devemos admitir que as pessoas pensam e agem de forma diferenciada umas das outras. Desta forma, os atos de renúncia que privilegiem a autodeterminação e a liberdade devem ser considerados legítimos, desde que presentes as condições para o exercício da autonomia: a manifestação de maneira válida e inequívoca por parte do sujeito titular do direito fundamental e o consentimento, fruto da vontade livre e informada.

A tormentosa questão da irrenunciabilidade tem recebido maiores inflexões por estar atrelada às polêmicas discussões sobre eutanásia, suicídio assistido, aborto e,

---

<sup>470</sup> ANDERSON SCHREIBER, *Direitos da personalidade*, p. 29.

<sup>471</sup> PEDRO AUGUSTIN ADAMY, *Renúncia a direito fundamental*, p. 55.

<sup>472</sup> JORGE REIS NOVAIS, *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*, p. 235.

<sup>473</sup> *Ibidem*, p. 235.

em nossa área de estudo, sobre os fenômenos dos aquários humanos<sup>474</sup> e a prática de *lifecasting*<sup>475</sup>, entre outras.

Por fim, a característica da indisponibilidade costuma ser analisada pela doutrina como compreendida no conceito da irrenunciabilidade dos direitos da personalidade, já que seu titular não poderia deles livremente dispor<sup>476</sup>.

No entanto, a temática da indisponibilidade também está ligada à autonomia da vontade.

Por isso, conforme escólio de ROXANA CARDOSO BRASILEIRO BORGES:

[...] não se pode excluir totalmente dos direitos da personalidade a atuação conforme a própria vontade do titular, devendo-se reconhecer a esses direitos de forma geral, certa liberdade jurídica de exercício, não apenas de forma negativa, como tradicionalmente se pensava, mas também ativa ou positiva [...]<sup>477</sup>.

A relativização da indisponibilidade dos direitos da personalidade e o reconhecimento da autonomia privada são encontrados em inúmeras hipóteses, como a submissão do indivíduo a testes com medicamentos; a licença de uso da imagem, voz, nome; a autorização para divulgação da privacidade; a prática de esportes de alto risco, como paraquedismo; o exercício da profissão em teatros de guerra civil, como a atuação dos médicos sem fronteiras; a retirada de partes do corpo para fins estéticos ou para reduzir riscos de doenças futuras, a exemplo da eliminação de algumas costelas para afinamento de cintura ou a retirada de mamas sadias para mitigar a probabilidade de neoplasia maligna; entre outras.

O Enunciado 139, aprovado na III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, pontuou, em interpretação do art. 11 do Código Civil, que “Os direitos

---

<sup>474</sup> Os “aquários humanos” são casas de vidro instaladas em *shoppings centers*, ou em outros espaços públicos, nos quais se confinam pessoas para que lá possam ser observadas pelo público externo. Em algumas edições do programa *Big Brother Brasil*, foram instaladas tais gaiolas em estabelecimentos da cidade do Rio de Janeiro.

<sup>475</sup> Apesar da sinonímia com o processo de escultura do mesmo nome, MARCEL LEONARDI (*Tutela e Privacidade na Internet*, p. 370) esclarece que *lifecasting* se trata da “transmissão ao vivo e ininterrupta pela Internet de todos os eventos da vida do indivíduo – realizada por ele próprio – possibilitada por câmeras e por outros equipamentos portáteis, costurados ou presos a roupas, mochilas, bonés e acessórios, utilizados para veicular cada momento de sua existência dessa forma [...]. A referência à transmissão completa da vida do indivíduo não é figura de retórica: serviços de *lifecasting* costumam ficar disponíveis vinte e quatro horas por dia, e já veicularam, inadvertidamente, usuários fazendo suas necessidades fisiológicas, tendo relações sexuais e até mesmo praticando suicídio”.

<sup>476</sup> NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, *Código Civil comentado*, p. 225.

<sup>477</sup> ROXANA CARDOSO BRASILEIRO BORGES, *Direitos da personalidade e autonomia privada*, p.112.

da personalidade podem sofrer limitações, ainda que não especificamente previstas em lei, não podendo ser exercidos com abuso de direito do seu titular, contrariamente à boa-fé objetiva e aos bons costumes”.

Porém, pode ocorrer eventual desvalorização da autonomia privada caso exista assimetria entre as partes envolvidas na relação entre particulares.

No entanto, a doutrina não é uníssona em relação ao conceito de assimetria. DANIEL SARMENTO, por exemplo, considera que a desigualdade fática entre os envolvidos deve ser entendida como desigualdade material:

[...] quanto maior for a desigualdade, mais intensa será a proteção ao direito fundamental em jogo, e menor a tutela da autonomia privada. Ao inverso, numa situação de tendencial igualdade entre as partes, a autonomia privada vai receber uma proteção mais intensa, abrindo espaço para restrições mais profundas ao direito fundamental com ela em conflito<sup>478</sup>.

Já VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, forte nas lições de BILBAO UBILLOS, assevera que a necessidade de proteção surge de uma desigualdade de posições no interior da relação jurídica concernente ao poder, observando que o critério mais importante é o grau de autonomia das partes envolvidas, que não guarda, segundo o autor, necessariamente uma relação com o grau de igualdade material entre as partes<sup>479</sup>. E exemplifica com aqueles que participam de *reality shows* e o fazem com base no exercício da autonomia da vontade<sup>480</sup>:

Esse exercício acarreta, sem dúvida, restrições a direitos fundamentais, especialmente ao de privacidade. A desigualdade material entre, por exemplo, a Rede Globo, uma das maiores empresas de comunicação do mundo, e os participantes de seu *reality show* é inegável. Isso não significa, contudo, que haja uma necessidade de intervir nessa relação para proteger direitos fundamentais restringidos: a desigualdade material não interfere, necessariamente, na autenticidade das vontades<sup>481</sup>.

Em que pesem as abalizadas considerações, ficamos com a defesa de DANIEL SARMENTO por considerarmos que a desigualdade material interfere na autenticidade das vontades, sendo, na verdade, relevada em homenagem à manutenção de um sistema de produção capitalista no qual a esfera privada dos indivíduos foi coisificada, transformada

<sup>478</sup> DANIEL SARMENTO, *Direitos fundamentais e relações privadas*, p. 303.

<sup>479</sup> VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, p. 156-157.

<sup>480</sup> Contundente crítica sociológica aos *reality shows* pode ser encontrada na já citada obra de SILVIA VIANA, *Rituais de sofrimento*. São Paulo: Boitempo, 2013.

<sup>481</sup> VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, p. 157.

em mercadoria altamente lucrativa. No mais das vezes, o exercício do poder está atrelado à supremacia econômica. A inexistência da possibilidade real de escolha da parte mais fraca acaba por obstar a liberdade.

O direito à privacidade é corrompido com a sua significativa degradação pela atribuição de valoração inadequada, prática comum em programas sensacionalistas, especialmente os exploradores de pessoas com deficiências físicas e hipossuficientes, que sob as vestes de um assistencialismo barato comercializam a vida privada alheia em busca de audiência e lucros. Assim, a mercantilização da privacidade altera o seu significado e instrumentaliza o ser humano.

Com foco nos exemplos dos *reality shows* ou do chamado *lifecasting*, com sua transmissão em tempo real pela *Web*, estão presentes as duas objeções aos limites morais do mercado delineadas por MICHAEL J. SANDEL: a da equanimidade ou simetria, conforme a doutrina de DANIEL SARMENTO, e a da corrupção.

A objeção da equanimidade lembra a injustiça que pode estar sendo praticada quando alguém compra e vende algo em condições de desigualdade ou necessidade econômica. De acordo com aqueles que fazem essa objeção, as alterações operadas no mercado nem sempre são tão voluntárias quanto querem fazer crer os entusiastas do mercado [...].

A objeção da corrupção é diferente. Ela frisa o efeito degradante da valoração e das trocas de mercado em certos bens e certas práticas. Segundo os que a sustentam, certos bens morais e cívicos são degradados ou corrompidos quando comprados ou vendidos<sup>482</sup>.

Assim, apesar da disseminação de tais “shows”, tanto nas mídias analógicas como nas digitais, a privacidade não deixa de ser afrontada.

Com base no argumento da equanimidade – que não impõe óbice à mercantilização dos bens, sejam eles quais forem, não importando se o bem é precioso, sacrossanto ou não tem preço –, o ponto nevrálgico é a assimetria material entre os envolvidos apta a gerar condições injustas de barganha em um contexto de desigualdade.

Já com força no argumento da corrupção, o caráter do bem privacidade propriamente dito e das normas que devem governá-lo não poderia admitir a cessão da maneira como observada, ainda que temporária, mesmo com a existência de condições

---

<sup>482</sup> MICHAEL J. SANDEL, *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*, p. 110-111.

justas de barganha<sup>483</sup>, pois até “numa sociedade sem diferenças injustas de poder e riqueza, continuaria havendo coisas que o dinheiro não deve comprar”<sup>484</sup>.

#### 4.5 Direitos da personalidade em espécie

Neste tópico, analisaremos de forma pormenorizada os direitos da personalidade que podem ter implicação no chamado “direito ao esquecimento”, os direitos à privacidade, à imagem e à honra, direitos fundamentais<sup>485</sup> que frequentemente constituem causa para a restrição das liberdades comunicativas.

O objetivo será conceituar e delimitar o sentido e alcance desses direitos da personalidade, iniciando por aquele que mais implicações traz ao tema estudado: a privacidade.

Frise-se que, quando em debate casos concretos, muitas vezes haverá uma interpenetração de tais direitos, em que pese o caráter autônomo de cada um, podendo ocorrer, no exercício das liberdades comunicativas, afronta concomitante a todos eles.

##### 4.5.1 Direito à privacidade

Em 1890, em Boston, nos Estados Unidos da América, a imprensa local, preocupada de maneira exacerbada em divulgar “mexericos de salão” da mulher de SAMUEL D. WARREN, elegante dama, filha de um senador da República e esposa de um prestigioso advogado, deu motivação para o jurista redigir um artigo intitulado *The right to privacy*<sup>486</sup>, na *Harvard Law Review*<sup>487</sup>, em parceria com um companheiro de banca,

<sup>483</sup> Conforme professado por ZYGMUNT BAUMAN (*Danos Colaterais: Desigualdades sociais numa era global*, p. 108): “o advento da sociedade confessional sinalizou o derradeiro triunfo da privacidade, que invadiu, conquistou e colonizou o espaço público, mas perdeu sua autonomia, seus traços característicos e seu privilégio mais valorizado e defendido com ardor”.

<sup>484</sup> MICHAEL J. SANDEL, *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*, p. 112.

<sup>485</sup> “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento: [...] III – a dignidade da pessoa humana; [...]. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros, residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; [...] X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...]” (grifos nossos).

<sup>486</sup> STEFANO RODOTÀ adverte que a concepção do direito à vida privada, na vertente o “direito a ficar só”, foi concebido por ROBERT KERR quarenta anos antes. A expressão é atribuída, entretanto, ao juiz norte-americano THOMAS M. COOLEY, tendo sido utilizada pela primeira vez em sua obra *Law of torts*, de 1880, no contexto de proteção contra contato físico indesejado.

<sup>487</sup> SAMUEL WARREN e LOUIS BRANDEIS, *The right to privacy*. Disponível em: <<http://faculty.uml.edu/sgallagher/Brandeisprivacy.htm>>. Acesso em: 1º ago. 2017.

L.D. BRANDEIS, que, em 1916, se tornaria um dos mais atuantes juízes da Suprema Corte americana<sup>488</sup>.

Em seus primórdios, identificada com a “era de ouro da burguesia”, o direito à privacidade estava atrelado à proteção da vida íntima e familiar das pessoas, com forte influência do modelo proprietário, assumindo uma conotação negativa que impunha aos outros um dever geral de abstenção, um não fazer, consubstanciado no direito a ser deixado só (*the right to be alone*)<sup>489</sup>.

WARREN e BRANDEIS não definiram em seu artigo o que seria a privacidade, apenas afirmando “que a *common law* garante a cada indivíduo, ordinariamente, o direito de determinar em que medida seus pensamentos, sentimentos e emoções, serão comunicados aos outros”<sup>490</sup>, conceito que difere qualitativamente da privacidade como “direito à autodeterminação informativa”, mais atual, “o qual concede a cada um de nós um real poder sobre nossas próprias informações, nossos próprios dados”<sup>491</sup>.

Em alguns países, especialmente da Comunidade Europeia, essa foi a evolução da tutela conferida ao direito à privacidade em virtude do desenvolvimento tecnológico ocorrido a partir da década de 1960, que levou à multiplicação de mecanismos para recolhimento, armazenamento, tratamento e utilização de dados pessoais<sup>492</sup>, especialmente como o advento das tecnologias da informação.

#### 4.5.1.1 Os vários conceitos de “privacidade”

A Carta de 1988 dispõe em seu art. 5º, inc. X, que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (...)”, erigindo a intimidade como um direito diverso à vida privada<sup>493</sup>.

PAULO JOSÉ DA COSTA JUNIOR, em sua clássica obra *O direito de estar só – tutela penal da intimidade*, escrita antes do advento da Constituição-cidadã de 1988,

---

<sup>488</sup> PAULO JOSÉ DA COSTA JUNIOR, *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*, p. 9-10.

<sup>489</sup> ANDERSON SCHREIBER, *Direitos da personalidade*, p. 137.

<sup>490</sup> MARCEL LEONARDI, *Tutela e Privacidade na Internet*, p. 53.

<sup>491</sup> STEFANO RODOTÀ, *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*, prefácio de MARIA CELINA BODIN DE MORAIS, p. 7.

<sup>492</sup> ANDERSON SCHREIBER, *Direitos da personalidade*, p. 137.

<sup>493</sup> Vale destacar que o Código Civil não faz menção expressa à intimidade, mas apenas à vida privada: “Art. 21. *A vida privada* da pessoa natural é inviolável e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma” (grifo nosso).

alicerçado em HENKEL e HUBMANN, doutrinou sobre a subdivisão da esfera da vida privada em círculos concêntricos de diâmetros progressivamente menores<sup>494</sup>.

Com base nessa teoria, o círculo externo seria abrangido pela esfera privada *stricto sensu*, no qual estariam compreendidos todos os comportamentos e acontecimentos que o indivíduo deseja que não se tornem de domínio público. Além da esfera privada, se situariam os processos, episódios e condutas de natureza pública, estando eles ao alcance da coletividade em geral. No bojo da esfera privada, estaria contida a intimidade, da qual participariam somente aquelas pessoas nas quais o indivíduo deposita certa confiança e com as quais mantém certa familiaridade. Neste âmbito, restaria excluído não apenas o público em geral, bem assim aquelas pessoas que privam com o indivíduo no âmbito mais amplo da privacidade. No âmago da esfera, estaria o menor dos círculos concêntricos, objeto de especial proteção contra a indiscrição, o segredo, parcela da vida particular conservada em sigilo pela pessoa, do qual compartilham, quando muito, alguns poucos amigos, não participando desta esfera sequer as pessoas da intimidade do sujeito<sup>495</sup>.

RENÉ ARIEL DOTTI, alicerçado nos ensinamentos de HEBARRE e RAYMOND LINDON, refere que a intimidade é algo diverso e menos amplo do que a vida privada, sendo um círculo concêntrico de menor raio que a outra, ressaltando, entretanto, que tal fronteira não se revela sempre nítida e fixa, cabendo à jurisprudência demarcá-la<sup>496</sup>.

Para CLAUDIO LUIZ BUENO DE GODOY, há verdadeira relação de gênero e espécie nos conceitos de vida privada e intimidade<sup>497</sup>.

CARLOS ALBERTO BITTAR fala de um direito geral à intimidade, “com particularizações quanto à imagem, ao segredo e à privacidade, dentre outras”<sup>498</sup>, asseverando que seu ponto nodal “encontra-se na exigência de isolamento mental ínsita no psiquismo humano, que leva a pessoa a não desejar que certos aspectos de sua personalidade e de sua vida cheguem ao conhecimento de terceiros”<sup>499</sup>.

---

<sup>494</sup> Apesar da popularidade e da influência na doutrina, a teoria dos círculos concêntricos foi alvo de diversas críticas, sendo considerada artificial e impraticável, e até mesmo chamada jocosamente como a “teoria da pessoa como uma cebola passiva” (MARCEL LEONARDI, *Tutela e Privacidade na Internet*, p. 59).

<sup>495</sup> PAULO JOSÉ DA COSTA JUNIOR, *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*, p. 31-32.

<sup>496</sup> RENÉ ARIEL DOTTI, *Proteção da vida privada e liberdade de informação*, p. 68.

<sup>497</sup> CLAUDIO LUIZ BUENO DE GODOY, *A Liberdade de Imprensa e os Direitos da personalidade*, p. 39.

<sup>498</sup> CARLOS ALBERT BITTAR, *Os direitos da personalidade*, p. 110.

<sup>499</sup> *Ibidem*, p. 111.

JOSÉ AFONSO DA SILVA dá preferência à expressão “direito à privacidade”, em um sentido genérico e amplo, englobando todas as manifestações da esfera íntima e privada da personalidade que o texto constitucional consagrou, admitindo, entretanto, que a intimidade teria um sentido mais restrito, como a inviolabilidade de domicílio, o sigilo de correspondência e o segredo profissional.

Forte na lição de J. MATOS PEREIRA, o autor define privacidade como “o conjunto de informações acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito”<sup>500</sup>.

Em posicionamento diverso, BITTAR informa que, enquanto o direito à intimidade envolve aspectos mais amplos da esfera privada, a exemplo da pessoa em sua introspecção e na extensão do lar, da comunicação direta e da correspondência, “o sigilo refere-se a fatos específicos, conservados no âmago da consciência por não convir ao interessado a sua divulgação, seja em virtude de razões personalíssimas (confidências) seja em razão de atividade profissional ou comercial”<sup>501</sup>.

Para STEFANO RODOTÀ, a privacidade deve ser considerada também como um direito de manter o controle sobre suas informações e de determinar a maneira de construir sua própria esfera particular<sup>502</sup>.

Os diversos conceitos apresentam vagueza e indefinição, e até mesmo certa confusão, no que seria a privacidade<sup>503</sup>, a intimidade e o segredo.

MARCEL LEONARDI observa que:

[...] dependendo do doutrinador consultado, encontram-se conceitos abrangentes ou restritivos [...]. Assuntos como liberdade de pensamento, controle sobre o próprio corpo, quietude do lar, recato, controle sobre informações pessoais, proteção da reputação, proteção contra buscas e investigações, desenvolvimento da personalidade, autodeterminação

---

<sup>500</sup> JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Comentário contextual à Constituição*, p. 102.

<sup>501</sup> CARLOS ALBERTO BITTAR, *Os direitos da personalidade*, p. 123-124.

<sup>502</sup> STEFANO RODOTÀ, *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*, p. 15.

<sup>503</sup> E essa indefinição não é característica do cenário nacional, sendo encontrada em diferentes países. MARCEL LEONARDI alerta que o problema não se reduz à dicotomia entre o modelo da *civil law* e da *common law*, em que pesem as diferenças substanciais entre os sistemas na fundamentação da privacidade, estando o modelo romano-germânico lastreado na dignidade, e o anglo-saxão, na liberdade, pois “mesmo entre os sistemas de *common law* do Reino Unido e dos Estados Unidos, há diferenças significativas entre o âmbito de proteção do direito à privacidade” (*Tutela e Privacidade na Internet*, p. 49-50).

informativa, entre outros, são excluídos ou incluídos, de acordo com a definição adotada<sup>504</sup>.

Assim, no desenvolvimento desse estudo<sup>505</sup>, será adotada a expressão “direito à privacidade” de maneira genérica, firme no propósito de que sua tutela seja conferida de modo mais amplo possível.

Observa-se, porém, que os “conceitos” de direito à privacidade são enquadrados em três modalidades: (i) o direito a ser deixado em paz e sua vertente do resguardo contra interferências alheias; (ii) a questão do sigilo ou segredo; (iii) “o direito de manter o controle sobre suas próprias informações e de determinar a maneira de construir sua própria esfera particular”<sup>506</sup>.

O primeiro dos conceitos, já mencionado parágrafos acima, formulado por SAMUEL D. WARREN e LOUIS D. BRANDEIS, revela-se bastante restrito, apesar de sua influência não só na doutrina e jurisprudência americanas como em outros países. Em artigo seminal sobre o assunto, os autores falavam das ameaças à privacidade representadas pelo advento das “fotografias instantâneas” e da “indústria de jornais”, mas não definiam o que estava ou não incluso em seu âmbito de proteção.

A respeito do problema conceitual da originária definição de privacidade como “estar só” ou o “direito de ser deixado em paz”, LEONARDI assevera que:

[...] seria possível concluir que qualquer conduta direcionada a outra pessoa, quer lícita ou não – uma agressão física, ou simplesmente pedir informações quando se está perdido, por exemplo – seria uma violação de sua privacidade. Tutelar a privacidade nessa medida significaria aniquilar o convívio humano e a formação de relações sociais; é por isso que se afirma que a intimidade só faz sentido como fenômeno emergente da vida em sociedade, de relações intersubjetivas<sup>507</sup>.

Na vertente do resguardo contra interferências alheias, PAULO JOSÉ DA COSTA JUNIOR o associa ao direito à intimidade, “o direito de que dispõe o indivíduo de não ser arrastado para a ribalta contra a vontade”<sup>508</sup>, subtraindo-se à publicidade, mantendo

---

<sup>504</sup> MARCEL LEONARDI, *Tutela e Privacidade na Internet*, p. 48.

<sup>505</sup> Vale destacar que até mesmo o Tribunal Europeu de Direitos Humanos asseverou “não considerar possível, nem necessário, procurar uma noção exaustiva para a noção de vida privada” (Ibidem, p. 49).

<sup>506</sup> STEFANO RODOTÀ, *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*, p. 15.

<sup>507</sup> MARCEL LEONARDI, *Tutela e Privacidade na Internet*, p. 54.

<sup>508</sup> PAULO JOSÉ DA COSTA JUNIOR, *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*, p. 39.

afastados dessa esfera de reserva “olhos e ouvidos indiscretos, e o direito de impedir a divulgação de palavras, escritos e atos”<sup>509</sup>.

No entanto, tal conceito também é restritivo por não delimitar a razoabilidade das intromissões. Conforme pontuado por LEONARDI, mesmo com a afirmação de que tal resguardo é constituído pelos elementos distintos do segredo, anonimato e solidão, estariam excluídas do conceito “atividades como a coleta, o armazenamento e o processamento de dados pessoais que não revelem segredos, não identifiquem imediatamente a pessoa nem perturbem a solidão”<sup>510</sup>.

No que concerne à questão do sigilo ou segredo, a indefinição também é gritante, pois inexistente relação direta entre segredo e privacidade, visto que esta é mais abrangente do que o impedimento da divulgação de informações secretas.

Ainda conforme as lições de LEONARDI:

[...] há informações secretas que não são privadas, tais como planos militares, e assuntos privados que não são secretos, tal como a relação de débitos de alguém. [...]. Entre outros elementos, a privacidade inclui a possibilidade de o indivíduo autorizar a divulgação de informações a seu respeito do modo que desejar<sup>511</sup>.

No tocante à última categoria, envolvendo o controle de informações e dados pessoais, afigura-se verdadeira evolução na definição de privacidade, em uma visão mais dinâmica e relacional. Devido à sua importância para o desenvolvimento deste estudo, o próximo capítulo abordará em profundidade a matéria.

Por ora, ressaltamos que os avanços da tecnologia levaram ao estreitamento dos círculos privados, possibilitando, inclusive, a longa distância, a invasão da privacidade dos indivíduos por meio do uso de teleobjetivas, dispositivos miniaturizados de microfones, câmeras fotográficas, gravadores e outros aparatos<sup>512</sup>. No campo da informática, ocasionaram o surgimento de uma sociedade alicerçada na coleta, acumulação e circulação de dados, no qual o poder está calcado na informação. Instituições públicas e privadas promovem o armazenamento de informações pessoais e,

---

<sup>509</sup> PAULO JOSÉ DA COSTA JUNIOR, *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*, p. 40.

<sup>510</sup> MARCEL LEONARDI, *Tutela e Privacidade na Internet*, p. 61.

<sup>511</sup> *Ibidem*, p. 66.

<sup>512</sup> CARLOS ALBERTO BITTAR, *Os direitos da personalidade*, p. 116.

em muitos casos, divulgam e vendem tais dados, aumentando a vulnerabilidade dos indivíduos.

A navegação na Internet e o acesso a *sites* e redes sociais, a postagem de informações em *blogs* e *tweets*, a disponibilização de fotos e vídeos na *Web*, mesmo que não apresentem interesse público, permitem o arquivamento em nuvens cibernéticas de informações pessoais sobre os hábitos de busca e navegação, bem como, no caso das postagens, o acesso ao conteúdo por meio de buscadores digitais.

DANILO DONEDA alerta que tais dados acabam por gerar nossa representação virtual, um *avatar* que poderá vir a ser utilizado para análise de concessão de linhas de crédito, de planos de saúde, obtenção de um emprego, passagem pela alfândega de um país<sup>513</sup>, entre outras hipóteses<sup>514</sup>.

Por isso, a informação pessoal está ligada à privacidade por uma equação simples e básica “que associa um maior grau de privacidade à menor difusão de informações pessoais e vice-versa”<sup>515</sup>.

Nesta última categoria, a proteção de dados pessoais despidos de interesse público, parte da doutrina admite<sup>516</sup>, com algum temperamento, algo como um “direito ao esquecimento”, desde que o apagamento ou alteração das informações não ameace as liberdades comunicativas ou o estudo da História<sup>517</sup>.

---

<sup>513</sup> Rememore-se a *Terrorist Watch List*, apelidada de *no-fly list*, criada após a promulgação do polêmico *USA Patriot Act*, na esteira dos atentados terroristas de 11 de setembro de 2001. O documento apresentava uma listagem dos nomes de passageiros que, por apresentar risco à segurança de voo nos EUA, deveriam ser impedidos de embarcar ou ser submetidos à revista rigorosa. Os critérios para alguém ser considerado “risco” deveriam ser bastante elásticos. ANDERSON SCHREIBER (*Direitos da personalidade*, p. 143) nos conta que, além de um professor emérito da Universidade de Princeton, Walther Murphy, estar no rol da *no-fly list*, provavelmente por ter dirigido críticas às medidas implementadas pelo Governo Bush, lá constava o nome do fuzileiro naval Daniel Brown, que, retornando uniformizado do Iraque, onde havia combatido por oito meses, foi impedido de embarcar, durante escala no aeroporto de Los Angeles, em um voo para Minneapolis, sua terra natal.

Outro caso que merece destaque é o de Andrew Feldmar, contado por VIKTOR MAYER-SCHÖNBERGER (*Delete: the virtue of forgetting in the digital age*, p. 3-4). Em 2006, ao tentar atravessar a fronteira Canadá/EUA, para buscar um amigo no aeroporto de Seattle, Feldmar enfrentou problemas com a polícia, após os agentes estaduais realizarem uma pesquisa na Internet com seu nome e descobrirem que ele havia redigido um artigo para um jornal em 2001 relatando suas experiências com LSD nos anos de 1960. Em que pese já ter atravessado a fronteira centenas de vezes, Feldmar não pôde cruzá-la quando a pesquisa na Internet revelou o uso de drogas no passado, e está impedido de entrar nos EUA.

<sup>514</sup> DANILO DONEDA, *Da privacidade à proteção de dados pessoais*, p. 2.

<sup>515</sup> Idem, *A proteção de dados pessoais como um direito fundamental*, p. 94.

<sup>516</sup> DANIEL SARMENTO, *Liberdades comunicativas e “Direito ao esquecimento” na ordem constitucional brasileira*, p. 47.

<sup>517</sup> No Capítulo seguinte, há um tópico destinado ao desenvolvimento deste tema.

O transcurso do tempo, elemento imprescindível ao falarmos sobre o direito ao esquecimento, pode gerar no indivíduo tal expectativa, algo como uma barreira de reserva, permitindo-lhe confiar que “la información personal que una vez fue publica e conocida, pero ha dejado de ser actual y no es objeto de atención pública, se considera como reservada y no como una res nullius publicable por cualquiera em cualquier momento, salvo que concurra um interés publico”<sup>518</sup>.

O advento das tecnologias da informação e comunicação que possibilitam o armazenamento, a recuperação e o cruzamento de dados tem colocado em xeque a expectativa razoável de reserva dos indivíduos. No entanto, as informações pessoais desatualizadas e obsoletas que não revelem interesse público, disponibilizadas pela *Web*, podem ser parte de um passado que não queremos que seja conhecido pelo público. Mas, para que tal pretensão seja satisfeita, há de ser realizada sua ponderação com outros direitos e interesses que com ela conflitem, como é o caso das liberdades comunicativas.

#### 4.5.2 *Direito à imagem*

A imagem, em sentido técnico-jurídico, pode ser concebida como a representação física da pessoa humana que possibilita a sua identificação.

CARLOS ALBERTO BITTAR elucida que o direito à imagem:

consiste no direito que a pessoa tem sobre a sua forma plástica e respectivos componentes distintos (rostro, olhos, perfil, busto) que a individualizam no seio da coletividade. Incide, pois, sobre a conformação física da pessoa, compreendendo esse direito um conjunto de caracteres que a identifica no meio social [...] é o vínculo que une a pessoa à sua expressão externa, tomada no conjunto, ou em partes significativas (como a boca, os olhos, as pernas, enquanto individualizadoras da pessoa)<sup>519</sup>.

LUIZ ALBERTO DAVID ARAÚJO pontua que existem duas imagens no texto constitucional, sendo “a primeira, a imagem-retrato, decorrente da expressão física do indivíduo; a segunda, a imagem-atributo, como o conjunto de características apresentadas socialmente por determinado indivíduo”<sup>520</sup>. Segundo o autor, a imagem-atributo seria um

<sup>518</sup> LUIS JAVIER MIERES MIERES, *El derecho al olvido digital*, p. 14. Disponível em: <[http://www.fundacionalternativas.org/public/storage/laboratorio\\_documentos\\_archivos/e0d97e985163d78a27d6d7c23366767a.pdf](http://www.fundacionalternativas.org/public/storage/laboratorio_documentos_archivos/e0d97e985163d78a27d6d7c23366767a.pdf)>. Acesso em: 31 jul. 2017.

<sup>519</sup> CARLOS ALBERTO BITTAR, *Os direitos da personalidade*, p. 94. Observe-se que há pessoas que podem ser facilmente identificáveis por um único aspecto físico, como a boca da atriz Angelina Jolie, a pinta na perna da apresentadora de televisão Angélica, o nariz da cantora Barbra Streisand.

<sup>520</sup> LUIZ ALBERTO DAVID ARAÚJO, *A proteção constitucional da própria imagem*, p. 31-32.

bem autônomo, “consequência da vida em sociedade [...]. São características que acompanham determinada pessoa em seu conceito social [...]”<sup>521</sup>.

Para exemplificar a última modalidade, cita a hipótese da veiculação de notícia falsa a respeito da devoção a determinada religião de um ateu radical, observando que, apesar de inexistir ofensa à honra, há violação à imagem-atributo<sup>522</sup>.

Ousamos discordar do entendimento. Dependendo do credo ao qual o “ateu radical” for vinculado pela notícia equivocada – e imaginemos o caso do indivíduo que, além de descrente, seja defensor empedernido da causa ambiental –, haverá abalo à honra, a exemplo de alguma religião ou seita que promova o sacrifício de animais em seus rituais. Por outro lado, um erro de apuração na reportagem que o vincule sem maiores ultrajes a alguma confissão religiosa poderia causar desconforto e levar a uma retificação, mas não conseguimos visualizar afronta nem à imagem nem à honra.

Como sintetiza REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA:

O direito à imagem é autônomo, não se confundindo com a honra e a intimidade. Muito embora haja quem a classifique como imagem-retrato e imagem-atributo, a primeira como aparência física, ou forma plástica da pessoa, e a segunda como a imagem social, que é o conjunto de caracteres que a pessoa apresenta socialmente, preferimos destacar um direito do outro, reservando à imagem “a projeção física e plástica do indivíduo” e à honra, nos seus mais variados aspectos, dos pessoais aos profissionais “o conjunto de atributos cultivados pela pessoa, reconhecidos socialmente” ou “visão social do indivíduo”, inclusive quando reproduzida por meio de biografia”<sup>523</sup>.

SONIA MARIA D’ELBOUX observa que a ofensa à reputação de uma pessoa ou ao conceito que ela tem de si mesma constitui afronta à honra, objetiva ou subjetiva, outro direito fundamental da personalidade, mas não à imagem. Pontua, ademais, que existe circunstância em que a publicação de um retrato pode causar abalo à honra de uma pessoa e exemplifica com o caso de fotos trocadas, em que a imagem de um cidadão honesto é publicada como sendo a de um criminoso<sup>524</sup>.

No mais, pode haver ofensa ao direito de imagem e inexistir afronta à honra. Basta rememorarmos o clássico exemplo da fotografia de uma modelo, de uso autorizado

<sup>521</sup> LUIZ ALBERTO DAVID ARAÚJO, *A proteção constitucional da própria imagem*, p. 31.

<sup>522</sup> *Ibidem*, p. 36.

<sup>523</sup> REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA, *Sistema protetivo dos direitos da personalidade*, p. 49.

<sup>524</sup> SONIA MARIA D’ELBOUX, *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade: Tensões e limites*, p. 88.

para específica campanha publicitária, utilizada para outro fim idôneo, eventualmente pela mesma agência responsável pelo primeiro trabalho, em outra divulgação<sup>525</sup>.

Logo, ao tratarmos de direito à imagem nesse estudo, estaremos nos restringindo à imagem-retrato, definida como a representação da pessoa humana por meio de fotografias, desenhos, caricaturas, pinturas etc., aptas a identificá-la.

Outro ponto digno de nota na doutrina sobre o direito à imagem se refere à confusa redação do inc. V do art. 5º da CF<sup>526</sup>, que dá vazão a dúvidas por sinalizar que a indenização poderia se dar por dano moral, material ou imagem, como se esta última fosse outra categoria de dano indenizável.

LUIZ ALBERTO DAVID ARAÚJO formula interessante entendimento sobre o dispositivo dizendo que o mencionado inciso protege a chamada imagem-atributo, enquanto o inc. X do art. 5º protegeria a imagem-retrato. Assim, segundo o autor, “o constituinte pretendeu demonstrar que, havendo violação da imagem-atributo, deve haver indenização, sem qualquer demonstração de prejuízo (redução patrimonial) ou mesmo existência de dor profunda (dano moral)”<sup>527</sup>.

No entanto, consideramos que a lesão à imagem não pode ser entendida como uma terceira forma de dano indenizável, visto que a lesão a tal direito da personalidade poderá ter como consequência um dano material, um dano moral ou ambos.

#### 4.5.3 *Direito à honra*

Buscando proteger a reputação ou a consideração social do sujeito, o direito à honra pode ser definido como “a dignidade pessoal refletida na consideração dos outros e no sentimento da própria pessoa”<sup>528</sup>.

Conforme a doutrina<sup>529</sup>, o conceito de direito à honra acolhe duas dimensões: a objetiva, também chamada de externa, caracterizada pela reputação, fama, estima e

<sup>525</sup> CLAUDIO LUIZ BUENO DE GODOY, *A Liberdade de Imprensa e os Direitos da personalidade*, p. 45.

<sup>526</sup> O inc. V do art. 5º da CF dispõe que: “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”.

<sup>527</sup> LUIZ ALBERTO DAVID ARAÚJO, *A proteção constitucional da própria imagem*, p. 110 e 124.

<sup>528</sup> ADRIANO DE CUPIS, *Direitos da personalidade*, p. 122.

<sup>529</sup> CLAUDIO LUIZ BUENO DE GODOY, *A Liberdade de Imprensa e os Direitos da personalidade*, p. 28-29; SONIA MARIA D'ELBOUX, *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade: Tensões e limites*, p. 23; CARLOS ALBERTO BITTAR, *Os direitos da personalidade*, p. 133.

consideração que goza a pessoa perante a coletividade; e a subjetiva ou interna, cujos aspectos são a consciência do valor moral e social do indivíduo, o sentimento da própria dignidade e decoro<sup>530</sup>.

Alguns doutrinadores dividem tal direito da personalidade em várias subespécies, como a honra individual, a honra civil, a honra política, a honra profissional, a honra artística, a honra científica, a honra conjugal, entre outras<sup>531</sup>. No entanto, neste estudo, utilizamos a expressão “direito à honra” de maneira ampla.

A necessidade de proteção da honra decorre da sensibilidade da opinião pública a notícias negativas e desagradáveis, devendo o ordenamento jurídico preservar tal valor não somente para satisfação pessoal do interessado, mas para “possibilitar-lhe a progressão natural e integral, em todos os setores da vida na sociedade (social, econômica, profissional e política)”<sup>532</sup> e, além disso, fora da dimensão privatística e individual, também para manutenção da estrutura social, tendo em vista a vida em comunidade e as interações interpessoais.

De maneira geral, o direito à honra é limitado pela veracidade<sup>533</sup> do fato imputado ao sujeito com ressalvas à privacidade. LUÍS ROBERTO BARROSO informa que, excepcionalmente, a doutrina admite, e a legislação de alguns países autoriza<sup>534</sup>, que se proíba a divulgação de fatos verdadeiros, mas detratores da honra individual, a que se denomina “segredo da desonra”<sup>535</sup>.

O mesmo autor frisa, porém, que os fatos que comportam essa exceção envolvem, de forma geral, circunstâncias de caráter eminentemente privados, não sendo

---

<sup>530</sup> Observe-se que, no Direito Penal, a honra subjetiva está associada ao conceito de injúria, e a honra objetiva é atrelada aos crimes de calúnia e difamação.

<sup>531</sup> REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA, *Sistema protetivo dos direitos da personalidade*, p. 45; CLAUDIO LUIZ BUENO DE GODOY, *A Liberdade de Imprensa e os Direitos da personalidade*, p. 29; CARLOS ALBERTO BITTAR, *Os direitos da personalidade*, p. 135.

<sup>532</sup> CARLOS ALBERTO BITTAR, *Os direitos da personalidade*, p. 134-135.

<sup>533</sup> Ao falarmos dos meios de comunicação, vide as considerações realizadas sobre o conceito de verdade no Capítulo 3. Basta, por ora, rememorarmos, no que concerne à liberdade de informação, distinta da liberdade de expressão, que nem tudo o que é verdade pode ser divulgado, mas tudo o que for divulgado deve ser verdadeiro.

<sup>534</sup> O autor cita como exemplo a Inglaterra.

<sup>535</sup> LUÍS ROBERTO BARROSO, *Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação*, p. 77.

possível a evocação do “segredo da desonra”<sup>536</sup> em relação à prática de crimes, acontecimentos de repercussão social por natureza<sup>537</sup>.

No entanto, a divulgação de uma informação verdadeira que não seja atual pode ocasionar danos ao apresentar um falseamento da imagem de uma pessoa por conectá-la a fatos que não mais correspondam à realidade presente, desmerecendo sua reputação na sociedade.

Como frisado por LUIS JAVIER MIERES MIERES, “una información verdadera, pero intempestiva por obsoleta, pueda afectar la vida de relación del afectado al situarle bajo una luz falsa que comporte que sea objeto de valoraciones o juicios de otros que le perjudiquen”<sup>538</sup>.

Reconhecendo que, não raro, honra e privacidade sejam afrontadas pelo mesmo sujeito, concomitantemente, ou guardando distância de tempo e espaço mínimos, aptos a caracterizar um concurso de infrações, RENÉ ARIEL DOTTI promove a distinção entre os direitos da personalidade asseverando que a honra é um dos bens integrantes da vida de relação social, porém dela se distingue a intimidade, pela sua tradução como um sentimento e uma vontade de refúgio, de afastamento e de não participação<sup>539</sup>, denotando sua filiação ao tradicional, mas já superado, conceito de privacidade elaborado por WARREN e BRANDEIS.

BITTAR pontua que a honra acompanha a pessoa desde o nascimento, por toda a vida e mesmo depois da morte<sup>540</sup>, reconhecendo a persistência de seus efeitos mesmo para aqueles que já faleceram.

Entretanto, não partilhamos do entendimento, pois, conforme já assinalado no tópico sobre características essenciais dos direitos da personalidade, com a morte<sup>541</sup>

---

<sup>536</sup> O § 2º do art. 21 da revogada Lei de Imprensa, Lei nº 5.250/1967 (vide ADPF nº 130), previa o “segredo da desonra” nos seguintes termos: “§ 2º Constitui crime de difamação a publicação ou transmissão, salvo se motivada por interesse público, de fato delituoso, se o ofendido já tiver cumprido pena a que tenha sido condenado em virtude dele”.

<sup>537</sup> LUÍS ROBERTO BARROSO, *Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação*, p. 77.

<sup>538</sup> LUIS JAVIER MIERES MIERES, *El derecho al olvido digital*, p. 16. Disponível em:

<[http://www.fundacionalternativas.org/public/storage/laboratorio\\_documentos\\_archivos/e0d97e985163d78a27d6d7c23366767a.pdf](http://www.fundacionalternativas.org/public/storage/laboratorio_documentos_archivos/e0d97e985163d78a27d6d7c23366767a.pdf)>. Acesso em: 31 jul. 2017.

<sup>539</sup> RENÉ ARIEL DOTTI, *Proteção da vida privada e liberdade de informação*, p. 86.

<sup>540</sup> CARLOS ALBERTO BITTAR, *Os direitos da personalidade*, p. 133.

<sup>541</sup> Não adentraremos no conceito de morte, bastante tormentoso não só para as ciências jurídicas, pois a discussão fugiria do tema do trabalho, mas aqui nos referimos à morte encefálica, biológica.

extingue-se a pessoa deixando ela de ser titular de direitos e obrigações. Há permanência do direito à memória<sup>542</sup>.

No mais, apesar de o foco do nosso estudo ser o direito ao esquecimento da pessoa natural, deve ser observado que à pessoa jurídica, em sua dimensão objetiva, é assegurada a proteção à honra, mormente em razão da pacificação pela Súmula 227 do STJ, que dispõe que “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”, e posteriormente pelo art. 52 do Código Civil, *in verbis*: “Aplicam-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade”.

#### 4.5.4 Circunstâncias fáticas comuns na hipótese de colisão entre direitos fundamentais da personalidade e direito às liberdades comunicativas: alguns critérios argumentativos

Há uma série de variáveis que podem descaracterizar, na análise do caso concreto e após a aplicação da regra da proporcionalidade, a afronta aos direitos fundamentais à privacidade, à imagem e à honra do indivíduo.

Ao apresentarmos tais parâmetros construídos pela doutrina e pela jurisprudência ao longo dos anos, ressaltamos que não estamos a adotar as teorias do suporte fático restrito ou a dos limites imanentes, visto que o pressuposto teórico adotado nesse estudo implica a concepção relativa do conteúdo essencial dos direitos fundamentais<sup>543</sup>, variável conforme as circunstâncias de cada caso concreto e determinado após a aplicação da regra da proporcionalidade.

Objetivamos apenas tecer algumas considerações sobre argumentos que possam vir a ser utilizados para conferir um peso maior a um ou outro princípio quando da aplicação do sopesamento.

A doutrina concebe uma distinção entre a tutela da privacidade da pessoa privada, digamos comum, e a da pessoa notória, também denominada “pessoa pública”<sup>544</sup>

<sup>542</sup> Sendo os direitos da personalidade intransmissíveis, em caso de ofensa à memória do *de cuius*, ocorre a transmissão não do direito à honra, mas do exercício de ação aos seus herdeiros, que agirão à mercê de direito próprio, visto que a ofensa ao defunto também pode ser afrontosa aos seus parentes.

<sup>543</sup> VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 184-185.

<sup>544</sup> Alguns autores repudiam o uso da expressão “pessoa pública”, como ANDERSON SCHREIBER (*Direitos da personalidade*, p. 113-114). Outros utilizam-na como sinônimo de agentes públicos (SONIA MARIA D’ELBOUX, *A liberdade de imprensa os direitos da personalidade: Tensões e limites*, p. 147). Neste estudo, ela é adotada no sentido de pessoas que, por qualquer notoriedade, em qualquer campo – político, econômico, artístico, desportivo, cultural –, têm a esfera de sua privacidade reduzida. Nas palavras de CLAUDIO LUIZ BUENO DE GODOY, alicerçado em COSTA ANDRADE, são as “pessoas da história de seu tempo

ou “célebre”, pois nestes casos considera-se que há alteração na abrangência do direito à privacidade. Não é a pessoa propriamente dita, mas o cargo ou a posição social ocupada, ou mesmo aspirada, que será determinante para a circunscrição de sua intimidade e privacidade.

Conforme lição de BITTAR:

[...] Existem graus diferentes na escala de valores comunicáveis ao público, em função exatamente da posição do titular [...]. Assim, há que da esfera privada separar-se ações que se encartam no plano relacional e que se dimensionam em função da condição de notoriedade da pessoa, se, de um lado, comum, ou, de outro, político, artista ou desportista, abrindo-se mais o leque com respeito às últimas<sup>545</sup>.

LUÍS ROBERTO BARROSO tece a expressão “grau de exposição pública da pessoa”, em virtude do seu cargo ou atividade, ou de alguma circunstância eventual<sup>546</sup>, como elemento decisivo na determinação da intensidade da proteção à privacidade.

Isso não significa que a personalidade pública não possua privacidade, mas que sua esfera é mais restrita que a do homem comum<sup>547</sup>. Outrossim, a divulgação de

---

em sentido absoluto”, ou *Personen der Zeitgeschichte* do direito e jurisprudência da Alemanha (A *Liberdade de Imprensa e os Direitos da personalidade*, p. 71).

<sup>545</sup> CARLOS ALBERTO BITTAR, *Os direitos da personalidade*, p. 112-113.

<sup>546</sup> Também merece ser frisada a questão do vedetismo a que se entregam pessoas notórias, chamando a atenção sobre si, até mesmo sobre a própria intimidade, em verdadeira autopromoção. Passado algum tempo, convertidas a algum credo ou arrependidas de tamanha exposição midiática, se arvoram no direito à privacidade para impedir que tais fatos sejam memorados, agora sob a alegação do direito a ser esquecido (HERMANO DUVAL, *Direito à imagem*, p. 141 *apud* CLAUDIO LUIZ BUENO DE GODOY, A *Liberdade de Imprensa e os Direitos da personalidade*, p. 74).

Caso bastante curioso sobre arrependimento, mas envolvendo pessoa comum e, pelo que consta, sem o intento de autopromoção, se deu com o adolescente Nissim Ourfali, cujo vídeo para celebrar seu *Bar Mitzvah*, postado no *YouTube* pelos próprios familiares, parodiando a música *What makes you beautiful*, do grupo *One Direction*, viralizou na Rede. Representado pelos pais, Nissim ingressou com demanda judicial contra o *Google* pedindo a retirada do videoclipe com base em seus direitos à imagem e à intimidade. O pedido foi indeferido pelo juízo de primeiro grau, não somente pelo fato de a postagem no *site* ter ocorrido de forma espontânea, mas também devido à duvidosa possibilidade técnica de retirada da Internet de todos os *links* de acesso.

<sup>547</sup> Exemplificamos com a hipótese de um Chefe de Estado, ou um candidato a relevante cargo público, sofrer de uma doença grave, como uma neoplasia. Apesar da consideração como um dado sensível, visto se tratar de uma informação sobre a saúde do indivíduo, em homenagem ao interesse público não deverá a informação ser ocultada da população. Ressalvamos, porém, que caso totalmente diferente se refere à divulgação de informações sigilosas do prontuário médico de pacientes, como ocorrido com a ex-primeira-dama Marisa Letícia Lula da Silva. Como divulgado pela imprensa, nesse episódio, em afronta aos mais comecinhos princípios da ética médica, horas depois da internação de Marisa no Hospital Sírio-Libanês, uma médica teria enviado mensagens a um grupo de *WhatsApp* de antigas colegas de faculdade informando o diagnóstico do paciente, além de realizar comentários jocosos à ex-primeira-dama, sendo que alguns membros do grupo de *WhatsApp* teriam se divertido com a doença da paciente e lhe desejado a morte. (CLÁUDIA COLUCCI. *Dados de Marisa no WhatsApp mostram que ódio venceu ética médica*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/colunas/claudiacolucci/2017/02/1855365-dados-de-marisa-no-whatsapp-mostram-que-odio-venceu-etica-medica.shtml>>. Acesso em: 23 fev. 2017).

informações a respeito da privacidade<sup>548</sup> da pessoa notória deve ser de interesse público<sup>549</sup>, que não deve ser confundido com interesse do público, alimentado com a boataria e o sensacionalismo da imprensa.

Outro ponto polêmico se refere ao parâmetro do “lugar público”.

Ao definir direito à privacidade, LUÍS ROBERTO BARROSO pontua que:

a intimidade e a vida privada são esferas diversas, compreendidas em um conceito mais amplo: o direito de privacidade. Dele decorre o reconhecimento da existência, na vida das pessoas, de espaços que devem ser preservados da curiosidade alheia, por envolverem o modo de ser de cada um, as suas particularidades. *Aí estão incluídos os fatos ordinários, ocorridos geralmente no âmbito do domicílio ou em locais reservados*, como hábitos, atitudes, comentários, escolhas pessoais, vida familiar, relações afetivas. Como regra geral, não haverá interesse público em ter acesso a esse tipo de informação<sup>550</sup> (grifos nossos).

No entanto, consideramos que mesmo em ambientes públicos há privacidade<sup>551</sup>. Como ressaltado por SCHREIBER, ninguém deixa sua privacidade em casa quando sai à rua<sup>552</sup>.

MARCEL LEONARDI cita como exemplos o caso da mãe que amamenta seu filho em público e que, provavelmente, não deseja ver fotos dos seus seios na *Web*, ou de obesos que, ao frequentarem parques ou praias em trajes de banho, não autorizam críticas à sua forma física em exposições fotográficas na Internet<sup>553</sup>.

SCHREIBER diz que o critério do lugar público subverte o discurso em torno da privacidade, pois a “expectativa do retratado deve assumir papel central, preservando-

---

<sup>548</sup> Caso emblemático envolvendo hábitos e a sexualidade, verdadeiros dados sensíveis do indivíduo, foi protagonizado pelo senador norte-americano Roy Ashburn. Opositor dos direitos dos homossexuais com sua agenda política reacionária, o parlamentar, divorciado e pai de quatro filhos, foi detido em 2010, em Sacramento, ao sair dirigindo embriagado de um bar “GLS”. Ao ser pressionado pela mídia, Ashburn revelou sua orientação homossexual, causando perplexidade em seus eleitores. Nesse episódio, apesar da natureza íntima das informações, não há como negar a existência de interesse público, não só pelo fato de um legislador pautado no conservadorismo ser apanhado alcoolizado na direção de veículo automotor, mas, principalmente, pela absoluta incoerência entre defesa político-ideológica e sua conduta na vida pessoal.

<sup>549</sup> Conforme já definido no Capítulo 3 deste estudo.

<sup>550</sup> LUÍS ROBERTO BARROSO, *Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação*, p. 76.

<sup>551</sup> Caso ilustrativo é o da ex-modelo e apresentadora Daniela Cicarelli, que, mesmo estando em local público, não poderia ter tido sua privacidade violada por lentes de um cinegrafista a longa distância enquanto se divertia com seu namorado em uma praia espanhola.

<sup>552</sup> ANDERSON SCHREIBER, *Direitos da personalidade*, p. 147.

<sup>553</sup> MARCEL LEONARDI, *Tutela e Privacidade na Internet*, p. 66.

se, à luz da boa-fé objetiva, um ambiente compatível com a lealdade recíproca e a mútua confiança”<sup>554</sup>.

Neste conceito se inclui o que pode ser chamado de “privacidade em público”, o que não é uma contradição em termos, visto que, “a pesar de estar en un lugar público, podemos tener la pretensión legítima de que nuestros actos o nuestra presencia no se divulguen más allá del círculo de personas que tienen acceso directo a nosotros”<sup>555</sup>. No mais, o estabelecimento de áreas de ocultação ou separação frente aos demais com o objetivo de evitar a observação ou a prestação de eventuais justificativas de conduta gera uma expectativa razoável de privacidade nos indivíduos, em que subjaz a pretensão de respeito por terceiros.

Assim, apenas em hipóteses excepcionais devem ser admitidas a captação e a divulgação de qualquer manifestação pessoal do sujeito sem o seu consentimento, impondo-se “uma ponderação criteriosa, que admita o sacrifício da privacidade apenas se necessário (e na exata medida em que for necessário) para a realização de outro interesse que, nas circunstâncias de cada caso concreto, afigure-se ainda mais relevante sob o prisma constitucional”<sup>556</sup>.

Entre outros parâmetros argumentativos hábeis para uma ponderação racional entre as liberdades comunicativas e o direito à privacidade, aponta a doutrina<sup>557</sup> a existência de exigências de ordem histórica<sup>558</sup>, científica, cultural ou artística; as de cunho

<sup>554</sup> ANDERSON SCHREIBER, *Direitos da personalidade*, p. 148.

<sup>555</sup> LUIS JAVIER MIERES MIERES, *El derecho al olvido digital*, p. 14. Disponível em: <[http://www.fundacionalternativas.org/public/storage/laboratorio\\_documentos\\_archivos/e0d97e985163d78a27d6d7c23366767a.pdf](http://www.fundacionalternativas.org/public/storage/laboratorio_documentos_archivos/e0d97e985163d78a27d6d7c23366767a.pdf)>. Acesso em: 31 jul. 2017.

<sup>556</sup> ANDERSON SCHREIBER, *Direitos da personalidade*, 148.

<sup>557</sup> CARLOS ALBERTO BITTAR, *Os direitos da personalidade*, p. 115.

<sup>558</sup> RENÉ ARIEL DOTTI (*Proteção da vida privada e liberdade de informação*, p. 204-205) doutrina que “o interesse da História revela-se uma das formas mais ‘elevadas’ de invasão da vida privada, na qual os aspectos culturais e intelectuais de um fato se sobrepõem ao interesse individualista da proibição de sua divulgação. Trata-se de certos detalhes da vida, do comportamento, de trechos da existência de algumas pessoas que merecem não somente o registro para sua compreensão, como também o relato fiel na medida em que este objetivo seja possível. Nesta perspectiva se destaca a crônica de personagens célebres, cuja biografia ou referência a atitudes e idéias servem para compor um patrimônio destinado à crítica objetiva da posteridade e ao julgamento sublime da História”.

O excerto foi reproduzido em acórdão do TJSP (Ap. Cível 95.250-5, 3ª Câmara de Direito Privado, Rel. Desembargador ALFREDO MIGLIORE, J. 06.06.2000), em interessante caso que condenou a Editora Abril a pagar indenização aos herdeiros de Juscelino Kubitschek por violação de direitos autorais, tendo em vista a publicação, sem autorização, de trechos do diário do ex-presidente, que se pretendia manter inéditos, na edição de 14 de maio de 1997 da revista *Veja*, cuja matéria de capa, intitulada *O grande amor de Juscelino – o diário secreto de JK*, era ilustrada com uma foto do ex-presidente e de uma senhora que teria sido sua amante por anos. No entanto, a indenização por dano moral decorrente da ofensa à intimidade foi afastada, pois o Tribunal considerou que havia interesse histórico na divulgação dos fatos íntimos da vida dele.

judicial ou policial (inclusive com aparato tecnológico, como é o caso de grampos telefônicos) e a hipótese de o fato divulgado, sobretudo por meios de comunicação de massa, já estar em domínio público e possibilitar seu conhecimento por outra forma regular de obtenção da informação, ou se a divulgação limitar-se a reproduzir a informação antes noticiada<sup>559</sup>.

Para esse último *standard* consideramos que, quando em análise o caso concreto, deverá ser discutido o uso que é dado aos fatos passados, ou seja, o modo e a finalidade com que são lembrados, sendo inadmissível aventar-se o apagamento de fatos ou o revisionismo da História.

Quanto ao direito de imagem, em tese, a divulgação da representação do retratado depende de sua autorização<sup>560</sup>. Porém, não sendo um direito absoluto, há relativização em diversas situações. Alguns parâmetros argumentativos foram criados pela doutrina<sup>561</sup> e fornecem substrato para uma ponderação racional entre as liberdades comunicativas e o direito fundamental à imagem, entre eles: a notoriedade da pessoa, aí se inserindo os artistas, escritores famosos, celebridades instantâneas, desde que preservada a privacidade<sup>562</sup>; o exercício de cargo público, pela necessidade de exposição; os serviços de Justiça e de polícia; atendimento a interesse público, aos fins culturais, científicos e didáticos; notícias<sup>563</sup>; poses ou instantâneos em multidão, desde que inexista

---

<sup>559</sup> LUÍS ROBERTO BARROSO, *Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação*, p. 76.

<sup>560</sup> Ressalvas as imagens dos menores de idade. Quando impúberes, a imagem somente poderá ser utilizada com autorização dos representantes legais; quando púberes, deverão ser assistidos pelos pais ou tutores. No mais, no caso de menores infratores, qualquer notícia a respeito do fato não poderá identificá-los, conforme o art. 143 do ECA: “É vedada a divulgação de atos judiciais, policiais e administrativos que digam respeito a crianças e adolescentes a que se atribua autoria de ato infracional. Parágrafo único. Qualquer notícia a respeito do fato não poderá identificar a criança ou adolescente, vedando-se fotografia, referência a nome, apelido, filiação, parentesco, residência e, inclusive, iniciais do nome e sobrenome”. Frise-se, ademais, as especificidades concernentes à utilização da imagem de indígenas. Vide Estatuto do Índio e arts. 5º a 10º da Portaria nº 177/Pres., de 16 de fevereiro de 2006 (FUNAI. Disponível em: <[http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/cogedi/pdf/LEGISLACAO\\_INDIGENISTA/Cultura/portari\\_adireitoautoral.PDF](http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/cogedi/pdf/LEGISLACAO_INDIGENISTA/Cultura/portari_adireitoautoral.PDF)>. Acesso em: 7 mar. 2017).

<sup>561</sup> SONIA MARIA D'ELBOUX, *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade: Tensões e limites*, p. 97-110; CARLOS ALBERTO BITTAR, *Os direitos da personalidade*, p. 98-100; CLAUDIO LUIZ BUENO DE GODOY, *A Liberdade de Imprensa e os Direitos da personalidade*, p. 55-94; MARIA HELENA DINIZ, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, v. 1, p. 149-150, entre outros.

<sup>562</sup> Já realizamos algumas ressalvas no tópico referente à privacidade. Assim, rememorando o caso do senador americano pego em atitudes não condizentes com seu discurso oficial, a redação de uma reportagem sobre o assunto poderia ser ilustrada com sua foto.

<sup>563</sup> Quanto à reutilização de fotografias para ilustrar notícias atuais retratando fatos pretéritos, ou como parte de reportagens antigas integrantes de arquivos digitais da imprensa baixados na Rede, vide nosso próximo Capítulo sobre o direito ao esquecimento.

destaque da pessoa (a exemplo de fotos captadas em eventos como carnaval, congressos, jogos de futebol, praias)<sup>564</sup>; e questões envolvendo a saúde pública.

A redação do art. 20 do Código Civil<sup>565</sup>, dispositivo que, de acordo com a ADIn 4815, deve ser interpretado conforme a Constituição, assim como o art. 21 do mesmo *Codex*, não pode ser lida como um preceptivo que privilegie o direito à imagem em detrimento das liberdades comunicativas. Isso porque, em muitos casos, a exposição ou utilização da imagem poderá vir a atingir a honra, a boa fama ou a respeitabilidade do indivíduo em homenagem ao interesse público ou ao direito de acesso à informação.

Basta imaginarmos a recente exposição em várias mídias de fotos e imagens do motorista de um carro alegórico, Francisco de Assis Lopes, que, no carnaval carioca de 2017, acabou atropelando algumas pessoas que se encontravam na dispersão do sambódromo<sup>566</sup>. Não há como negar que a divulgação de sua efígie em diversos suportes midiáticos atinge sua “honra, boa fama ou respeitabilidade”. No entanto, o condutor não pode pretender impedir o uso de sua imagem pelos meios de comunicação, ou o emprego do seu nome, pela exposição ao “desprezo público”, com base no art. 17 do Código Civil<sup>567</sup>, pois, na análise do caso concreto, há preponderância da liberdade de imprensa em noticiar o fato.

Na IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal foi elaborado o Enunciado 279, conferindo a seguinte interpretação ao art. 20 do Código Civil:

A proteção à imagem deve ser ponderada com outros interesses constitucionalmente tutelados, especialmente em face do direito de amplo acesso à informação e da liberdade de imprensa. Em caso de colisão, levar-se-á em conta a notoriedade do retratado e dos fatos abordados, bem como a veracidade destes e, ainda, as características de sua utilização (comercial,

---

<sup>564</sup> MARIA HELENA DINIZ (apud SONIA MARIA D’ELBOUX, *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade: Tensões e limites*, p. 102) ressalta, entretanto, que “a presença de uma pessoa em local público faz com que se exponha aos olhos de todos, assumindo o risco de ser focalizada, pois a imprensa atendendo ao interesse informativo, poderá captar sua imagem, sem, contudo, destacá-la com insistência, uma vez que pretende divulgar o acontecimento e não a pessoa que integra a cena”.

<sup>565</sup> “Art. 20. *Salvo autorizadas*, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma *pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber*, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou *se se destinarem a fins comerciais*.” (grifos nossos)

<sup>566</sup> IG. Disponível em: <<http://odia.ig.com.br/rio-de-janeiro/2017-02-27/motorista-de-carro-alegorico-que-bateu-na-sapuca-i-se-apresenta-em-delegacia.html>>. Acesso em: 7 mar. 2017.

<sup>567</sup> “Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória.”

informativa, biográfica), privilegiando-se medidas que não restrinjam a divulgação de informações.

Por óbvio, os meios de comunicação não poderão agir com abuso de direito ao informar o ocorrido, sob pena de eventual dever de indenizar ou de veicular o direito de resposta na esfera cível, ou ainda, em caso de calúnia, injúria ou difamação, de responder ação de natureza penal<sup>568</sup>.

O direito de resposta, apesar de não mais delimitado por legislação infraconstitucional, nos termos dos arts. 29 a 36 da revogada Lei de Imprensa, é assegurado expressamente no inc. V do art. 5º da Carta Maior, sendo proporcional ao agravo, sem prejuízo da indenização pelos danos materiais e morais que tiverem sido causados pela notícia. Seu deferimento não está adstrito à existência de ofensas ou à inveracidade da informação, nem mesmo à caracterização de abuso, possibilitando-se, inclusive, o direito de resposta a críticas:

[...] ainda que a denúncia não seja falsa ou ofensiva, deve ser dada a possibilidade de [exposição da] versão do fato, permitindo o contraditório e dando ao leitor, destinatário da informação, condições de julgar a ocorrência. A tutela do direito de resposta é a contrapartida da liberdade de imprensa; o meio de comunicação divulga aquilo que entende necessário, porém, quando acusa, ofende ou propaga inverdades, sujeita-se à resposta daquele que foi mencionado<sup>569</sup>.

O STF considerou o direito de resposta como:

instrumento de mídia colaborativa (*collaborative media*) em que o público é convidado a colaborar com suas próprias versões de fatos e a apresentar seus próprios pontos de vista. A autonomia editorial, a seu turno, seria preservada desde que seja consignado que a versão ou comentário é de autoria de um terceiro e não representa a opinião do veículo de comunicação<sup>570</sup>.

No entanto, ousamos discordar do entendimento da Suprema Corte no que concerne à legitimidade ativa para exercer o direito de resposta no âmbito judicial. O art. 17 do CPC prevê que “para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade”,

<sup>568</sup> Há críticas doutrinárias à permanência destes tipos penais na atualidade, visto que muitos estudiosos entendem que questões envolvendo afronta à honra poderiam ser solucionadas com a responsabilização civil, sendo desnecessária a criminalização das condutas. Este também é o posicionamento adotado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), especialmente quando existentes acusações de afronta à honra de agentes públicos, uma vez que estes estão sujeitos a um menor, e não a um maior, grau de proteção frente às críticas e ao controle popular, sendo usual o abuso de tais leis, por parte desses agentes, para silenciar opiniões. Logo, a distinção entre as pessoas públicas e privadas deveria se efetuar também nas leis ordinárias sobre difamação, injúria e calúnia. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, *Leis de desacato e difamação criminal*. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/showarticle.asp?artID=533&IID=4>>. Acesso em: 8 mar. 2017.

<sup>569</sup> TACrim SP, Ap. 1.370.791-7, Rel. Juiz Figueiredo Gonçalves, J. 4.11.2003.

<sup>570</sup> STF. RE 683.751, decisão monocrática, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ 1º.07.2015.

não cabendo a ninguém, nos termos do art. 18 do mesmo *Codex*, “pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico” (a exemplo da legitimidade sucessiva). Consideramos que talvez tenha ocorrido uma confusão conceitual entre “postagem de comentários por terceiros” e direito de resposta.

Já em eventual colisão entre as liberdades comunicativas e o direito à honra, encontram-se outros parâmetros argumentativos para uma ponderação racional, entre eles: o interesse público, o *animus narrandi* e o direito de crítica motivado por interesse público; notícias e críticas sobre agentes públicos; o direito de crítica literária, artística, científica e desportiva<sup>571</sup>; e a distorção humorística da personalidade (*animus jocandi*), desde que nos limites da comicidade, geralmente em charges e caricaturas.

A crítica motivada pelo interesse público constitui verdadeira cláusula geral, devendo o julgador, na análise do caso concreto, se valer da regra da proporcionalidade para aferir se o grau de realização do interesse lesivo justifica o grau de afetação do interesse lesado.

Quanto aos agentes públicos, quase todas as notícias que lhes disserem respeito serão de interesse público, salvo questões ligadas à privacidade, sem repercussão em sua atividade pública, sendo lícitas até mesmo as críticas de caráter pessoal, como a incompetência ou ineficiência do agente no *munus exercido*<sup>572</sup>.

Conforme ressaltado por LUIZ MANOEL GOMES JUNIOR e MIRIAM FECCHIO CHUEIRI, há alguns requisitos para que o direito de crítica receba respaldo constitucional: o respeito à verdade<sup>573</sup>, a utilidade social da crítica, como elemento aperfeiçoador do

---

<sup>571</sup> A revogada Lei de Imprensa, Lei nº 5.250/1967 (vide ADPF nº 130), previa uma série de limitações ao direito à honra em seu artigo 27: “Não constituem abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e de informação: I – a opinião desfavorável da crítica, literária, artística, científica ou desportiva, salvo quando inequívoca a intenção de injuriar ou difamar; II – a reprodução, integral ou resumida, desde que não constitua matéria reservada ou sigilosa, de relatórios, pareceres, decisões ou atos proferidos pelos órgãos competentes das Casas legislativas; III – noticiar ou comentar, resumida ou amplamente, projetos e atos do Poder Legislativo, bem como debates e críticas a seu respeito; IV – a reprodução integral, parcial ou abreviada, a notícia, crônica ou resenha dos debates escritos ou orais, perante juízes e tribunais, bem como a divulgação de despachos e sentenças e de tudo quanto fôr ordenado ou comunicado por autoridades judiciais; V – a divulgação de articulados, quotas ou alegações produzidas em juízo pelas partes ou seus procuradores; VI – a divulgação, a discussão e a crítica de atos e decisões do Poder Executivo e seus agentes, desde que não se trate de matéria de natureza reservada ou sigilosa; VII – a crítica às leis e a demonstração de sua inconveniência ou inoportunidade; VIII – a crítica inspirada pelo interesse público; IX – a exposição de doutrina ou idéia”.

<sup>572</sup> SONIA MARIA D'ELBOUX, *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade: Tensões e limites*, p. 147.

<sup>573</sup> Assim, os dados e as informações, incluindo a crítica, devem ter sido “anteriormente confrontados com elementos objetivos (diligências necessárias) visando veicular apenas o que for verdade”, sendo que: “no

criticado e da própria sociedade, e a ausência de abuso, compreendido como a não adoção de ofensas pessoais e gratuitas contra as pessoas criticadas.

Sendo a crítica um desdobramento natural do direito à informação, caracterizada por juízos valorativos propostos pelo ser humano a partir da “análise sobre o conteúdo e a veracidade dos acontecimentos que lhe são transmitidos”<sup>574</sup>, deve ser objetiva, “fulcrada no exame opinativo sobre a obra ou feito criticado, sem extravasar para o campo de ataque à pessoa autora [...], quando então já faltará o substrato institucional, do interesse público, que é inerente à liberdade de imprensa”<sup>575</sup>.

Quanto à jocosidade, em que pese a locução em latim *ridendo castigat mores*<sup>576</sup>, somente a ponderação entre o direito à honra e a liberdade de expressão, aqui representada pela divulgação das representações<sup>577</sup>, seja em forma de charges, caricaturas ou esquetes humorísticos<sup>578</sup>, diante das circunstâncias específicas do caso concreto, poderá conduzir a uma solução justa.

---

exercício do direito de criticar, o dever de externar apenas a verdade fica parcialmente atenuado já que estará sendo veiculada uma opinião, mas isto não torna menos correta a afirmativa de que se o fato que originou a crítica não for verdade, resta afastada a proteção constitucional” (LUIZ MANOEL GOMES JUNIOR e MIRIAM FECCHIO CHUEIRI, *Direito de Imprensa e Liberdade de expressão*, p. 126-127).

<sup>574</sup> RENÉ ARIEL DOTTI, *Proteção da vida privada e liberdade de informação*, p. 216.

<sup>575</sup> CLAUDIO LUIZ BUENO DE GODOY, *A Liberdade de Imprensa e os Direitos da personalidade*, p. 90.

<sup>576</sup> “Rindo moralizam-se os costumes.”

<sup>577</sup> Apesar de se tratar de condenação criminal por racismo, cite-se o caso de uma charge publicada em um jornal catarinense, com a ilustração de recém-nascidos afrodescendentes em fuga da sala de parto, associado aos dizeres de um personagem (supostamente médico) de cor branca “Segurança!!! É uma fuga em massa!!!” (TJSC. Apelação Criminal n. 2012.016841-9, 4ª Câmara Criminal, Des. JORGE SCHAEFER MARTINS, J. 23.05.2013). Na esfera cível, um desenhista e uma editora foram condenados a pagar indenização por danos morais, de maneira despropositada, pela publicação de uma charge em jornal que satirizava a atuação de um árbitro de futebol. (TJMG. Ap. Cível nº 1.0024.11.258334-9/001, 11ª Câmara Cível, Des. MARCOS LINCOLN, Publ. em 27.01.2014).

<sup>578</sup> Rememore-se ainda a previsão do inciso II e parte do inciso III do artigo 45 da Lei 9.504/1997, que proibiam sátiras e piadas a políticos em período eleitoral. O inciso II proibia uso de trucagem, montagem e recursos de áudio e vídeo para ridicularizar candidatos. Já o inciso III vedava o direito de emissoras opinarem sobre candidatos, partidos ou coligações. Ambos os dispositivos tiveram a eficácia suspensa pelo STF, bem como, por arrastamento, os §§ 4º e 5º (que conceituavam trucagem e montagem) do mesmo artigo. Destaques para excertos da ementa: “Programas humorísticos, charges e modo caricatural de pôr em circulação idéias, opiniões, frases e quadros espirituosos compõem as atividades de ‘imprensa’, sinônimo perfeito de ‘informação jornalística’ (§ 1º do art. 220). Nessa medida, gozam da plenitude de liberdade que é assegurada pela Constituição à imprensa. Dando-se que o exercício concreto dessa liberdade em plenitude assegura ao jornalista o direito de expender críticas a qualquer pessoa, ainda que em tom áspero, contundente, sarcástico, irônico ou irreverente, especialmente contra as autoridades e aparelhos de Estado. Respondendo, penal e civilmente, pelos abusos que cometer, e sujeitando-se ao direito de resposta a que se refere a Constituição em seu art. 5º, inciso V. [...] A liberdade de imprensa assim abrangentemente livre não é de sofrer restrições em período eleitoral. Ela é plena em todo o tempo, lugar e circunstâncias. Tanto em período não-eleitoral, portanto, quanto em período de eleições gerais. Se podem as emissoras de rádio e televisão, fora do período eleitoral, produzir e veicular charges, sátiras e programas humorísticos que envolvam partidos políticos, pré-candidatos e autoridades em geral, também podem fazê-lo no período

Com bem pontuado por GISELA BARROSO ISTAMATI, em referência ao humor e à política, os homens públicos podem ter seu direito à honra e à intimidade mitigado na hipótese de a manifestação humorística estar intrinsecamente relacionada à sua função pública, visto não ser o sujeito em si que gera o interesse na confecção daquele conteúdo, mas o cargo ou profissão desempenhada<sup>579</sup>.

Porém, a jocosidade não é uma excludente de ilicitude, visto que o uso da palavra na forma de humor pode resvalar em ilegalidade<sup>580</sup>, sendo passível de caracterizar ofensa a direitos a depender das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto, situação que deverá ser solucionada pelo método da ponderação.

Como doutrinado por ANDERSON SCHREIBER:

O confronto entre o direito de sátira e a tutela da honra é realmente delicado. Por um lado, é evidente a necessidade de proteção à reputação da pessoa, que não pode sofrer arrefecimento pelo simples intuito humorístico de quem publica um texto, uma caricatura ou uma fotomontagem. Por outro lado, a sátira representa manifestação da liberdade artística e intelectual, também tutelada constitucionalmente, e calcada, por definição, no brincar com costumes sociais, valendo-se com frequência, de certa abordagem jocosa dos fatos públicos e das pessoas notórias<sup>581</sup>.

Observe-se, entretanto, que a caracterização da ofensa ao direito à honra não deve ser considerada sob o pálio da sensibilidade de cada indivíduo, e sim na “consideração comum acerca da lesividade da matéria humorística, enfim se danosa para o normal das pessoas da comunidade, ainda que motivada por sentimento de pessoal afetação do ofendido”<sup>582</sup>.

Tampouco a qualidade, o bom gosto ou a inteligência das charges, cartuns ou caricaturas devem ser considerados como pressuposto de licitude, visto que “a qualidade do humor que se faz não pode condicionar o controle do confronto entre a liberdade de imprensa [...] e o direitos da personalidade”<sup>583</sup>.

---

eleitoral. Processo eleitoral não é estado de sítio (art. 139 da CF) [...]”. Referendo na ADIn/MC 4451, Plenário, Rel. Min. AYRES BRITTO, DJ 24.08.2012.

<sup>579</sup> GISELA BARROSO ISTAMATI, *Liberdade de expressão: humor e política*, p. 98.

<sup>580</sup> *Ibidem*, p. 103.

<sup>581</sup> ANDERSON SCHREIBER, *Direitos da personalidade*, p. 91.

<sup>582</sup> CLAUDIO LUIZ BUENO DE GODOY, *A Liberdade de Imprensa e os Direitos da personalidade*, p. 93.

<sup>583</sup> *Ibidem*, p. 94.

## 5

**“DIREITO AO ESQUECIMENTO”: UMA ANÁLISE CRÍTICA A PARTIR DA  
EXPERIÊNCIA ESTRANGEIRA E DOS CASOS BRASILEIROS**

*Winston expulsou a cena da cabeça.  
Era uma memória falsa.*

GEORGE ORWELL, 1984, p. 345.

Em 2007, na cidade de São Paulo, H.M.D foi detido portando armas brancas, em companhia de outros jovens, pela suspeita de participação em grupo *skinhead*. Após a abordagem policial, o grupo foi liberado e não houve instauração de processo-crime. Dez anos depois, a digitação do seu nome no *Google Search*, mecanismo de busca do famoso provedor, conduz o internauta à indexação com diversas reportagens que noticiam o fato.

Sob a alegação de que as matérias lhe causam constrangimento e dificuldade de recolocação do mercado de trabalho, H. promoveu ação de obrigação de fazer contra o provedor, requerendo “a filtragem de pesquisa, inviabilizando a associação de seu nome aos *links* das referidas matérias”, e contra alguns órgãos de imprensa, com o pedido de exclusão do conteúdo desatualizado, fundamentado no “direito ao esquecimento”.

Em acórdão prolatado pelo TJSP, o pedido foi julgado improcedente<sup>584</sup>.

A dramatização e a veiculação em programa televisivo, no ano de 2004, do suplício e morte da jovem Aída Curi<sup>585</sup>, ocorridos nos anos 1950, foram consideradas afrontosas pelos seus irmãos, motivando o ajuizamento de ação de reparação de danos morais, materiais e à imagem contra a emissora de televisão pela “reabertura de antigas feridas”.

---

<sup>584</sup> TJSP. Ap. 1113869-27.2014.8.26.0100, 10ª Câmara de Direito Privado, Des. CESAR CIAMPOLINI, J. 17.05.2016.

<sup>585</sup> Trataremos pormenorizadamente deste caso à frente (STJ. REsp 1.335.153, 4ª Turma, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, *DJe* 10.09.2013).

Pendente de julgamento, o caso suscitou o reconhecimento de repercussão geral do “direito ao esquecimento” na esfera cível<sup>586</sup> no Supremo Tribunal Federal.

No âmbito internacional, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), em maio de 2014, reconheceu o “direito ao esquecimento” ao espanhol Mario Costeja González como um direito decorrente dos princípios que regem a proteção de dados pessoais<sup>587</sup>, determinando a desindexação do *Google Search* do link do jornal *La Vanguardia*, no qual se encontrava a informação, em edição do ano de 1998, sobre a venda de um imóvel em hasta pública decorrente de um arresto visando à recuperação de dívidas do Sr. González com a Seguridade Social<sup>588</sup>.

Em que pesem os diferentes contextos dos casos apresentados, todos eles apresentam um padrão: não há questionamento sobre a veracidade dos acontecimentos, mas existe uma pretensão de não ser lembrado em uma informação atual, ou mesmo pretérita (acessada pela *Web*)<sup>589</sup>, de um fato do passado, publicizado, à época, de forma lícita, devido à perturbação causada à vida presente da pessoa retratada ou de seus familiares.

A expressão “direito ao esquecimento”, dotada de grande carga emotiva, parece não ser a melhor terminologia<sup>590</sup> para tal denominação, visto não ser possível obrigar alguém a olvidar determinado fato ou conteúdo<sup>591</sup>, mormente ao considerarmos o

<sup>586</sup> STF. ARE 833.248, Repercussão Geral, Plenário, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, DJ 20.02.2015.

<sup>587</sup> Alerta-se que, no Brasil, o controle de dados pessoais não vem sendo tratado como um direito a ser esquecido, havendo certa interpenetração, entretanto, quando em questão o controle temporal de tais informações. Cf. DANIEL BUCAR, *Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento*, p. 9; ANDERSON SCHREIBER, *Direitos da personalidade*, p. 158; CÍNTIA ROSA PEREIRA DE LIMA, *Direito ao esquecimento e internet: o fundamento legal no direito comunitário europeu, no direito italiano e no direito brasileiro*, p.77-109. Na Europa, nos termos do art. 17 do novel Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016 (conforme o art. 99, 2, aplicável a partir de 25 de maio de 2018), o “direito ao apagamento de dados” é colocado como sinônimo do “direito a ser esquecido”.

<sup>588</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Processo C-131/12. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=163494&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=568461>>. Acesso em: 7 jul. 2017. Este seminal caso também será analisado nos próximos tópicos.

<sup>589</sup> DENISE PINHEIRO, *A liberdade de expressão e o passado: desconstrução da ideia de um direito ao esquecimento*, p. 37-38.

<sup>590</sup> Apesar de não adotarmos tal distinção neste estudo, informe-se que RODRIGO PEREIRA MOREIRA e RUBENS VALTECIDES ALVES aduzem que o direito ao esquecimento apresenta duas vertentes: o “direito de ser esquecido”, ligado ao direito à privacidade e ao direito à honra”, em uma perspectiva dirigida a terceiros, e o “direito a esquecer”, com uma visão do “eu”, derivado do direito à identidade pessoal (*Direito ao esquecimento e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa transexual*, p. 81-102).

<sup>591</sup> Conforme CHIARA ANTONIA SPADACCINI DE TEFFÉ e FABIANA RODRIGUES BARLETTA, “é a retirada ou a indisponibilização do conteúdo que possibilitará, posteriormente, o seu esquecimento natural e progressivo. A reivindicação materializa-se no pedido de retirada ou de desindexação de determinado conteúdo relacionado a certa pessoa, com base em um direito de apagar, de excluir ou de desindexar

ambiente virtual e a perenidade das informações *online*. No entanto, tem sido o gênero utilizado para tratar de variadas situações, seja nas mídias tradicionais ou digitais, sendo a expressão também empregada em outros países (*droit à l'oubli*, *diritto all'oblio*, *Recht auf Vergessenwerden*, *right to be forgotten*).

Dentro do tema do “direito ao esquecimento”, além do contexto dos meios de comunicação tradicionais, observamos que se encontram inseridos o controle de dados pessoais despidos de interesse público, que pode estar atrelado ao chamado “direito à desindexação”, e a manutenção de arquivos digitais de notícias, sendo que tais espécies apresentam contornos jurídicos e escopos distintos, incluindo diferentes mecanismos de tutela. Entre estes: (i) a pretensão de remoção dos resultados de pesquisas em buscadores digitais<sup>592</sup> sobre fatos desabonadores do passado, sejam imagens, textos, áudios ou vídeos; e (ii) a proibição ou limitação da divulgação nas mídias tradicionais e digitais de acontecimentos pretéritos notórios, ou o pedido de indenização *a posteriori* por sua veiculação.

Por não estar expressamente positivado no Brasil<sup>593</sup>, a construção do “direito ao esquecimento” tem sido realizada pela dogmática e pela jurisprudência, levando à consequente fluidez e indeterminação de sua moldura.

---

informações desatualizadas, descontextualizadas, falsas ou desagradáveis” (*O direito ao esquecimento: uma expressão possível do direito à privacidade*, p. 33-64).

<sup>592</sup> Neste trabalho temos como foco os buscadores digitais horizontais, como o *Google*, e não nos verticais, como o *Facebook* e o *Youtube*, que possuem políticas próprias restritivas de postagem de conteúdo pelos usuários. O *Facebook* é bastante rígido, por exemplo, com fotos de nudez, tendo criado polêmica pelo bloqueio de imagens de mulheres amamentando, de comunidades nativas que não usam vestimentas e do grupo feminista *Femen*. Em 2015, o *site* de relacionamentos censurou, sem critérios objetivos ou transparência, o texto de um jornalista irlandês que apontava a responsabilidade dos EUA pela crise dos refugiados na Europa, alegando “conteúdo impróprio” (ANTONIO MARTINS, *Censura política no Facebook?*. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/blogs/outras-palavras/censura-politica-no-facebook-554.html>>. Acesso em: 24 ago. 2017). Em outro caso bizarro, o cantor Neginho da Beija-flor também foi censurado porque seu nome foi considerado “preconceituoso”. Já o *site* de compartilhamento de vídeos *Youtube* tem censurado conteúdos voltados ao público LGBT (O ESTADO DE S. PAULO. *Após críticas, Youtube anuncia plano para acabar com a censura a conteúdo LGBT*. Disponível em: <<http://cultura.estadao.com.br/blogs/radar-cultural/apos-criticas-youtube-anuncia-plano-para-acabar-com-censura-a-conteudo-lgbt/>>. Acesso em: 24 ago. 2017).

Conforme abordaremos nos próximos tópicos, os pedidos de remoção de conteúdos em motores de busca podem se apresentar sob diferentes aspectos, como: (i) desindexação de *links* específicos (URLs); (ii) implementação de filtros por palavras-chave, também com o intuito de obstar o acesso a determinadas páginas da Internet; (iii) remoção global de informações da *Web* a respeito de acontecimentos desagradáveis do passado; (iv) adoção de medidas técnicas para impedir a indicação de *links* para *sites* que apresentem certo conteúdo, exigindo a avaliação do contexto; (v) apagamento de conteúdo das chamadas hemerotecas digitais.

<sup>593</sup> Em que pese os defensores do seu caráter autônomo se alicerçarem no princípio da dignidade da pessoa humana, no caráter não exaustivo dos direitos da personalidade e na cláusula de abertura material prevista pelo § 2º do art. 5º da CF/1988. Informe-se, ademais, que, nos termos do art. 21, § 2º, da revogada Lei de

O advento das tecnologias da informação e da comunicação tem se apresentado como um desafio a mais no estudo da matéria<sup>594</sup>, tendo em vista a capacidade de armazenamento e processamento de informações pelos dispositivos eletrônicos, com custos cada vez mais baixos, fácil recuperação e acesso transnacional.

Como bem salientado por ANDRÉ BRANDÃO NERY COSTA, “o dilema atual reside no fato de os registros do passado – capazes de serem armazenados eternamente – poderem gerar consequências posteriormente à data em que o evento foi esquecido pela mente humana”<sup>595</sup>.

As garantias naturais de proteção à privacidade, como o tempo e o espaço do mundo real, são alteradas no mundo digital, visto que as informações são mantidas por tempo indefinido e podem ser acessadas de qualquer lugar<sup>596</sup>.

E a Internet<sup>597</sup> não esquece. Apesar de o denominado “direito ao esquecimento” ter surgido à época da mídia analógica, conforme estudaremos neste capítulo no tópico sobre o panorama histórico, foi com a rede mundial de computadores, sua facilidade de replicação, sua instantaneidade e a perenidade do seu banco de dados, bem como de seus buscadores digitais, que a tese ganhou os holofotes, e não só entre os estudiosos das ciências jurídicas<sup>598</sup>. Isso porque, como salientado por VIKTOR MAYER-

---

Imprensa, já tivemos em vigor dispositivo que caracterizava como “crime de difamação a publicação ou transmissão, salvo se motivada por interesse público, de fato delituoso, se o ofendido já tiver cumprido pena a que tenha sido condenado em virtude dele”.

<sup>594</sup> Em análise realizada em Tribunais do Rio de Janeiro, de São Paulo, do Paraná, do Rio Grande do Sul, do Distrito Federal e da Paraíba, entre os dias 1º.01.2012 e 09.11.2016, dos 114 julgados relevantes em razão de envolver o pedido de “direito ao esquecimento” em veículos de comunicação, incluindo a Internet, 84 decisões, ou seja, 74%, tinham as mídias digitais como meio divulgador, “tendo sido o fato ou conteúdo divulgado, por exemplo, em matérias jornalísticas publicadas *online*, sites de busca ou mesmo em *blogs* de notícias e entretenimento” (CARLOS AFFONSO PEREIRA DE SOUZA, *Os dez dilemas sobre o chamado direito ao esquecimento*. Disponível em: <<https://feed.itsrio.org/dez-dilemas-sobre-o-chamado-direito-ao-esquecimento-b0ba9ff83357>>. Acesso em: 12 jul. 2017).

<sup>595</sup> ANDRÉ BRANDÃO NERY COSTA, *Direito ao esquecimento na Internet: a scarlet letter digital*, p. 185.

<sup>596</sup> LUIS JAVIER MIERES MIERES, *El derecho al olvido digital*, p. 7. Disponível em: <[http://www.fundacionalternativas.org/public/storage/laboratorio\\_documentos\\_archivos/e0d97e985163d78a27d6d7c23366767a.pdf](http://www.fundacionalternativas.org/public/storage/laboratorio_documentos_archivos/e0d97e985163d78a27d6d7c23366767a.pdf)>. Acesso em: 31 jul. 2017.

<sup>597</sup> A Internet é conceituada no art. 5º da Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) como o “sistema constituído do conjunto de protocolos lógicos, estruturado em escala mundial para uso público e irrestrito, com a finalidade de possibilitar a comunicação de dados entre terminais por meio de diferentes redes”. Valendo-nos das lições de MARCEL LEONARDI, a expressão será grafada com “I” maiúsculo, referente à rede mundial de computadores conectados entre si. Segundo o autor “internet com ‘i’ minúsculo é a contração de *interconnected network* (rede interconectada), expressão que pode ser usada para se referir a redes de computadores privadas interligadas sem qualquer relação com a Internet global” (*Tutela e Privacidade na Internet*, p. 23)

<sup>598</sup> Recentemente, jornais, revistas, *blogs* e vídeos passaram a tratar do tema “direito ao esquecimento”.

SCHÖNBERGER, houve a alteração de um equilíbrio fundado, desde os primórdios da civilização humana, no esquecimento como regra e na lembrança como exceção<sup>599</sup>.

Como atualmente não há meios de viver integrado à sociedade sem deixar inúmeros rastros de informação<sup>600</sup>, a facilidade da recuperação de tais “pegadas” tem implicado em uma nova modalidade de efeito silenciador do discurso, pois o usuário mais cauteloso, temendo possíveis discriminações futuras, tende a não participar de discussões sobre temas espinhosos e atividades de cunho político.

É o *chilling effect* ocasionado pela memória digital perfeita das máquinas<sup>601</sup>, pois o *panopticon* de JEREMY BENTHAM não só nos vigia em cada esquina, mas também no transcorrer do tempo. A acessibilidade universal e temporalmente ilimitada ao conteúdo disponível na Rede conduz a um verdadeiro “presente contínuo” na vida dos indivíduos, suscitando a reflexão sobre a imposição de limites à capacidade de recordação eterna dos meios digitais.

E os avanços técnico-científicos têm trazido angústia ao homem moderno, sabedor da defasagem entre a celeridade de tais meios e a “lentidão com que amadurece a capacidade de controle dos processos sociais que acompanham tal progresso”<sup>602</sup>, revelando-se, ademais, com frequência “a rápida obsolescência das soluções jurídicas que se referem a um único e isolado dado técnico ou problema”<sup>603</sup>.

O chamado “direito ao esquecimento” surge como resultado da ponderação entre as liberdades comunicativas e os direitos fundamentais da personalidade, como os direitos à imagem, à honra e, especialmente, à privacidade<sup>604</sup>, não apenas na vertente que atribui a cada um o poder de impedir determinados usos das informações a si relacionadas,

<sup>599</sup> VIKTOR MAYER-SCHÖNBERGER, *Delete: the virtue of forgetting in the digital age*, p. 2.

<sup>600</sup> MARCEL LEONARDI, *Tutela e Privacidade na Internet*, p. 67.

<sup>601</sup> VIKTOR MAYER-SCHÖNBERGER, *Delete: the virtue of forgetting in the digital age*, p. 5.

<sup>602</sup> STEFANO RODOTÀ, *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*, p. 42.

<sup>603</sup> *Ibidem*, p. 42.

<sup>604</sup> DENISE PINHEIRO observa que a doutrina brasileira se apoia em três linhas de pensamento em defesa do direito ao esquecimento: “(i) autonomia do direito ao esquecimento, com fundamento na dignidade da pessoa humana; (ii) direito ao esquecimento como uma faceta atual do direito à privacidade; (iii) autonomia do direito ao esquecimento, resultante de uma múltipla fundamentação, destacando-se, inclusive, dignidade, privacidade, imagem e também situações jurídicas ligadas à fluência do tempo, como prescrição, anistia, reabilitação criminal, prazo máximo para manutenção de informações em bancos de dados, etc.” (*A liberdade de expressão e o passado: desconstrução da ideia de um direito ao esquecimento*, p. 28).

segundo o conceito do “direito a ser deixado só”, mas na dimensão de poder controlar, a cada momento, o uso que os outros façam das suas informações particulares<sup>605</sup>.

Neste cenário, a inviolabilidade da pessoa precisa ser reconfigurada e corroborada na dimensão eletrônica, não se admitindo que informações captadas, especialmente no ambiente digital, sejam utilizadas para transformar um indivíduo em objeto sob constante vigilância<sup>606</sup>.

Se, em um passado não muito longínquo, a prática estava adstrita aos serviços secretos ou à figura totalitária do Big Brother, hoje, além da permanência da vigilância estatal, observam-se atores do “mercado” promovendo o tratamento de dados e buscando não apenas um controle mais direto do comportamento do indivíduo, “como também a identificação precisa e atualizada de certos hábitos, inclinações, interesses, preferências”<sup>607</sup> para atingir objetivos principalmente econômicos.

Conforme abordaremos à frente, motores de busca ancorados em uma suposta defesa das liberdades comunicativas estão, na verdade, realizando coleta e tratamento de dados pessoais por meio de elaborados algoritmos criados por competentes equipes de programadores. Os serviços ofertados pela Internet, aparentemente “gratuitos”, têm como preço os próprios dados do usuário, pois *the user is the content*.<sup>608</sup>

O “consentimento” para coleta, tratamento e difusão das informações relacionadas ao indivíduo é a condição implícita para prestação dos serviços<sup>609</sup>, já que elaborados perfis de usuários são confeccionados e utilizados em estratégias de marketing das empresas patrocinadoras dos provedores.

Outrossim, há necessidade de rigorosa avaliação sobre o que é informação de interesse público, pois o passado digital pode impossibilitar a superação de fatos pregressos e impedir o começar de novo, traduzindo-se em verdadeira “letra escarlate”,

---

<sup>605</sup> STEFANO RODOTÀ, *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*, p. 148.

<sup>606</sup> *Ibidem*, p. 19.

<sup>607</sup> *Ibidem*, p. 62.

<sup>608</sup> “Pode-se, de fato, criar um esquema que ‘captura’ a identidade em um determinado momento e depois a desenvolve com base em uma série de informações fornecidas por uma multiplicidade de fontes, sem participação e conhecimento por parte do interessado. A separação entre identidade e autonomia pode, assim, tornar-se total. Parte-se de uma identidade ‘congelada’, que é depois confiada a algoritmos que irão construir o futuro” (STEFANO RODOTÀ, *A identidade em tempos de Google*. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/noticias/noticias-arquivadas/28397-a-identidadeem-tempos-de-google>>. Acesso em: 30 mar. 2017).

<sup>609</sup> STEFANO RODOTÀ, *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*, p. 101.

na bem lançada analogia à obra de NATHANIEL HAWTHORNE, tecida por DANIEL SOLOVE<sup>610</sup>, na qual uma mulher adúltera é obrigada a utilizar, bordada permanentemente no peito, como símbolo do pecado, na cor vermelha escarlate, a letra “A”.

Não sendo a identidade um dado imutável, mas uma construção contínua e variável, a mudança de posturas, conceitos ou ideologias com a amadurecimento do indivíduo tem sido obstada pela representação digital, que em muitos casos possui maior preponderância do que a própria identidade real, sempre vinculando-o “às suas ações progressas, de tal sorte que será praticamente impossível se desvencilhar delas”<sup>611</sup>. E como ressalta LUIS JAVIER MIERES MIERES, a “capacidade de cambiar, de empezar de nuevo, de emprender una vida futura descontinua com el pasado es el atributo que nos define como personas libres”<sup>612</sup>.

Por outro lado, revela-se atentatória à memória coletiva, à busca da verdade, à livre expressão e ao acesso às informações a ocultação ou a manipulação de fatos e/ou acontecimentos históricos, verdadeiros, dotados de interesse público<sup>613</sup>, com o propósito de proibir que se fale ou comente experiências passadas, consideradas atualmente negativas a determinado(s) indivíduo(s), sejam tais conteúdos postados por grupos de mídia ou por particulares. E no caso do Brasil, a questão é muito preocupante. Em uma sociedade assimétrica do ponto de vista político, econômico e social, que nos últimos tempos tem apresentado verdadeiro retrocesso social na garantia de direitos fundamentais, um direito a ser esquecido pode ser utilizado para fins não tão nobres por aqueles que almejam modificar ou até mesmo excluir fatos desagradáveis de outrora.

---

<sup>610</sup> DANIEL J. SOLOVE, *The future of reputation: gossip, rumor and privacy on the Internet*, p. 76.

<sup>611</sup> ANDRÉ BRANDÃO NERY COSTA, *Direito ao esquecimento na Internet: a scarlet letter digital*, p. 191.

<sup>612</sup> LUIS JAVIER MIERES MIERES, *El derecho al olvido digital*, p. 8. Disponível em:

[http://www.fundacionalternativas.org/public/storage/laboratorio\\_documentos\\_archivos/e0d97e985163d78a27d6d7c23366767a.pdf](http://www.fundacionalternativas.org/public/storage/laboratorio_documentos_archivos/e0d97e985163d78a27d6d7c23366767a.pdf). Acesso em: 31 jul. 2017.

<sup>613</sup> Conforme já debatemos no Capítulo 3, o conceito do que é interesse público deve ser visto com temperamento. Há alguns anos, milhares de processos trabalhistas, considerados sem nenhum interesse, foram destruídos para liberar espaço em arquivos físicos do Judiciário. Entre eles, estava a demanda com pedido indenizatório do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, em decorrência de um acidente do trabalho ocorrido nos anos 1960, no ABC Paulista, no qual o ex-metalúrgico perdeu um dedo em uma prensa. O trabalho “*Direito ao esquecimento no Brasil: subsídios ao debate legislativo*”, elaborado pela ONG Artigo 19, aponta que: “certas informações podem ser de valor intrínseco limitado, quando publicadas, mas podem adquirir mais importância ao longo do tempo, ou porque o indivíduo em questão tornou-se uma figura pública, ou, simplesmente, a partir da perspectiva da pesquisa acadêmica, científica ou histórica” (ARTICLE XIX. “*Direito ao esquecimento no Brasil: subsídios ao debate legislativo*”, p. 42. Disponível em: <http://artigo19.org/wp-content/blogs.dir/24/files/2017/06/Direito-ao-Esquecimento-no-Brasil-%E2%80%93subs%C3%ADdios-ao-debate-legislativo.pdf>). Acesso em: 4 jul. 2017).

Ao inverso da doutrina estrangeira, que informa com bastante segurança a raiz comum dos direitos à privacidade e ao esquecimento<sup>614</sup>, no Brasil, a origem histórica do direito a ser esquecido tem se voltado ao campo das condenações criminais<sup>615</sup>, mais precisamente à garantia de ressocialização dos condenados<sup>616</sup>. Na esfera penal, encontram-se os institutos da prescrição, da decadência, do perdão, da anistia, da irretroatividade da lei, assim como, nos termos do art. 93 do CP<sup>617</sup>, art. 748 do CPP<sup>618</sup> e do art. 202 da LEP<sup>619</sup>, da reabilitação penal e do direito ao sigilo quanto à folha de antecedentes daqueles que já cumpriram pena. Também são lembrados, exorbitando a esfera penal, como lastro à tese do “direito ao esquecimento”, o respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, bem como o prazo máximo para que o nome do inadimplente figure em cadastros restritivos de crédito<sup>620</sup>.

Neste capítulo, tomando como pontos a serem analisados (i) o decurso de um lapso temporal; (ii) a pretensão de transpor informações da esfera pública à esfera privada; (iii) a existência ou não de interesse público; e (iv) a proteção dos direitos fundamentais da personalidade, destacando o controle sobre o fluxo de informações sobre si, tanto na mídia tradicional como na digital, discutiremos se há possibilidade de se falar em um direito a ser esquecido, as cautelas necessárias nos seus diferentes contextos e os mecanismos de regulação e tutela. Outrossim, quando em colisão os direitos

<sup>614</sup> DAVID CURY NETO, *Tutela civil do direito ao esquecimento*, p. 102.

<sup>615</sup> Talvez por isso, no Brasil, os primeiros casos em que foi pleiteado judicialmente um “direito ao esquecimento” se referissem à pretensa proibição da veiculação da dramatização de crimes famosos. Cf. TJRJ. Ap. Cível 2005.001.54774, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. MILTON FERNANDES DE SOUZA, J. 28.03.2006; TJRJ. AgIn 0017448-40.2007.8.19.0000, 15ª Câmara Cível, Desa. HELDA LIMA MEIRELES, J. 24.10.2007; TJRJ. Ap. 0007541-43.2004.8.19.0001, 10ª Câmara Cível, Des. JOSÉ CARLOS VARANDA DOS SANTOS, J. 28.03.2007; TJRJ. Ap. 0092308-14.2004.8.19.0001, 16ª Câmara Cível, Des. SIRO DARLAN DE OLIVEIRA, J. 24.01.2006.

Vide, ademais, Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil, que, em sua justificativa, pontua que o direito ao esquecimento “surge como parcela importante do direito ao ex-detento à ressocialização”.

<sup>616</sup> ANTONIO RULLI JUNIOR e ANTONIO RULLI NETO, *Direito ao Esquecimento e o superinformacionismo: apontamentos no direito brasileiro dentro do contexto de sociedade da informação*, p. 425.

<sup>617</sup> “Art. 93. A reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação.”

<sup>618</sup> “Art. 748. A condenação ou condenações anteriores não serão mencionadas na folha de antecedentes do reabilitado, nem em certidão extraída dos livros do juízo, salvo quando requisitadas por juiz criminal.”

<sup>619</sup> “Art. 202. Cumprida ou extinta a pena, não constarão da folha corrida, atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da Justiça, qualquer notícia ou referência à condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei.”

<sup>620</sup> Código de Defesa do Consumidor: “Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes. § 1º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos [...]”. Vide TJRS. Ap. Cível nº 70054612916, 9ª Câmara Cível, Rel. Des. MIGUEL ÂNGELO DA SILVA, DJ 18.07.2014.

fundamentais da personalidade e as liberdades comunicativas, na qual seja evocado o direito a ser olvidado, abordaremos casuisticamente qual direito prevalece, sob que condições e em quais circunstâncias.

## 5.1 Panorama histórico: origem e precedentes internacionais

### 5.1.1 O droit à l'oubli na França

A tese do “direito ao esquecimento” não é nova. A expressão remonta ao ano de 1965, quando foi cunhada na França, pelo Professor GERARD LYON-CAEN, em análise do acórdão<sup>621</sup> do *affaire Landru*<sup>622</sup>.

No seminal caso, *Mademoiselle Marceline Fernande Segret*, amante de um assassino em série, Henri Désiré Landru, conhecido como Barba Azul, promovia ação de reparação de danos pela suposta ofensa causada pela veiculação de uma obra cinematográfica<sup>623</sup>. A autora alegava *la prescription du silence* (a prescrição do silêncio) como argumento para ilicitude da retomada na película dos fatos de sua vida.

Nos comentários à decisão judicial, o Professor LYON-CAEN reconheceu a existência de um direito ao esquecimento na França, sem o admiti-lo no caso concreto, questionando se o *droit à l'oubli* não teria sido um fundamento mais exato em vez da prescrição do silêncio, visto que a verdadeira coloração do julgamento se concentrava na lembrança de um período distante, talvez já esquecido, ainda que se tratasse da amante de uma figura notória<sup>624</sup>.

RENÉ ARIEL DOTTI, o primeiro autor brasileiro a se debruçar sobre o tema do “direito ao esquecimento”, indica como sua primitiva manifestação a frase do advogado imperial francês Pierre Ernest Pinard, enunciada em um precedente firmado pelo Tribunal

<sup>621</sup> Na França, é comum que as publicações de acórdãos sejam acompanhadas de análises de juristas, especialmente de professores universitários.

<sup>622</sup> TGI Seine, 14.10.1965, cf. CHARLOTTE HEYLLIARD, *Le droit à l'oubli sur Internet*, p. 10. Disponível em: <<https://www.lepetitjuriste.fr/wp-content/uploads/2013/01/MEMOIRE-Charlotte-Heylliard2.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

<sup>623</sup> DAVID CURY NETO, *Tutela civil do direito ao esquecimento*, p. 84; DENISE PINHEIRO, *A liberdade de expressão e o passado: desconstrução da ideia de um direito ao esquecimento*, p. 135-136.

<sup>624</sup> Devido à ausência de prévia autorização, o Tribunal de *Grande Instance de la Seine* havia responsabilizado a produtora pela dramatização de cenas de maior intimidade amorosa envolvendo a personagem. No entanto, em grau de recurso, a Corte de Apelação de Paris, em 15 de março de 1967, afastou-a. Nas duas instâncias, restou sedimentada “a impossibilidade de se proibir o resgate de momentos do passado que já tenham se tornado conhecidos amplamente por um processo judicial ou mesmo por relato feito pelo próprio interessado” (DENISE PINHEIRO, *A liberdade de expressão e o passado: desconstrução da ideia de um direito ao esquecimento*, p. 140-141).

Civil do Sena, em 1858, concernente ao direito de imagem de pessoa pública, no caso, a atriz Elisa Félix<sup>625</sup>, cujos termos eram: “O homem célebre, senhores, tem o direito de morrer em paz”<sup>626</sup>.

DOTTI considera que o direito ao esquecimento foi reconhecido expressamente no *affaire* Marlene Dietrich<sup>627</sup>, julgado pelo Tribunal de Paris, em 1952, ligado à ideia de vida privada, e que pertenceria ao patrimônio moral do indivíduo<sup>628</sup>.

Em 1983, no caso *Mm. M. contra Filipacchi et Cogedipresse*<sup>629</sup> (revista *Paris Match*)<sup>630</sup> foi reconhecido o “direito ao esquecimento”, enquanto o *affaire* Mamère<sup>631</sup> foi parar na Corte Europeia de Direitos Humanos, em 2007, culminando com a declaração de inconstitucionalidade de dispositivos de uma lei francesa de 1881<sup>632</sup>, por atentarem

---

<sup>625</sup> DAVID CURY NETO, *Tutela civil do direito ao esquecimento*, p. 85 e ANDRÉ RIBEIRO PORCIÚNCULA, *Biografias não autorizadas: colisão entre liberdade de expressão e proteção à privacidade à luz do direito ao esquecimento: controvérsias pós-decisão do Supremo Tribunal Federal*, p. 169. Os autores relatam que o caso envolvia a reprodução da imagem da atriz, cujo retrato, tirado em seu leito de morte, havia sido vazado a uma caricaturista, que publicou um desenho daquele momento fúnebre em um semanário.

<sup>626</sup> RENÉ ARIEL DOTTI, *Proteção da vida privada e liberdade de informação*, p. 92.

<sup>627</sup> Marlene Dietrich foi uma atriz alemã naturalizada americana. Em 1950, a revista *France-Dimanche* publicou por três semanas seguidas uma série de artigos intitulados *Minha vida, por Marlene Dietrich*, sem autorização para divulgação, do que supostamente seriam suas memórias. A empresa responsável pelo periódico foi condenada, tendo sido o valor da indenização majorado pela Corte de Apelação, em 1955, “levando em consideração o fato de que a atriz tinha a pretensão de publicar as suas memórias, o que havia sido prejudicado pela matéria da revista” (DENISE PINHEIRO, *A liberdade de expressão e o passado: desconstrução da ideia de um direito ao esquecimento*, p. 39). Pelo relato do caso, a decisão não se enquadra em eventual direito ao esquecimento, visto que inexistente o aspecto do lapso temporal, sendo paradigmática para o estudo da concepção clássica do direito à privacidade ou à intimidade.

<sup>628</sup> RENÉ ARIEL DOTTI, *Proteção da vida privada e liberdade de informação*, p. 92.

<sup>629</sup> TGI Paris, 20.04.1983.

<sup>630</sup> Neste *affaire*, a Revista *Paris Match* publicou a fotografia de M., rotulando-a como criminosa pelo homicídio da mulher e do filho do seu amante, ocorrido dez anos antes. A decisão determinou o pagamento de indenização a M., pois a publicação da foto representava afronta à honra, havia ocorrido sem autorização da autora da ação, e não estava ligada a nenhuma necessidade de informação imediata ou cultura histórica dos leitores (DENISE PINHEIRO, *A liberdade de expressão e o passado: desconstrução da ideia de um direito ao esquecimento*, p. 142-143).

<sup>631</sup> Noël Mamère, político francês e jornalista, participando de um programa de televisão em 1999, teceu críticas a um agente público diante de sua atuação por ocasião do acidente nuclear de Chernobyl, tendo em vista o cargo ocupado no SCPRI – Service Central de Protection contre les Rayons Ionisants. “Mamère foi condenado pelos Tribunais franceses a indenizar o agente público, sendo o fundamento principal a lei que impedia a exceção da verdade quando se tratasse de fatos ocorridos há mais de dez anos e teve que se socorrer da CEDH para garantir seu direito à livre expressão” (DENISE PINHEIRO, *A liberdade de expressão e o passado: desconstrução da ideia de um direito ao esquecimento*, p. 145-146).

<sup>632</sup> A Lei de 29 de julho de 1881 possuía dois dispositivos limitadores da exceção da verdade a ser oposta nas acusações de difamação em virtude da passagem do tempo, na hipótese, dez anos (art. 35, “b” e “c”). Os preceptivos foram acrescidos à lei em 1944, ou seja, após a liberação da França dos nazistas, e seu objetivo inicial era obstar qualquer discussão sobre os colaboracionistas franceses no governo de Vichy, verdadeiro fantoche de influência alemã. Como bem lembrado por DENISE PINHEIRO (*A liberdade de expressão e o passado: desconstrução da ideia de um direito ao esquecimento*, p. 145), o preceptivo possui semelhança com o revogado art. 21, § 2º, da Lei nº 5.250/1967, a Lei de Imprensa, não recepcionada pela CF/1988, conforme decisão proferida no julgamento da ADPF 130.

contra a liberdade de expressão e os direitos de defesa, além de afetarem os trabalhos históricos e científicos<sup>633</sup>.

Já o caso *Madame Monanges contra Kern e Marque Maillard*<sup>634</sup>, de 1990, estabeleceu o posicionamento da Corte de Cassação de que não há se falar em um direito ao esquecimento<sup>635</sup>, “com o propósito de se impedir uma redivulgação, quando os fatos apresentados tiverem, anteriormente, se tornado conhecidos pelos debates judiciais e publicados na imprensa local”<sup>636</sup>.

### 5.1.2 O diritto all’oblio na Itália

Na Itália, dois casos ocorridos no final da Segunda Guerra Mundial e relatados por PAULO JOSÉ DA COSTA JUNIOR poderiam ser considerados “próximos” ao atualmente denominado “direito ao esquecimento”. Um deles envolveu a tentativa da publicação seriada dos amores do ditador Benito Mussolini e de sua amante Claretta Petacci; e o outro, a exibição de filmes sobre a vida de um famoso tenor, intitulados *Caruso, legenda di una voce e Il grande Caruso*.

Os casos versavam sobre o direito à privacidade (*diritto alla riservatezza*), e as decisões judiciais determinaram a proibição da divulgação das obras, veredictos facilmente contestáveis na atualidade tendo em vista o interesse público<sup>637</sup>.

No caso envolvendo Mussolini e sua mulher, considerou-se que não seria lícita a publicação desprovida do consentimento da pessoa e, após a sua morte, de seus

---

<sup>633</sup> A decisão do CEDH considerou que: “A liberdade de expressão constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática, uma das condições essenciais de seu progresso e do desenvolvimento de cada um. Sob a reserva do parágrafo 2 do artigo 10, ela vale não apenas para as ‘informações’ ou ‘ideias’ favoráveis ou consideradas como inofensivas ou indiferentes, mas também aquelas que chocam ou inquietam; assim, garante-se o pluralismo, a tolerância e a abertura intelectual, sem os quais não há sociedade democrática. [...]. Quando se trata de eventos que se inscrevem na História ou relacionam-se com a ciência, diversamente, com o passar do tempo o debate parece alimentar-se de novos dados suscetíveis de permitir uma melhor compreensão das coisas” (DENISE PINHEIRO, *A liberdade de expressão e o passado: desconstrução da ideia de um direito ao esquecimento*, p. 147).

<sup>634</sup> *Cour de Cassation, Chambre civile 1*, nº 89-12580.

<sup>635</sup> O livro de memórias de autoria de um resistente à ocupação nazista na França, na Segunda Guerra Mundial, tratava, em um dos capítulos, do julgamento e da condenação, no pós-guerra, de um colaboracionista e de sua amante, a Sra. Monanges. Quando da publicação, ela alegou afronta à privacidade argumentando que havia sido reabilitada em 1951, após o benefício de uma graça. Mesmo não reconhecendo o direito ao esquecimento, o Tribunal considerou que faltou ao autor do livro prudência e objetividade, pois deveria ter abordado na obra também a questão da reabilitação (DAVID CURY NETO, *Tutela civil do direito ao esquecimento*, p. 92; DENISE PINHEIRO, *A liberdade de expressão e o passado: desconstrução da ideia de um direito ao esquecimento*, p. 149 e 160).

<sup>636</sup> DENISE PINHEIRO, *A liberdade de expressão e o passado: desconstrução da ideia de um direito ao esquecimento*, p. 151.

<sup>637</sup> PAULO JOSÉ DA COSTA JUNIOR, *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*, p. 12.

parentes, sendo o direito à privacidade limitado pelo interesse público somente se subsistente “um liame incindível entre as aventuras da pessoa e os acontecimentos públicos, ou então por necessidade de justiça e ordem pública”<sup>638</sup>.

No caso do grande tenor, a Corte de Apelação de Roma, ao reformar a decisão, pontuou que “a reprodução da imagem de pessoa célebre sem o seu consentimento é ilícita não somente quando ofenda a honra, a reputação e o decoro da pessoa, mas também quando se destine unicamente a satisfazer curiosidade alheia”<sup>639</sup>.

Quanto ao ambiente televisivo, o caso mais conhecido na Itália é o denominado *Bolzano*. Em 1971, Milena Sutter, uma adolescente de 13 anos, foi morta, sendo o homicida preso, processado e condenado. Às vésperas da transmissão de um programa televisivo intitulado *I Grandi Processi*, que naquele episódio dramatizaria o famoso crime, a família da vítima requereu tutela de urgência invocando o “direito ao esquecimento” para obstar sua veiculação. O Tribunal de Roma denegou a pretensão sob a fundamentação da existência de interesse histórico no caso<sup>640</sup>.

### 5.1.3 Alemanha: Recht auf Vergessenwerden

Na Alemanha, o clássico precedente sobre o “direito ao esquecimento” é o denominado caso *Lebach*, decidido pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, em 1973<sup>641</sup>, sendo emblemático, inclusive, no Brasil pela vasta citação doutrinária<sup>642</sup> e jurisprudencial<sup>643</sup>.

Conforme ROBERT ALEXY<sup>644</sup>, uma emissora de televisão planejava exibir um documentário chamado *O assassinato dos soldados de Lebach*, cuja narrativa contava a história de um crime no qual quatro soldados da guarda de sentinela de um depósito de

<sup>638</sup> PAULO JOSÉ DA COSTA JUNIOR, *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*, p. 12.

<sup>639</sup> *Ibidem*, p. 12-13.

<sup>640</sup> Tribunale Civile di Roma, Ordinanza 27 de novembro de 1996 (DANIEL BUCAR, *Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento*, p. 6).

<sup>641</sup> 35 BVerfGE 202 (1973).

<sup>642</sup> Cf. GILMAR FERREIRA MENDES, *Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem*, p. 297-301; LUÍS ROBERTO BARROSO, *Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade: critérios de ponderação: interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa*, p. 1-36.

<sup>643</sup> STF. ADPF 130, Pleno, Rel. Min. CARLOS BRITTO, *DJe* 6.11.2009; STF. MS 24832 MC, Pleno, Rel. Min. CEZAR PELUSO, *DJ* 18.08.2006; STJ, REsp 1.335.153, 4ª Turma, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, *DJe* 10.09.2013; STJ, REsp 1.334.097, 4ª Turma, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, *DJe* 10.09.2013.

<sup>644</sup> ROBERT ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 99-102.

munições do Exército Alemão, perto da cidade de Lebach, foram mortos. Um dos condenados pela participação no delito, sentenciado a uma pena branda, prestes a ser libertado da prisão quando da exibição do programa, entendia que a veiculação do documentário, no qual era nominalmente citado e apresentado por meio de fotos, violaria seus direitos fundamentais de proteção à personalidade, comprometendo sua ressocialização.

A decisão da Corte Constitucional homenageou os direitos da personalidade, considerando que uma notícia repetida, não revestida de interesse atual pela informação sobre um grave crime e que colocava em risco a ressocialização do ex-detento, estaria proibida do ponto de vista dos direitos fundamentais<sup>645</sup>.

Pouco lembrada, entretanto, é a evolução da jurisprudência com o caso *Lebach II*, de 1999<sup>646</sup>. Neste *case*, outra emissora de televisão rememoraria o evento por meio de um programa seriado sobre crimes históricos ocorridos na Alemanha. Em nova tentativa de impedir a veiculação do programa, o Tribunal Constitucional Federal privilegiou as liberdades comunicativas considerando que, passados trinta anos da ocorrência do delito, os riscos à ressocialização estavam minorados, além da ausência de caráter sensacionalista à atração devido à omissão dos nomes e imagens dos condenados<sup>647</sup>.

Também provindo da Alemanha, o caso *Sedlmayr* merece atenção por envolver o direito ao esquecimento no ambiente digital. Em 1990, o ator Walter Sedlmayr foi morto pelos seus ex-sócios, os irmãos Wolfgang Werlé e Manfred Lauber, condenados em 1993, na cidade de Munique. Após ter sido liberado da prisão, em 2007, Werlé requereu que seu nome fosse retirado da *Wikipedia*, baseando-se na decisão do caso *Lebach*, de 1973, do Tribunal Constitucional Federal Alemão, que afirmava os direitos da privacidade dos cidadãos depois da integralização da pena. A Corte de Hamburgo acolheu a tese do ex-detento. Porém, em demanda apreciada em 2009, o Tribunal

---

<sup>645</sup> ROBERT ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 99-102.

<sup>646</sup> 1 BVerfGE 349 (1999).

<sup>647</sup> OTÁVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR, *Não há tendências na proteção do direito ao esquecimento*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-dez-25/direito-comparado-nao-tendencias-protacao-direito-esquecimento>>. Acesso em: 1º fev. 2017.

Constitucional<sup>648</sup> decidiu que os *sites* da Alemanha não tinham a obrigação de checar seus arquivos a fim de proteger direitos da personalidade de condenados criminalmente.

Na tentativa de apagar a história, visto que a medida se mostrou “um tanto inócua, já que o *Wikipedia* não tinha filial ou negócios na Alemanha, e [o *site*] estava hospedado e amparado na primeira emenda da Constituição norte-americana, sobre a liberdade de expressão”<sup>649</sup>, ambos os irmãos – Lauber foi solto em 2008 – dirigiram o mesmo pleito à *Wikimedia Foundation*, sediada nos Estados Unidos, para que não fossem mais citados nas páginas em inglês da enciclopédia<sup>650</sup>. O pedido foi recusado nas Cortes americanas com base na primeira emenda<sup>651</sup>.

Corroborando a máxima de que lembramos mais daquilo que procuramos forçosamente esquecer, na ânsia de serem olvidados por meio da exclusão de seus nomes da enciclopédia eletrônica, o pedido dos irmãos transformou-se em matérias jornalísticas no mundo inteiro<sup>652</sup>, levando ao efeito *Streisand*<sup>653</sup>, fenômeno da Internet no qual a tentativa de censurar ou remover algum tipo de conteúdo (sejam notícias, imagens, vídeos, comentários) ocasiona efeito contrário para o censor em virtude da publicidade dada ao intento, resultando na replicação da informação para outros *sites*, redes sociais e aplicativos para troca de mensagens.

De origem tedesca também é a interessante discussão sobre a ferramenta auto-completar do *Google*. Em 2012, Bettina Wulff, mulher do ex-presidente Christian Wulff, iniciou um processo contra o provedor exigindo que fossem tomadas providências para

---

<sup>648</sup> BGH, VI ZR 227/08.

<sup>649</sup> ERIK NOLETA KIRK PALMA LIMA, *Direito ao esquecimento: discussão europeia e sua repercussão no Brasil*, p. 275 -276.

<sup>650</sup> DENISE PINHEIRO, *A liberdade de expressão e o passado: desconstrução da ideia de um direito ao esquecimento*, p. 81-82.

<sup>651</sup> GEORGE BROCK, *The Right to be forgotten: Privacy and the media in the Digital Age*, p. 6-7.

<sup>652</sup> Vide matérias de JOHN SCHAWARTZ, *Two German Killers Demanding Anonymity Sue Wikipedia's Parent*. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2009/11/13/us/13wiki.html>>. Acesso em: 31 maio 2017; JOÃO BRUNELLI MORENO, *Assassinos processam Wikipedia na tentativa de serem esquecidos e viram notícia*. Disponível em: <<https://tecnoblog.net/9626/na-tentativa-de-serem-esquecidos-assassinos-processam-wikipedia-e-viram-noticia/>>. Acesso em: 31 maio 2017.

<sup>653</sup> O termo foi criado por MIKE MASNICK em referência a um incidente em 2003, no qual a atriz e cantora norte-americana Barbra Streisand, alegando seu direito à privacidade, processou o fotógrafo Kenneth Adelman e o *website* Pictopia.com em uma tentativa de excluir uma foto aérea de sua mansão, que estava na coleção de fotos da costa da Califórnia, disponível no *site*. Em efeito contrário, a foto viralizou na Internet, com mais de 420.000 pessoas tendo visitado o *site* no mês seguinte ao início da controvérsia. WIKIPEDIA. *Efeito Streisand*. Disponível em: <[https://pt.wikipedia.org/wiki/Efeito\\_Streisand](https://pt.wikipedia.org/wiki/Efeito_Streisand)>. Acesso em: 30 maio 2017. No Brasil, caso semelhante ocorreu com a então modelo e apresentadora Daniela Cicarelli, que, ao pleitear a retirada de um vídeo com cenas íntimas postado no *YouTube*, acabou por ocasionar uma avalanche de visualizações após a notícia do processo judicial ser divulgada.

que, ao digitar seu nome no buscador, os usuários alemães não fossem automaticamente sugestionados com as palavras “prostituta” ou “acompanhante”. Os rumores sobre a antiga profissão da ex-primeira dama teriam sido espalhados pelos opositores do seu marido, quando ele enfrentava denúncias de corrupção que culminaram em sua renúncia no começo do ano de 2012.

Introduzida em 2009 pelo *Google*, a complementação automática nos mecanismos de pesquisa com sugestões seria baseada em algoritmos que levam em consideração, entre outros fatores, o número de buscas semelhantes realizadas por outros internautas. Assim, segundo a empresa, a ferramenta apenas refletiria a curiosidade de uma sociedade interessada em investigar as preferências de personalidades políticas ou do mundo do entretenimento, não envolvendo decisão editorial.

Em maio de 2013, a Corte Federal de Justiça da Alemanha decidiu que, em casos isolados, as sugestões automáticas podem atentar contra os direitos da personalidade, ao julgar demanda promovida pelo fundador da empresa *PM International*, que vende suplementos alimentares e cosméticos pela Rede. O buscador associava-o às palavras “cientologia” e “fraude”. A instância federal asseverou que “a associação errônea do nome do querelante com conceitos negativos fere seu direito de personalidade. Esse dano é de responsabilidade direta da *Google* [...] já que foi a empresa que criou o programa que analisa o comportamento dos usuários e apresenta sugestões” e, portanto, “deveria ter tomado medidas suficientes a fim de impedir que as sugestões de busca geradas pelo *software* ferissem direitos de terceiros”<sup>654</sup>.

#### 5.1.4 Outros países europeus

Ainda na Europa, merece citação um caso ocorrido na Suíça, datado de 1983<sup>655</sup>, envolvendo a Sociedade Suíça de Rádio e Televisão, que obteve autorização para produzir um documentário sobre um sentenciado à morte em 1939, apesar da ação promovida por um descendente que alegava que a divulgação da informação afetaria sua esfera privada de modo oblíquo.

<sup>654</sup> DEUTSCHE WELLE. *Tribunal alemão condena função “autocomple” do Google*. 14.05.2013. Disponível em: <<http://www.dw.com/pt-br/tribunal-alem%C3%A3o-condena-fun%C3%A7%C3%A3o-autocomplete-do-google/a-16812032>>. Acesso em: 25 jan. 2017.

<sup>655</sup> BGE 109, II 353: *Paul Iniger: Contra sociedade de rádio e televisão suíça*, jun. 1983. SERVAT UNIBE. Disponível em: <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/c2109353.html>>. Acesso em: 1º fev. 2017.

Na Bélgica, acórdão lavrado em 2001, pelo Tribunal Civil de Bruxelas<sup>656</sup>, condenou uma emissora de televisão pela exibição de um programa que reconstituiu uma tomada de reféns e a tentativa de fuga de um presidiário em 1984 utilizando imagens autênticas da época e imagens de cenas reconstruídas. O detento, condenado à prisão perpétua, arguiu violação dos direitos da personalidade pleiteando danos morais e a proibição da reexibição do filme, tendo obtido procedência na demanda<sup>657</sup>. Destaque-se que o Estado Belga também foi compelido a pagar indenização por danos morais, tendo a Corte considerado que as autoridades do presídio não deveriam ter permitido a filmagem dentro do estabelecimento em que o detento se encontrava recluso, ou qualquer apoio logístico à produção, pois estavam cientes de que a emissora não havia obtido autorização do retratado<sup>658</sup>.

### 5.1.5 Right to be forgotten<sup>659</sup> nos Estados Unidos da América

Como precedentes dos Estados Unidos da América, valem ser destacados os casos *Red Kimono (Melvin vs. Reid)*<sup>660</sup>, apesar de já superado, conforme abordaremos à frente, e *Sidis (Sidis vs. F-R Publishing Corp)*<sup>661</sup>.

No primeiro, considerado *leading case* norte-americano e julgado pela Suprema Corte da Califórnia em 1931, Bernard Melvin, marido de Gabrielle Darley, ex-prostituta, acusada de homicídio, promoveu demanda contra a produtora de cinema

<sup>656</sup> Peter C vs. NV RTL-TVI and the Belgian State, represented by the Minister of Justice, nr. AR 93/4069/A, Court of First Instance of Brussels (20th Chamber), 20 September 2001.

<sup>657</sup> ERIK NOLETA KIRK PALMA LIMA, *Direito ao esquecimento: discussão europeia e sua repercussão no Brasil*, p. 276.

<sup>658</sup> DIRK VOORHOOF, *Ban on RTL-TVI programme containing images of prisoner*. Disponível em: <<http://merlin.obs.coe.int/iris/2001/10/article8.en.html>>. Acesso em: 1º fev. 2017.

<sup>659</sup> ROLF H. WEBER diferencia os termos *right to forget* e *right to be forgotten*, esclarecendo que o primeiro seria reservado ao direito de não mais se mencionar um fato histórico, em função do decurso do tempo; o segundo, recentemente criado, à pretensão de um indivíduo em ter certas informações removidas da Internet, para que terceiros não mais possam acessá-las. Consideramos a distinção pouco didática e não a utilizaremos neste trabalho (*The right to be forgotten: more than a Pandora's box?*). Disponível em: <<https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-2-2-2011/3084>>. Acesso em: 17 jul. 2017).

Para demonstrar o avanço da discussão sobre o assunto no exterior, há autores que distinguem o *right of oblivion* (também traduzido no Brasil como direito ao esquecimento), aplicado em casos graves de difamação e afronta à privacidade envolvendo especialmente ex-detentos em processo de ressocialização, e o *right of erasure* (direito ao apagamento), direito de o indivíduo exigir a remoção de dados pessoais em processamento por terceiros (AURELIA TAMÓ; DAMIAN GEORGE, *Oblivion, erasure and forgetting in the digital age*. Disponível em: <<https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-5-2-2014/3997/oblivion%2C%20erasure%20and%20forgetting%20in%20the%20digital%20age.pdf>>. Acesso em: 18 jul. 2017).

<sup>660</sup> 297 P. 91 (Cal. 1931).

<sup>661</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. 113 F. 2d 806 (2nd Circuit, 1940). Disponível em: <<http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/113/806/1509377/>>. Acesso em: 31 maio 2017.

Dorothy Davenport Reid, que em seu filme *Red Kimono* (1925) rememorava fatos da vida pregressa de Gabrielle, que em 1918, já inocentada da incriminação, havia se casado e levava “uma vida digna e honrada, exemplar em todos os sentidos”<sup>662</sup>. A cineasta foi condenada pela interferência na vida pessoal presente do Sr. Melvin, em afronta à vida privada<sup>663</sup>. Nas palavras de DOTTI: “O tribunal de apelação da Califórnia, sem referi-lo especificamente, reconheceu a existência de um ‘direito ao esquecimento’, que, desassombradamente é um dos importantes aspectos da vida privada”<sup>664</sup>.

William James Sidis, criança prodígio com habilidades linguísticas e matemáticas excepcionais, se tornou uma celebridade ao ser admitido na Universidade de Harvard aos 11 anos. Décadas depois, já no anonimato, foi retratado na revista *The New Yorker* por uma matéria que se referia a ele com desdém e expunha sua condição atual de morador de um quatinho de canto em um corredor miserável na região sul de Boston<sup>665</sup>. Ao mover um processo por afronta ao direito à privacidade, em 1940, Sidis não teve seu direito reconhecido pela Corte Federal de Apelações do Segundo Circuito, que concluiu que “o público tinha um interesse legítimo em saber o que acontecera com o menino-gênio de outrora”<sup>666</sup>, pois “uma vez que alguém se torne uma figura pública, ainda que contra sua vontade, será para sempre um alvo legítimo da imprensa”<sup>667</sup>.

Apesar de não se referir ao direito ao esquecimento, afigurando-se como caso de afronta à honra pelas informações objetivamente falsas e potencialmente ofensivas<sup>668</sup>, o caso *Wolston vs. Reader’s Digest Association Inc.*<sup>669</sup>, julgado em 1979 pela Suprema Corte Americana, merece citação por restringir o conceito de figura pública<sup>670</sup>, sendo um limite à decisão do caso Sidis.

---

<sup>662</sup> RENÉ ARIEL DOTTI, *Proteção da vida privada e liberdade de informação*, p. 90.

<sup>663</sup> Em que pese o propósito principal do reconhecimento de um “direito ao esquecimento” ser a proteção de quem diretamente foi retratado no episódio do passado – se bem que falaremos à frente do caso “Aída Curi”, no qual os irmãos da vítima de homicídio pleiteiam o direito ao esquecimento –, no caso *Red Kimono*, quem o invocou foi o marido de Gabrielle Darley, sob o fundamento de violação à privacidade.

<sup>664</sup> RENÉ ARIEL DOTTI, *Proteção da vida privada e liberdade de informação*, p. 92.

<sup>665</sup> ANTHONY LEWIS, *Liberdade para as ideias que odiamos*, p. 79-80.

<sup>666</sup> *Ibidem*, p. 81.

<sup>667</sup> *Ibidem*, p. 83.

<sup>668</sup> Consideramos entretanto que, se as informações fossem verdadeiras e apresentassem interesse público, mesmo que causassem dissabores ao “ofendido”, poderiam ser divulgadas.

<sup>669</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. 443 U.S. 157 (1979). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/443/157/case.html>>. Acesso em: 1º fev. 2017.

<sup>670</sup> Neste *case*, Ilya Wolston, cidadão americano, que serviu durante a Segunda Guerra Mundial como tradutor de russo, foi convocado a depor, após uma investigação conduzida nos anos de 1957-1958 terminar com a prisão de dois dos seus parentes envolvidos em espionagem. Não tendo comparecido devido a uma crise nervosa, Wolston foi condenado por desacato, mas a imprensa da época noticiou que a ausência dele

Em *Time Inc. vs. Hill*, em 1967<sup>671</sup>, houve a prevalência da liberdade de expressão sobre a privacidade, em um caso que poderia ser enquadrado como “direito ao esquecimento”. Em uma reportagem sobre a estreia de uma peça de teatro na Broadway, a revista *Life* noticiou que o espetáculo era uma encenação dos infortúnios passados pela família Hill, que, em anos anteriores, havia sido feita refém em sua própria residência por três fugitivos penitenciários. A dramatização exagerava os dissabores passados pela família, cujos membros resolveram processar a editora da revista pela inveracidade dos fatos. A Suprema Corte considerou, entretanto, que não se provara que a falsificação da história pelo periódico havia sido intencional ou imprudente<sup>672</sup>.

*Melvin vs. Reid*, citado pela jurisprudência nacional<sup>673</sup> para admitir um “direito ao esquecimento” no âmbito do STJ nas mídias tradicionais, foi superado pela evolução da jurisprudência americana. No *case law Wilan vs. Columbia County*<sup>674</sup>, de 2002, é pontuado explicitamente que “o caso Melvin, paternalista na sua dúvida sobre a capacidade do povo de atribuir o peso adequado e não excessivo à história criminal de uma pessoa, está morto”.

Das Cortes norte-americanas também merecem ser frisados os *cases Broadcasting Corp. vs. Cohn*<sup>675</sup> e *The Florida Star vs. BJF*<sup>676</sup>, nos quais foi afastada a responsabilidade civil da imprensa por revelar os nomes de vítimas de estupro<sup>677</sup>, os quais

---

denotava participação no crime. No início dos anos 1970, um livro, de autoria de Boris Morros, listou Wolston como espião identificado e condenado. Em demanda movida contra o editor, o pedido foi negado pelas Cortes Distrital e Federal de Apelação, visto que o ex-combatente foi considerado uma figura pública. Reformando a decisão, a Suprema Corte asseverou que o Sr. Wolston não poderia assim ser qualificado, sendo cabível a ação com base na culpa do ofensor (DAVID CURY NETO, *Tutela civil do direito ao esquecimento*, p. 90).

<sup>671</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Time Inc. vs. Hill* 385 U.S. 374 (1967). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/385/374/case.html>>. Acesso em: 31 maio 2017.

<sup>672</sup> ANTHONY LEWIS, *Liberdade para as ideias que odiamos*, p. 83-87.

<sup>673</sup> Cf. STJ. REsp 1.335.153, 4ª Turma, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, *DJe* 10.09.2013; STJ. REsp 1.334.097, 4ª Turma, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, *DJe* 10.09.2013.

<sup>674</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. 280 F. 3d 1163 (7th Circuit, 2002). *Wilan vs. Columbia County*. Disponível em: <<https://casetext.com/case/wilan-v-columbia-county>>. Acesso em: 1º fev. 2017.

<sup>675</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. 420 US 469 (1975). *Broadcasting Corp. vs. Cohn*. Disponível em: <<https://casetext.com/case/cox-broadcasting-corporation-v-cohn-8212-938>>. Acesso em: 1º fev. 2017.

<sup>676</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. 491 US 524 (1989). *The Florida Star vs. BJF*. Disponível em: <<https://casetext.com/case/cox-broadcasting-corporation-v-cohn-8212-938/case/the-florida-star-v-b-j-f#cited-link-1>>. Acesso em: 1º fev. 2017.

<sup>677</sup> No Brasil, em homenagem aos direitos fundamentais da personalidade, há vedação à divulgação dos nomes das vítimas de tais crimes sexuais, a não ser que os próprios ofendidos revelem suas identidades.

havia sido obtidos de forma lícita, e afirmada a inconstitucionalidade das normas jurídicas que vedavam a divulgação<sup>678</sup>.

## 5.2 O “direito ao esquecimento” nas mídias tradicionais brasileiras

Apesar de o “direito ao esquecimento” ter obtido maior destaque quando da sua vinculação à Internet, não somente devido à problemática inerente aos seus mecanismos de regulação e tutela, mas também pela maior vulnerabilidade de direitos fundamentais, como a privacidade, intimidade e imagem, o início de sua discussão no Brasil ocorre com as mídias tradicionais<sup>679</sup>.

Como “o pano de fundo de um desejo de as pessoas serem esquecidas e de não terem o seu passado invocado e rememorado por uma comunicação é o mesmo, independentemente do formato em que a discussão é gerada, seja mídia impressa, de rádio, de televisão, cinematográfica, Internet etc.”<sup>680</sup>, apesar das technicalidades da Rede<sup>681</sup>, consideramos a importância em abordar os primeiros precedentes nos Tribunais Superiores a tratarem especificamente sobre o tema em estudo, e para os quais foram conferidos desfechos antagônicos: os emblemáticos casos “Aída Curi”<sup>682</sup> e “Chacina da Candelária”.

Anteriormente às decisões proferidas pela Corte Superior, em setembro de 2013, foram julgados outros casos nas instâncias inferiores versando sobre o assunto<sup>683</sup>,

---

<sup>678</sup> DANIEL SARMENTO, *Liberdades comunicativas e “Direito ao Esquecimento” na ordem constitucional brasileira*, p. 34.

<sup>679</sup> As plataformas que permitem a comunicação de massa podem ser a tradicional (jornais e revistas impressos, o rádio, a televisão e o cinema), também chamadas de analógicas, e a digital ou eletrônica.

<sup>680</sup> DENISE PINHEIRO, *A liberdade de expressão e o passado: desconstrução da ideia de um direito ao esquecimento*, p. 64.

<sup>681</sup> Vale frisar o pensamento de DANIEL BUCAR, quando pontua que: “[...] apartar a mídia televisiva de outros meios de comunicação é emprestar à informação tratamento fragmentado não condizente com a sua perspectiva unitária, haja vista que uma informação terá o mesmo conteúdo qualquer que seja o seu meio de transmissão. Portanto, afora technicalidades específicas de cada mídia, a disciplina jurídica em torno da informação independe do meio de comunicação em que é veiculada [...]” (*Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento*, p. 6).

<sup>682</sup> No mais, conforme abordaremos à frente, a decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento do ARE 833.248 (Repercussão Geral. Plenário, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, DJ 20.02.2015) terá impactos no estudo do “direito ao esquecimento” de forma ampla.

<sup>683</sup> Além deste julgamento, merecem menção os seguintes acórdãos prolatados pelo TJRJ, todos tendo como ré a Rede Globo de Televisão em virtude da reconstituição de crimes no programa *Linha Direta*: caso “Mônica Granuzzo”, no qual um dos condenados pelo homicídio da jovem tentou obstar a exibição do programa por suposta afronta à sua dignidade. A ação foi julgada improcedente, visto que se considerou que a atração era “um documentário que exhibe matérias sobre casos conhecidos pelo público, fartamente noticiados e discutidos pela sociedade, sendo a abordagem limitada a fatos públicos e históricos, perfazendo a construção da história baseada em depoimentos” (AgIn 0017448-40.2007.8.19.0000, 15ª Câmara Cível, Des. HELDA LIMA MEIRELES, J. 24.10.2007); caso “Zuzu Angel”, no qual uma suposta testemunha do

como o acórdão prolatado na apelação interposta por Raul Fernando do Amaral Street, conhecido como *Doca Street*, no ano de 2006, no TJRJ. Este foi o caso que colocou o tema do “direito ao esquecimento” em debate no Brasil, não somente nos meios acadêmicos como na mídia. Por isso, julgamos oportuno tecer considerações sobre ele.

### 5.2.1 O caso “*Doca Street*” no TJRJ

No dia 30 de dezembro de 1976, a *socialite* Angela Diniz foi morta na praia dos Ossos, em Búzios, no Rio de Janeiro, por seu namorado, Doca Street<sup>684</sup>, condenado posteriormente a dois anos de prisão e beneficiado com *sursis* sob o questionável fundamento de “legítima defesa da honra”, em memorável embate entre o ex-Ministro do STF e famoso advogado Evandro Lins e Silva<sup>685</sup> e o não menos brilhante assistente de acusação Evaristo de Moraes Filho.

O julgamento, que terminou com a condenação da vítima e, praticamente, a absolvição do réu, causou indignação, provocou manifestação e repúdio contra a justificação à morte de mulheres por seus companheiros sob a alegação de “ciúmes”, honra e tradição<sup>686</sup>, e deu um *slogan* ao movimento feminista: “Quem ama não mata”, fazendo com que, graças ao posicionamento das mulheres ativistas ter prevalecido sobre a opinião pública, em um segundo julgamento, em 1981, Street fosse condenado a quinze anos de reclusão, dos quais cumpriu seis, sendo libertado em 1987.

---

desaparecimento do filho da estilista, morto pelos agentes estatais, à época da ditadura cívico-militar brasileira, se referia a militares, estando entre eles o autor da ação, cuja pretensão era a responsabilização civil da emissora. O pedido foi julgado improcedente, tendo o acórdão asseverado que o programa é “mero trabalho jornalístico que retratou eventos de triste memória” (Ap. 0007541-43.2004.8.19.0001, 10ª Câmara Cível, Des. JOSÉ CARLOS VARANDA DOS SANTOS, J. 28.03.2007); caso “Dana de Teffê”, no qual o filho de um suposto envolvido no desaparecimento da milionária alegava violação à honra e à imagem do genitor. A ação foi julgada improcedente, tendo em vista que, além de o evento ter sido amplamente divulgado e discutido pela sociedade à época do acontecimento, bem como seus desdobramentos, não houve valoração dos fatos por parte da emissora, que apresentou o episódio com base em depoimentos, inclusive do pai do autor da demanda, e provas constantes dos autos (Ap. 0092308-14.2004.8.19.0001, 16ª Câmara Cível, Des. SIRO DARLAN DE OLIVEIRA, J. 24.01.2006).

<sup>684</sup> Doca Street escreveu um livro contando sua versão dos fatos, intitulado *Mea Culpa – O Depoimento que rompe 30 anos de silêncio*. Nenhum familiar de Angela Diniz tentou obstar o lançamento da obra embasando-se na alegação de afronta à honra. Outro homicida de renome, Guilherme de Pádua, assassino da atriz Daniela Perez, em 1992, teve a comercialização de sua obra *A história que o Brasil desconhece* proibida pela Justiça, conforme pedido da mãe da atriz, a novelista Glória Perez (CRISTINA GRILLO, *Livro escrito por Pádua está proibido*. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/1996/8/24/cotidiano/4.html>. Acesso em: 6 fev. 2017).

<sup>685</sup> Indicado pelo Presidente João Goulart ao STF, foi Ministro, de setembro de 1963 a janeiro de 1969, até ser aposentado pelo regime cívico-militar com base no AI-5, de 13 de dezembro de 1968, junto com os Ministros Victor Nunes Leal e Hermes Lima.

<sup>686</sup> Quase quarenta anos depois do homicídio de Angela Diniz, a então presidente Dilma Rousseff sancionou a Lei do Femicídio (Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015).

Em maio de 2003, o caso foi encenado no programa *Linha Direta*<sup>687</sup>, em sua versão *Justiça*, transmitido pela Rede Globo de Televisão. Apesar de Street ter conseguido uma liminar suspendendo a exibição do programa, a 14ª Câmara Cível do TJRJ, por dois votos a um, autorizou sua veiculação.

Em 2005, a Justiça Fluminense determinou que a emissora pagasse duzentos e cinquenta mil reais a Doca, pois considerou que houve abuso na produção e divulgação do programa, já que ele havia cumprido sua pena e sido reintegrado à sociedade. Para o juiz PEDRO FREIRE RAGUENET, “O programa em questão não é, em absoluto, o que se pode chamar de informação jornalística<sup>688</sup>, razão pela qual se afasta aqui qualquer discussão a respeito da ponderação de interesses no embate entre a liberdade de informar, assegurada pela Constituição, e o direito à privacidade”.

Após interposição de apelação e, na sequência, de embargos infringentes, a 2ª Câmara do TJRJ manteve o entendimento da 5ª Câmara do Tribunal Fluminense, que havia modificado o resultado do julgamento ao considerar que a emissora deve ter sua liberdade de expressão garantida, visto que o programa se limitou a contar a história de acordo com as provas documentais da época.

Do acórdão prolatado quando da apelação, registre-se o excerto do voto-vogal do Desembargador ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, consentâneo às ideias defendidas neste trabalho:

A conclusão inafastável é de que, se por qualquer razão externou interesse social e acadêmico, a sociedade passa a deter o direito de discutir e avaliar suas causas e consequências independente do tempo decorrido, já que inserido nos anais históricos daquela coletividade. [...] Se o respeito ao direito à privacidade, que reverenciamos como um dos fundamentos bastiões da democracia, servir de camuflagem para ocultar da memória do povo a identidade dos criminosos e prestar-se a enterrar o lixo da história, deve ser

---

<sup>687</sup> Programa exibido nas noites de quinta-feira entre os anos de 1999 e 2007, pela Rede Globo de Televisão (em que pese ter tido uma primeira fase, que durou apenas quatro meses, entre março e junho de 1990), era inspirado em atrações norte-americanas como *Yesterday, Today and Tomorrow* e *The Unsolved Mysteries* (ROBERTO DIAS e ANA BEATRIZ GUIMARÃES PASSOS, *Entre lembrança e olvido: uma análise das decisões do STJ sobre o direito ao esquecimento*, p. 407-408) e apresentava crimes que aconteceram no Brasil, cujos autores estavam foragidos da justiça. A última quinta-feira do mês era reservada às edições especiais, que poderiam ser *Linha Direta Justiça* – com a apresentação da história e do desfecho de crimes e tragédias históricas –, ou *Linha Direta Mistério*, com a apresentação de casos que desafiavam explicações racionais. WIKIPEDIA. Verbete *Linha Direta*. Disponível em: <[https://pt.wikipedia.org/wiki/Linha\\_Direta](https://pt.wikipedia.org/wiki/Linha_Direta)>. Acesso em: 2 fev. 2017.

<sup>688</sup> O magistrado se alicerça na teoria de um suporte fático restrito para a liberdade de imprensa ao considerar que programas televisivos não estão protegidos por aquele direito (Cf. VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 81, nota de rodapé 41). Frise-se que tal teoria é dissonante à defendida neste estudo (vide Capítulo 2).

ponderadamente mitigado em benefício do sentido pedagógico e crítico que acarretam à evolução social<sup>689</sup>.

Street ainda tentou recorrer às Cortes Superiores, mas não obteve sucesso<sup>690</sup>.

### 5.2.2 O caso “Aída Curi”

Em 14 de julho de 1958, Aída Jacob Curi, de 18 anos, foi arremessada do terraço de um edifício no bairro de Copacabana, no Rio de Janeiro. Levada à força para o topo do prédio por Ronaldo Castro e Cássio Murilo com a ajuda do porteiro do local, Antonio Sousa, a jovem teria sido brutalmente espancada, sofrido violência sexual e, por fim, assassinada em uma canhestra simulação de suicídio para ocultar os crimes anteriores.

O fato causou comoção nacional, culminando em revolta quando, após três julgamentos, os réus Ronaldo e Antonio – este encontrava-se desaparecido – foram inocentados da acusação de homicídio, sendo condenados apenas por atentado violento ao pudor e tentativa de estupro. Cássio, enteado de um coronel do DOPS e também síndico do prédio, menor de idade à época do ocorrido, foi encaminhado ao Sistema de Assistência ao Menor (SAM)<sup>691</sup>, de onde saiu direto para o serviço militar.

Com grande cobertura midiática, a comovente história de Aída foi acompanhada pela população, sendo até hoje lembrada, em detalhes, por contemporâneos do fato<sup>692</sup>. Mesmo décadas após a sua morte, livros e reportagens ainda retratam o trágico destino da jovem que “preferiu a morte à desonra”<sup>693</sup>.

Em uma de suas edições da versão *Justiça*, no dia 29 de abril de 2004, *Linha Direta* dedicou um programa à dramatização do caso Aída Curi por meio da encenação do fatídico episódio, com atores e com a divulgação de depoimentos de amigas da jovem e do promotor responsável pelo caso à época.

<sup>689</sup> TJRJ, Ap. Cível 2005.001.54774, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. MILTON FERNANDES DE SOUZA, J. 28.03.2006.

<sup>690</sup> No STJ foi negado provimento ao Agravo 851.325 (Decisão monocrática, Rel. Min. ARI PARGENDLER, DJ 15.06.2007). Ascendendo os autos ao STF, o recurso também não foi conhecido (AI 679.343 AgR, 2ª Turma, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, DJ 1º.02.2013).

<sup>691</sup> Entidade de contenção-repressão infantojuvenil criada pelo Decreto nº 3.799/1941, no período histórico do autoritarismo-populista de Getúlio Vargas (1930-1945).

<sup>692</sup> Conforme relato da Sra. Maria Freire dos Santos, à época, com 22 anos.

<sup>693</sup> MAURICIO CURTI, *Aída Curi: O preço foi a própria vida!*; Aída Curi: *A jovem heroína de Copacabana* e RENÉ ARIEL DOTTI, *Casos Criminais Célebres*.

A exibição motivou o ajuizamento de ação de reparação de danos morais, materiais e à imagem pelos irmãos de Aída contra a TV Globo aduzindo que o crime fora esquecido pelo passar do tempo, tendo a emissora-ré “reaberto as antigas feridas dos autores” veiculando vida, morte e pós-morte dela, inclusive com a exploração de sua imagem mediante a transmissão do programa. Alegaram também que a exploração do caso pela emissora foi ilícita, tendo em vista sua prévia notificação pelos autores.

O juízo de primeiro grau julgou improcedentes os pedidos dos autores, tendo sido a sentença mantida em grau de apelação<sup>694</sup>, conforme excerto abaixo:

Os fatos expostos no programa eram do conhecimento público e, no passado, foram amplamente divulgados pela imprensa. A matéria foi, é discutida e noticiada ao longo dos últimos cinquenta anos, inclusive, nos meios acadêmicos.

A Ré cumpriu com sua função social de informar, alertar e abrir o debate sobre o controvertido caso. Os meios de comunicação também têm este dever, que se sobrepõe ao interesse individual de alguns, que querem e desejam esquecer o passado.

O esquecimento não é o caminho salvador para tudo. Muitas vezes é necessário reviver o passado para que as novas gerações fiquem alertas e repensem alguns procedimentos de conduta do presente.

Também ninguém nega que a Ré seja uma pessoa jurídica cujo fim é o lucro. Ela precisa sobreviver porque gera riquezas, produz empregos e tudo mais que é notório no mundo capitalista. O que se pergunta é se o uso do nome, da imagem da falecida, ou a reprodução midiática dos acontecimentos, trouxe, um aumento de seu lucro e isto me parece que não houve, ou se houve, não há dados nos autos.

Rejeitados embargos de declaração, os familiares de Aída interpuseram recursos especial e extraordinário.

No acórdão prolatado no julgamento do recurso especial<sup>695</sup>, cujo provimento foi negado, apesar do reconhecimento de um direito ao esquecimento ao ofensor, às vítimas de crimes e aos seus familiares, considerou-se que tal direito deve ser ponderado pela questão da historicidade do fato narrado.

Pontuou-se que, em um crime de repercussão nacional, a vítima frequentemente se torna elemento indissociável do delito, inviabilizando, na generalidade das vezes, sua narrativa com a omissão da figura do ofendido. Logo, em que pese o reconhecimento do direito ao esquecimento para todos, ofensor e ofendidos, tal pretensão não poderia alcançar o caso em debate “que reviveu, décadas depois do crime,

---

<sup>694</sup> TJRJ. Ap. Cível n. 0123305-77.2004.8.19.0001, 15ª Câmara Cível, Rel. Des. RICARDO RODRIGUES CARDOZO, J. 17.08.2010.

<sup>695</sup> STJ. REsp 1.335.153, 4ª Turma, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe 10.09.2013.

acontecimento que entrou para o domínio público, de modo que se tornaria impraticável a atividade da imprensa para o desiderato de retratar o caso Aída Curi, sem Aída Curi”. No mais, afirmou-se que o reconhecimento de um direito ao esquecimento não conduz necessariamente ao dever de indenizar, visto que, em matéria de responsabilidade civil, a violação do direito pressupõe ilicitude, cuja existência presume a ocorrência de dano, com nexos causal.

O acordão ainda traz em seu bojo outras considerações. Frisa que, à medida que o tempo se esvai, “e vai se adquirindo um direito ao esquecimento, na contramão, a dor vai diminuindo, de modo que relembrar o fato trágico da vida, a depender do tempo transcorrido, embora possa gerar desconforto, não causa o mesmo abalo de antes”, e na hipótese o programa foi ao ar quase cinquenta anos depois do crime. Logo, segundo os Ministros, na ponderação de valores, o acolhimento do direito pleiteado com a consequente indenização “consubstancia desproporcional corte à liberdade de imprensa, se comparado ao desconforto gerado pela lembrança”.

A decisão foi objeto de recurso extraordinário, cujo seguimento foi negado. Ao examinar agravo nos próprios autos, o STF, por maioria, reconheceu a existência de repercussão geral em face de sua relevância jurídica e social<sup>696</sup>. O caso ainda está pendente de julgamento, sendo que, em 12 de junho de 2017, foi realizada audiência pública<sup>697</sup> sobre “o direito ao esquecimento na esfera cível”, sob a presidência do Ministro Dias Toffoli, com a participação de diversos juristas<sup>698</sup>.

<sup>696</sup> STF. ARE 833.248. Repercussão Geral, Plenário, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, DJ 20.02.2015.

<sup>697</sup> YOUTUBE. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=msWtXN1NrNo>> (parte 1) e <<https://www.youtube.com/watch?v=QMnpmP88WXo>> (parte 2). Acesso em: 20 jun. 2017.

<sup>698</sup> Pela ordem de apresentação: ROBERTO ALGRANTI FILHO (pelos recorrentes); GUSTAVO BINENBOJM (Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão – Abert); TAÍS BORJA GASPARIAN (Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo – Abraji); DANIEL SARMENTO (Associação Nacional de Jornais – ANJ e Associação Nacional de Editores de Revistas – Aner); CÍNTIA ROSA PEREIRA DE LIMA (Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo); JOSÉ CARLOS COSTA NETTO (Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo e especialista em direitos da personalidade); RENATO ÓPICE BLUM (Instituto de Ensino e Pesquisa – Insper); ANDERSON SCHREIBER (Instituto Brasileiro de Direito Civil – IBDCivil); MARCEL LEONARDI (Google Brasil Internet Ltda.); GUSTAVO MASCARENHAS LACERDA PEDRINA (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim); CARLOS AFFONSO PEREIRA DE SOUZA (Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro); ANDRÉ ZONARO GIACCHETTA (Yahoo! do Brasil Internet Ltda.); CORIOLANO AURÉLIO DE CAMARGO SANTOS (Seção de São Paulo da Ordem dos Advogados do Brasil); PABLO DE CAMARGO CERDEIRA (Centro de Tecnologia e Sociedade da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro); ALEXANDRE PACHECO DA SILVA (Grupo de Ensino e Pesquisa em Inovação da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas); MARIANA CUNHA E MELO DE ALMEIDA REGO (Professora e pesquisadora); e ODIM BRANDÃO (subprocurador-geral da República).

### 5.2.2.1 Considerações sobre a audiência pública no ARE 833.248

Em apertada síntese, puderam ser observadas três posições expostas pelos especialistas nessa sessão:

(i) Pró-liberdades comunicativas: seus defensores sustentam a inexistência de um direito ao esquecimento e a prevalência das liberdades comunicativas, que, segundo eles, somente poderiam ser relativizadas por razões estritamente definidas e precisas, em sintonia com o *strict scrutiny* anglo-americano, além do não cabimento da discriminação de discursos em virtude do ponto de vista do *speaker*. Consideram que o direito a ser esquecido não estaria implícito em nenhum outro direito fundamental e que seria uma afronta à História, à verdade e à memória coletiva, tendo implicações nefastas em um país como o Brasil, no qual ainda viceja a cultura censória. Frisam que não há prazo decadencial ou prescricional às liberdades informativas e invocam recentes precedentes da Corte Suprema para sustentar seu posicionamento, entre eles a ADPF 153 (não recepção da Lei de Imprensa pela CF/1988) e a ADIn 4815 (biografias não autorizadas).

(ii) Pró-esquecimento: seus partidários sustentam que o direito ao esquecimento é relacionado à pessoa, e não aos fatos, cabendo a “restauração” dos direitos da personalidade tanto dos condenados como das vítimas, visto que, nos termos da Carta de 1988, são vedadas as penas de caráter perpétuo. Criticam a manutenção de “inimigos públicos midiáticos” aduzindo a existência de um direito à reconstrução da vida após um evento trágico ou doloroso. Um dos defensores desta corrente, GUSTAVO MASCARENHAS LACERDA PEDRINA, propôs, inclusive, o estabelecimento de um marco temporal, fixado em cinco anos contados do fim do cumprimento da pena, para que informações criminais sobre ofensores ou vítimas sejam desindexados ou não carregados pelos buscadores digitais, a pedido daqueles ou de seus familiares.

(iii) Pró-ponderação: para aqueles que advogam esta tese, não há se falar em posição prevalente de um direito fundamental sobre outro, conforme a arquitetura de nossa Constituição. O direito ao esquecimento é visto como um desdobramento dos direitos fundamentais da personalidade, em especial o da privacidade, que, quando em colisão com as liberdades comunicativas, seria passível de ponderação de maneira casuística. Um dos expositores, ALEXANDRE PACHECO DA SILVA, sugeriu, inclusive, uma regra sobre o tema: “se a divulgação de um determinado fato causa sofrimento psicológico a uma pessoa ou grupo, e não há vantagens que justifiquem essa divulgação, então, a

pessoa ou o grupo, pode requerer a restrição de acesso ou o uso de informações sobre o fato”. Na aplicação da ponderação, é proposta a realização de questionamentos como: houve contribuição ao debate público com a veiculação do programa? Poderíamos considerar a mensagem como uma narrativa de alerta?

### 5.2.3 O caso “Chacina da Candelária”

Relembrada mundialmente como marco da violência contra jovens moradores de rua, a chacina, ocorrida no dia 23 de julho de 1993, sob as marquises do elevado pé-direito dos edifícios no entorno da igreja da Candelária, localizada na região central da cidade do Rio de Janeiro, deixou oito seres humanos mortos, sendo seis deles menores de 18 anos. O “motivo” para o massacre teria sido o apedrejamento, pelos menores, de uma viatura da polícia militar, ocorrido naquele mesmo dia.

A carnificina ganhou os holofotes da imprensa, motivando protestos nacionais e internacionais. A pressão política levou à condução de uma açada investigação, talvez em uma tentativa de demonstração de competência e eficiência estatal, culminando com a temerária divulgação pela Polícia do Estado do Rio de Janeiro, apenas dois dias depois do crime, de que os homicídios haviam sido desvendados com a prisão dos seus autores, entre eles, o serralheiro Jurandir Gomes de França.

França havia sido chamado para prestar depoimento para confirmar o álibi do seu cunhado, um policial militar, e foi “reconhecido” como um dos autores do crime por alguns menores sobreviventes que estavam na delegacia.

Cerca de três anos após o encarceramento, e dias antes do julgamento, o ex-soldado da Polícia Militar Nelson Oliveira dos Santos, sofrendo uma crise de consciência, segundo a história oficial, decidiu revelar a um pastor evangélico tudo o que sabia sobre a chacina. Cinco dias antes do julgamento dos acusados, um advogado procurou os promotores que atuavam no caso e informou que seu cliente, o ex-soldado, estava envolvido no crime e queria confessar. Nesse depoimento, inocentou três dos supostos assassinos, entre eles, o serralheiro. No julgamento pelo Tribunal do Júri, em decisão unânime, o trio foi absolvido, conforme pedido da própria Promotoria<sup>699</sup>.

---

<sup>699</sup> SERGIO TORRES, *Justiça absolve 3 acusados de chacina*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/1996/12/11/cotidiano/34.html>>. Acesso em: 2 fev. 2017.

Esse caso foi encenado no programa *Linha Direta*, versão *Justiça*, em uma noite de junho de 2006.

Antes da veiculação, a emissora teria procurado Jurandir no intuito de gravar uma entrevista, tendo sido essa recusada por ele, além da manifestação do seu desinteresse em ter sua imagem apresentada em rede nacional.

O ex-acusado entrou com uma ação de reparação de danos morais contra a rede de comunicação alegando que foi levada a público situação que já havia superado, reacendendo na comunidade em que residia a imagem de chacinador e o ódio social, ferindo seu direito à paz, anonimato e privacidade pessoal, com prejuízos diretos também aos seus familiares. Segundo a petição, a situação fez com que Jurandir não conseguisse mais emprego, além de ter sido obrigado a se mudar da comunidade onde residia para não ser morto por “justiceiros” e traficantes.

O juízo de primeira instância, sopesando, de um lado, o interesse público da notícia sobre o evento que expôs as chagas nacionais ao mundo, “repercutindo de forma desastrosa na imagem do país junto à comunidade internacional” e, de outro, o direito ao anonimato e ao esquecimento, resolveu mitigar o segundo e julgou improcedente o pedido indenizatório.

Em grau de apelação, a sentença foi reformada por maioria de votos, considerando-se que, apesar da caracterização dos episódios históricos como patrimônio de um povo e do reconhecimento à imprensa do direito/dever de recontá-los indefinidamente e rediscuti-los em diálogo com a sociedade civil, constitui abuso de direito à informação a divulgação da imagem e do nome de acusado envolvido em caráter meramente lateral e acessório em processo rumoroso, do qual foi absolvido, tendo voltado ao anonimato, mormente sendo possível a narrativa da história sem a sua menção.

Opostos embargos infringentes, também por maioria, foram rejeitados, sob o fundamento da desnecessidade da revelação do nome completo e da imagem de pessoa envolvida, involuntariamente, no funesto episódio, se esses dados já não constituíam novidade jornalística e pouco acrescentavam em substância ao teor da matéria que objetivava revisitar fatos ocorridos há mais de uma década, sendo que a desfiguração eletrônica da imagem do ex-acusado e o uso de um pseudônimo consistiriam em sacrifício mínimo à liberdade de expressão em favor de outros direitos fundamentais, como a

proteção à intimidade e à vida privada, bem como do princípio basilar da dignidade da pessoa humana.

A Corte considerou que os danos decorrentes da exibição do programa televisivo na vida privada do autor da demanda foram severos, relançando-o como “suspeito” entre as pessoas de sua convivência, e determinou o pagamento de indenização no montante de cinquenta mil reais.

Rejeitados embargos de declaração opostos, sobrevieram recursos especial e extraordinário.

No acórdão prolatado no julgamento do recurso especial<sup>700</sup>, foi mantida a condenação da emissora repisando-se que a história do massacre poderia ser contada de forma fidedigna sem que para isso a imagem e o nome do autor precisassem ser expostos em rede nacional. Pontuou-se que, embora as instâncias ordinárias tenham reconhecido que a reportagem se mostrou consentânea à realidade, “a receptividade do homem médio brasileiro a noticiários desse jaez é apta a reacender a desconfiança geral acerca da índole do autor, o qual, certamente, não teve reforçada sua imagem de inocentado, mas sim a de indiciado”. Foi considerado que a nova veiculação do fato, significou a permissão de segunda ofensa à dignidade, só porque a primeira já ocorrera no passado, visto que, além do hediondo crime em si, o inquérito policial consubstanciou reconhecida “vergonha” nacional à parte.

#### *5.2.4 Considerações sobre os casos examinados*

Em que pesem os veredictos antagônicos dos dois precedentes, considerou-se que a tese do direito ao esquecimento é aplicável no Brasil, especificamente para o caso de publicações na mídia televisiva, “com olhos centrados não só na principiologia decorrente dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, mas também diretamente do direito positivo infraconstitucional”.

O relator – o mesmo nos dois casos – adverte que a tese é mais complexa quando aplicada à Internet por desafiar soluções de índole técnica, como “a possibilidade de compartilhamento de informações e circulação internacional de conteúdo, o que pode tangenciar temas sensíveis como a soberania dos Estados-nação”. No entanto, conforme

---

<sup>700</sup> STJ. REsp 1.334.097, 4ª Turma, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, *DJe* 10.09.2013.

já alertamos, certamente a decisão a ser prolatada pelo STF no julgamento do ARE causará impacto no ambiente virtual.

Em nenhum dos julgados foi apresentado um critério objetivo para se chegar às decisões, sobrando, pelo contrário, posicionamentos pessoais e tendenciosos, como: a estranha afirmação da possibilidade do reconhecimento do direito a ser esquecido sem o necessário dever de indenizar; a conceituação da nova tese como “direito à esperança”; a afirmação sobre a existência de “uma inclinação ou predileção constitucional para soluções protetivas da pessoa humana”; e, ainda, a citação como precedente de jurisprudência comparada que já se encontra superada pelos Tribunais de origem, conforme já demonstrado no início deste Capítulo no “Panorama histórico: origens e precedentes internacionais”.

Há pontos sobre o tema que ficaram em aberto e carecem de discussão e delimitação em julgamentos futuros, alguns já apontados pela doutrina<sup>701</sup>:

- (i) A questão do lapso temporal para se configurar o “direito ao esquecimento”. No acórdão prolatado no Recurso Especial sobre o caso Aída Curi, o Ministro-relator LUIS FELIPE SALOMÃO afirmou que, como a reportagem contra a qual se insurgiram os autores foi ao ar cinquenta anos depois da morte da jovem, não haveria que se falar em abalo moral. Já no caso da “Chacina da Candelária” havia transcorrido 13 anos. Com isso, é possível inferir que há a necessidade de um lapso temporal mais curto para que possa se dar sua caracterização. E qual seria? Quais os critérios objetivos utilizados para se chegar a tal conclusão? Em qual momento se dá o direito de retorno ao anonimato?
- (ii) Quanto à abrangência de proteção do direito. O Ministro-relator diz, textualmente, que o direito ao esquecimento se reconhece para todos, ofensor e ofendidos. No entanto, o Ministro RAUL ARAÚJO, que proferiu voto-vogal no “caso Aída”, pontua que “os agentes desses crimes, condenados, é que poderão reclamar direito ao esquecimento, a ser examinado em cada caso concreto pelo Judiciário”, ressaltando sua perplexidade com o fato de a vítima do crime se sentir importunada com a divulgação (no caso, seus irmãos). Ou seja, não há unanimidade na tese da possibilidade de o ofendido pleitear o direito ao esquecimento.

---

<sup>701</sup> DENISE PINHEIRO, *A liberdade de expressão e o passado: desconstrução da ideia de um direito ao esquecimento*, p. 123-134; ROBERTO DIAS e ANA BEATRIZ GUIMARÃES PASSOS, *Entre lembrança e olvido: uma análise das decisões do STJ sobre o direito ao esquecimento*, p. 414-417; DANIEL SARMENTO, *Liberdades comunicativas e “Direito ao Esquecimento” na ordem constitucional brasileira*, p. 13-14.

(iii) Titularidade para pleitear o esquecimento. Sendo uma consequência do ponto precedente, surge outro questionamento: os agentes estatais também têm direito ao esquecimento? O próprio caso da Chacina da Candelária serve para ilustrar a situação: poderiam os agentes do Estado pleitear, um dia, a desvinculação de seus nomes da investigação malsucedida e atrapalhada, que acabou por deixar encarcerados inocentes por quase três anos, levando, inclusive, à responsabilização civil do Estado por erro judiciário?<sup>702</sup> Caso positivo, não abriríamos uma brecha para carrascos da ditadura cívico-militar e outros criminosos (agentes públicos) que chocaram o país com seus crimes, inclusive corruptos e maus gestores em geral, pleitearem o mesmo direito?

(iv) Ausência de sopesamento dos direitos em colisão. O Ministro-relator LUIS FELIPE SALOMÃO, conforme já salientado, concebe o direito ao esquecimento como decorrente dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, como também diretamente do direito positivo infraconstitucional. Desta forma, para a jurisprudência até agora firmada pelo STJ, é um direito autônomo e independente, posição com a qual não concordamos, visto que a faculdade de a pessoa não ser importunada por atos ou fatos do passado, ainda que verídicos, que lhe tragam algum constrangimento revela-se, no máximo, como resultado de uma típica colisão entre o direito às liberdades comunicativas e os direitos fundamentais da personalidade. Em tais casos, o estado da arte da ciência jurídica advoga pela racionalidade e sugere a aplicação da proporcionalidade<sup>703</sup>, que conduz à ponderação entre os direitos envolvidos, para, diante das condições fáticas e jurídicas do caso concreto, concluir-se qual deve prevalecer, podendo o direito ao esquecimento ser o resultado dessa ponderação.

---

<sup>702</sup> SERGIO TORRES, *Acusado da Candelária quer indenização*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/1996/12/10/cotidiano/16.html>>. Acesso em: 6 fev. 2017.

Aqui não podemos deixar de rememorar o emblemático e trágico caso da Escola Base, no qual o verdadeiro culpado pela sucessão de eventos nefastos que destruíram a vida de seis pessoas, “acusadas” do crime de pedofilia e formação de quadrilha, foi o delegado responsável pelo inquérito policial Edécio Lemos, que por meio de declarações à mídia, desprovidas de qualquer indício de veracidade, deu início a verdadeira caça às bruxas contra os infelizes proprietários do estabelecimento escolar infantil e contra um casal de pais de aluno. O inquérito foi arquivado por absoluta falta de elementos mínimos de convicção desfavoráveis aos investigados. As vítimas processaram o Estado por responsabilidade civil objetiva, figurando em vários processos o ex-delegado como “interessado” (vide STJ. REsp 351.779, 2ª Turma, Rel. Ministra ELIANA CALMON, DJ 09.02.2004; REsp 1.088.866, 2ª Turma, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJe 04.02.2013). E poderia o ex-delegado evocar seu direito ao esquecimento? Em nossa opinião, de forma alguma, tendo em vista a historicidade dos fatos e o interesse público em rememorar este triste evento, para que não se repita.

<sup>703</sup> Como ressaltado por ROBERTO DIAS e ANA BEATRIZ GUIMARÃES PASSOS, a não utilização da proporcionalidade é bastante negativa pelo cenário de incerteza e insegurança ao jurisdicionado, que não sabe o que esperar ao recorrer ao Judiciário, sem se pretender com isso “que a jurisprudência fique engessada ou se torne imutável, mas sim que haja um posicionamento coerente dos magistrados, absolutamente possível de ser alterado com o passar do tempo e mudança da sociedade” (*Entre lembrança e olvido: uma análise das decisões do STJ sobre o direito ao esquecimento*, p. 416).

(v) Argumentação insuficiente para se considerar que no caso Aída Curi há interesse público e no caso da Chacina da Candelária não há. A acusação de um inocente, hipossuficiente, e a sua conseqüente absolvição em virtude da confissão de um dos reais homicidas, e não devido à investigação estatal, que, muito pelo contrário, primou pela incompetência, não seria argumento apto a fundamentar um debate com a sociedade sobre nosso sistema de justiça? Apesar de o relator observar que “não há como se falar do caso Aída Curi, sem Aída Curi”, nos parece que a narrativa sobre a investigação e o julgamento dos autores pela Chacina da Candelária estaria incompleta, sem referência ao grave erro judiciário cometido e às suas vítimas; a ocultação do nome e da imagem de personagens integrantes da narrativa, mesmo que coadjuvantes, leva à deturpação da história, ocasionando sua incompletude e conseqüente meia-verdade.

(vi) Imprecisão na definição e contornos do “direito ao esquecimento”. Pela leitura dos julgados, o direito se afigura como um “novo rótulo” dado para eventuais afrontas aos tradicionais direitos fundamentais à privacidade, intimidade, honra e imagem, apesar de ser tratado como autônomo e independente.

(vii) Grave ameaça para pesquisa, divulgação e estudo da História. Por existir uma pretensão de universalização quando do reconhecimento de um direito como fundamental, afirmar que o direito ao esquecimento ostenta esta qualidade significa dizer que há um direito fundamental a não ser lembrado por fatos desagradáveis ou desabonadores do passado, inclusive os referentes a acontecimentos históricos, nos quais sempre permanecem aspectos cuja recordação pode ocasionar embaraço ou sofrimento para alguém.

(viii) Incoerência com a decisão proferida na ADIn 4851 (biografias não autorizadas), na qual foi dada interpretação conforme a Constituição aos arts. 20 e 21 do Código Civil. Em homenagem às liberdades comunicativas, foi declarado “inexigível o consentimento de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo por igual desnecessária a autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas)”. Não há como negar que a decisão enfraquece a tese do direito ao esquecimento no meio audiovisual, tendo em vista a manifestação favorável à abordagem de episódios pretéritos, inclusive no que se refere aos coadjuvantes das narrativas, sem a necessidade de autorização.

### 5.3 O direito à memória e à verdade

A vigilância permanente do Grande Irmão e a contínua mutabilidade do passado, expostas por GEORGE ORWELL em *1984*, segundo o qual, em uma distópica sociedade, em lugares indeterminados e de forma anônima, “havia as cabeças dirigentes que coordenavam todo aquele esforço e estabeleciam as diretrizes políticas que tornavam necessário que esse fragmento do passado fosse preservado, aquele adulterado e aquele outro destituído de toda e qualquer existência”<sup>704</sup> e, conforme expressão da obra, atirados no “buraco da memória”, ilustram como o totalitarismo se vale da manipulação da verdade para a manutenção do poder.

O controle do poder necessita do controle da informação. Exatamente por isso, regimes autoritários ou semidemocráticos censuram ou alteram informações conforme seus interesses.

Ora expurgando inimigos, assim como líderes do antigo bloco comunista fizeram com seus desafetos<sup>705</sup>, ora limpando reputações, como a “remissão” de grandes empresários que financiaram órgãos de repressão à época da ditadura cívico-militar brasileira<sup>706</sup>, a tergiversação da História com a exclusão/manipulação de fatos verdadeiros e que apresentem interesse público controla a realidade, conduzindo ao que ORWELL denominou “duplispensamento”<sup>707</sup> em sua obra ficcional.

---

<sup>704</sup> GEORGE ORWELL, *1984*, p. 57.

<sup>705</sup> Em fotografia tirada em frente ao teatro Bolshoi de Moscou, em 1920, Vladimir Ilitch Lenin discursava em um palanque, estando ao seu lado uma das figuras mais importantes da Revolução Russa de 1917, Leon Trotsky. Após a morte de Lenin em 1924, Trotsky foi vencido em disputas internas do Partido Comunista e caiu em desgraça. Exilado da extinta União Soviética, Josef Stálin decidiu eliminá-lo da História alterando todos os registros fotográficos em que Trotsky aparecia, mesmo com a tecnologia rudimentar da época. Apagada a memória iconográfica, restou desaparecida a força de Trotsky ao lado do líder bolchevique, o que poderia corroborar uma legítima sucessão e a herança de sua popularidade. Após a eliminação simbólica, restou a eliminação física. Em 1940, Trotsky foi assassinado no México por Ramón Mercader, agente da Polícia de Stálin.

<sup>706</sup> A exemplo da Operação Bandeirantes (Oban), centro de informações e investigação montado pelo governo do Estado de São Paulo e pelo Exército Brasileiro. ELIO GASPARI conta que a Oban “foi lapidada por meio de uma diretriz para a política de segurança interna, expedida pela Presidência da República em julho de 1969 [...]. Manteria algo parecido com um cartório para tomada de depoimentos e teria sua própria carceragem [...]. As delegacias policiais, inclusive o DOPS, estavam obrigadas a mandar à Oban todos os suspeitos de atividades terroristas [...]. A reestruturação da PE paulista e a Operação Bandeirante foram socorridas por uma ‘caixinha’ a que compareceu o empresariado paulista” (*A ditadura escancarada*, p. 60-62). Entre os empresários que financiaram o centro de torturas, estavam membros da Ford, da Volkswagen, do grupo Mercantil do Brasil, da Ultragás, da Mesbla, do Grupo Camargo Correia, do Grupo Folha, entre outros. O DOI-CODI foi o órgão sucessor da Oban, tendo como seu torturador mais famoso o Coronel Carlos Alberto Brilhante Ustra (citado em um caso analisado no tópico 5.3.1).

<sup>707</sup> “Saber e não saber, estar consciente de mostrar-se cem por cento confiável ao contar mentiras construídas laboriosamente, defender ao mesmo tempo duas opiniões que se anulam uma à outra, sabendo

O revisionismo de fatos históricos é um dos riscos a serem enfrentados quando evocada a tese do “direito ao esquecimento”, pois uma de suas características fundamentais é o transcurso de um período de tempo entre o fato ocorrido e a sua rememoração. Há necessidade de um certo distanciamento temporal entre os acontecimentos e a análise a ser promovida pelos estudiosos. E cabe à História estudar e compreender esses fatos pretéritos, dependentes parcialmente do presente<sup>708</sup>, ainda que possam ser afrontosos à reputação de alguns personagens.

Como ilustrado por JACQUES LE GOFF, a objetividade histórica, em que pese sua ambição, constrói-se paulatinamente por meio de “revisões incessantes do trabalho histórico, laboriosas verificações sucessivas e acumulação de verdades parciais”<sup>709</sup>.

E o conhecimento da História não está só adstrito às narrativas envolvendo grandes estadistas ou figuras públicas, mas volta-se também ao homem comum e ao seu cotidiano, visto que a subordinação apenas às fontes “elitistas” leva ao fenômeno da identificação da memória coletiva à classe social dominante.

DANIEL SARMENTO observa sobre esse assunto que:

A História voltou-se também para novos personagens: não só os líderes políticos e as grandes personalidades interessam, mas igualmente as pessoas comuns, incluindo os integrantes dos grupos mais desfavorecidos. Afinal, para compreender o passado, faz todo sentido estudar como viviam, pensavam e se comportavam as mulheres e homens ordinários, que compunham a absoluta maioria da população. Passa-se a falar de uma “História vista de baixo”<sup>710</sup>.

---

que são contraditórias e acreditando nas duas; recorrer à lógica para questionar a lógica, repudiar a moralidade dizendo-se um moralista, acreditar que a democracia era impossível e que o Partido era o guardião da democracia; esquecer tudo o que fosse preciso esquecer, depois reinstalar o esquecido na memória no momento em que ele se mostrasse necessário, depois esquecer tudo de novo sem o menor problema: e acima de tudo aplicar o mesmo processo ao processo em si” (GEORGE ORWELL, 1984, p. 48).

<sup>708</sup> JACQUES LE GOFF assevera que: “Toda história é contemporânea, na medida em que o passado é apreendido no presente e responde, portanto, a seus interesses, o que não só é inevitável como legítimo. Pois que a história é duração, o passado é ao mesmo tempo passado e presente” (*História e Memória*, p. 53).

<sup>709</sup> Ibidem, p. 36.

<sup>710</sup> DANIEL SARMENTO, *Liberdades comunicativas e “Direito ao Esquecimento” na ordem constitucional brasileira*, p. 13.

Nesta reconstrução das verdades históricas, há especial atenção à denominada memória coletiva<sup>711</sup>, que, para LE GOFF, deve ser utilizada para libertação, e não para a servidão humana<sup>712</sup>.

O sociólogo francês MAURICE HALBWACHS afirma, em sua obra sobre a memória coletiva<sup>713</sup>, que:

Não basta reconstituir pedaço por pedaço a imagem de um acontecimento passado para obter uma lembrança. É preciso que esta reconstituição funcione a partir de dados ou de noções comuns que estejam em nosso espírito e também no dos outros, porque elas estão sempre passando destes para aqueles e vice-versa, o que será possível se somente tiverem feito e continuarem fazendo parte de uma mesma sociedade, de um mesmo grupo<sup>714</sup>.

VIKTOR MAYER-SCHÖNBERGER frisa que a memória se caracteriza por um processo em dois passos: no primeiro, ocorre o armazenamento de informações; no segundo, sempre que necessário, seu resgate. E tal conteúdo pode estar armazenado tanto pela memória interna, natural, porém falha, visto depender da habilidade humana para apreensão de informações; como na memória externa, artificial, infalível, composta por artefatos criados pelo ser humano, tais como a fotografia, o audiovisual, os escritos e arquivos em geral, como bibliotecas, museus e, atualmente, o imenso banco de dados da Internet<sup>715</sup>.

Com os avanços da tecnologia da informação, é notável a preponderância da memória externa sobre a interna, e “em razão dela, ampliaram-se as informações que podem ser armazenadas, facilitou-se como são lembradas e barateou-se seu custo. Desta forma, a lembrança tem se tornado a regra e o esquecimento, a exceção”<sup>716</sup>.

---

<sup>711</sup> FRANÇOIS OST distingue a “memória coletiva” da “memória histórica”. Aquela seria elaborada no seio dos grupos sociais, produtora de tradições vivas; já a “histórica” apresentar-se-ia como um quadro de acontecimentos, a compilação de fatos, engendrando um saber histórico: “no primeiro caso, se depreende algo como uma genealogia, provedora de identidade e de sentido; no segundo, é fornecida uma cronologia sinônima de conhecimento objetivo” (*O tempo do Direito*, p. 57-58). Neste trabalho, consideramos a memória coletiva, também histórica, e por isso não adotamos a conceituação de OST.

<sup>712</sup> JACQUES LE GOFF, *História e Memória*, p. 437.

<sup>713</sup> Em sentido contrário, vide o ensaio de DAVID RIEFF, *In Praise of forgetting: historical memory and its ironies*, no qual o autor fala de um *nonsense* sentimental da memória coletiva e critica a manutenção de lembranças destrutivas e movidas a rancor e ressentimentos, dizendo que devemos lidar com o passado esquecendo o que deve ser esquecido e seguindo em frente.

<sup>714</sup> MAURICE HALBWACHS, *A memória coletiva*, p. 39.

<sup>715</sup> VIKTOR MAYER-SCHONBERGER, *Delete: the virtue of forgetting in the digital age*, p. 18, 28-49.

<sup>716</sup> ANDRÉ BRANDÃO NERY COSTA, *Direito ao esquecimento na Internet: a scarlet letter digital*, p. 190.

Mas isto não evita o que é chamado por FRANÇOIS OST de declínio da memória, especialmente por dois fenômenos. O primeiro, pelo superinformacionismo<sup>717</sup>, a abundância de informações e imagens geradas pela mídia que, em que pese sua possibilidade de “memorização” pelos meios externos, “espécie de caixa-preta onimemorizante”, nada tem em comum com a memória seletiva ligada às tradições vivas; o segundo, pela incapacidade na suscitação de identidades coletivas e mobilizadoras devido à fragmentação de grupos e subgrupos de pertencimento com suas afiliações e ideias<sup>718</sup>.

No entanto, os quatro paradoxos referentes à memória apresentados por OST continuam atuais, mesmo quando aplicados ao ambiente virtual: (i) a memória é social e não individual, uma vez que nossas lembranças, por mais pessoais e íntimas que sejam, só conseguem ser expressas em termos tomados de empréstimo da tradição, e tais termos só fazem sentido “sendo tomados por uma comunidade afetiva e social que não demora, aliás, em retrabalhá-los”; (ii) a memória opera a partir do presente, e não do passado, visto que não se retém o que não se reconstruiu; (iii) como consectário do tópico precedente, a memória é disposição ativa, voluntária, e não algo passivo e espontâneo; e (iv) longe de se opor ao esquecimento, a memória o pressupõe, já que “qualquer organização da memória é igualmente organização de esquecimento”<sup>719 720</sup>.

E o direito à memória coletiva está intrinsecamente ligado ao direito à verdade<sup>721</sup>, que, por sua vez, está intimamente relacionado ao direito à informação, pressuposto dos Estados Democráticos de Direito da atualidade.

O direito à verdade surge normativamente vinculado ao Direito Internacional Humanitário voltado à situação de mortos e desaparecidos durante os conflitos armados

---

<sup>717</sup> Nas palavras de ANTONIO RULLI JUNIOR e ANTONIO RULLI NETO: “o superinformacionismo é esse contexto em que nos encontramos. Uma busca na Internet diz mais que somos do que nós mesmos imaginamos. E não são apenas os dados que se coletam com facilidade, mas até mesmo os dados de acesso que nos expõem” (*Direito ao esquecimento e o superinformacionismo: apontamentos no direito brasileiro dentro do contexto de sociedade da informação*, p. 421).

<sup>718</sup> FRANÇOIS OST, *O tempo do Direito*, p. 54-55.

<sup>719</sup> Em que pese aqui podermos fazer uma crítica na linha da psicanálise, visto que o que foi “esquecido” pode estar simplesmente recalado. Nas palavras de MARIA RITA KEHL: “quando uma sociedade não consegue elaborar os efeitos de um trauma e opta por tentar apagar a memória do evento traumático, esse simulacro de recalque coletivo tende a produzir repetições sinistras” (*Tortura e Sintoma Social*, p. 126).

<sup>720</sup> FRANÇOIS OST, *O tempo do Direito*, p. 57-60.

<sup>721</sup> O direito à verdade é reconhecido como um dos direitos fundamentais das vítimas de graves violações de Direitos Humanos pela Resolução 2005/66 da ONU, pelos arts. 1.1, 8, 13 e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos e pela Resolução 2175/2006 da Assembleia-Geral da OEA (JULIA KERTEZS RENAULT PINTO, *O Direito à memória e à verdade e os direitos humanos: o caso “Guerrilha do Araguaia”*, p. 8. Disponível em: <[http://www.fd.uc.pt/hrc/pdf/papers/JuliaKertesz\\_Ensaio\\_VF\\_PG2011.pdf](http://www.fd.uc.pt/hrc/pdf/papers/JuliaKertesz_Ensaio_VF_PG2011.pdf)>. Acesso em: 15 set. 2017).

internacionais, tendo seu âmbito de proteção dimensionado devido à proliferação de guerras civis na década de 1960<sup>722</sup>.

Tal direito permite ao jurisdicionado as garantias de pedir, buscar e difundir informações, assegurando o “direito a conhecer a história do seu país e de seus cidadãos, o que está associado à garantia de acesso à justiça [...]”<sup>723</sup>.

Assim, além do direito das vítimas e seus familiares de conhecerem a verdade, seja sobre as circunstâncias da detenção, do desaparecimento forçado, da morte ou da localização dos restos mortais, há uma outra dimensão do direito à verdade que abrange o direito da sociedade à construção da memória, história e identidades coletivas<sup>724</sup>.

Conforme FABIANA SANTOS DANTAS, há um direito fundamental à memória no ordenamento jurídico definido como “o direito subjetivo de conhecer, resgatar e refletir sobre o passado da sociedade, através do acesso orientado e gratuito ao patrimônio cultural brasileiro, em sua dimensão tradicional”<sup>725</sup>.

Nas palavras de SARMENTO, essa faceta do direito à memória no Brasil, “que envolve a obrigação do Estado de revelar e difundir à sociedade fatos históricos profundamente negativos, consistentes em graves violações de direitos humanos, geralmente ocorridos em períodos ditatoriais e mantidos em sigilo”<sup>726</sup>, é de extrema importância e apresenta tensão insanável com o “direito ao esquecimento”.

Por isso, a colisão entre as liberdades comunicativas e os direitos da personalidade deve ser solucionada de forma racional, por meio da ponderação, sob o risco de o reconhecimento de um “direito a ser esquecido” afrontar a memória coletiva e a verdade histórica.

---

<sup>722</sup> JULIA KERTEZS RENAULT PINTO, *O Direito à memória e à verdade e os direitos humanos: o caso “Guerrilha do Araguaia”*, p. 6. Disponível em: <[http://www.fd.uc.pt/hrc/pdf/papers/JuliaKertesz\\_Ensaio\\_VF\\_PG2011.pdf](http://www.fd.uc.pt/hrc/pdf/papers/JuliaKertesz_Ensaio_VF_PG2011.pdf)>. Acesso em: 15 set. 2017.

<sup>723</sup> Ibidem, p. 8.

<sup>724</sup> Ibidem, p. 9.

<sup>725</sup> FABIANA SANTOS DANTAS, *Direito Fundamental à memória*, p. 66. ZILDA MARA CONSALTER propõe que o direito à memória se encontra juridicamente fundado no princípio da dignidade da pessoa humana e no compromisso do Estado constitucional brasileiro de assegurar o respeito aos direitos humanos (*Direito ao esquecimento. Proteção da intimidade e ambiente virtual*, p. 312). DANIEL SARMENTO diz que a memória coletiva deve ser preservada como um patrimônio imaterial da nação, nos termos do art. 216 da CF (*Liberdades comunicativas e “Direito ao Esquecimento” na ordem constitucional brasileira*, p. 15).

<sup>726</sup> DANIEL SARMENTO, *Liberdades comunicativas e “Direito ao Esquecimento” na ordem constitucional brasileira*, p. 15.

O direito à memória e à verdade é um dos eixos orientadores do Programa Nacional de Direitos Humanos, tendo como diretrizes o reconhecimento da memória e da verdade como direito humano à cidadania e dever do Estado; a preservação da memória histórica e a construção pública da verdade; e a modernização da legislação concernente ao assunto, objetivando fortalecer a democracia<sup>727</sup>.

O direito à verdade já inspirou a promulgação de diversos Diplomas Legais, como a Lei nº 9.140/1995, marco no reconhecimento, pelo Estado brasileiro, de sua responsabilidade na morte de opositores políticos desaparecidos no período de 2 de setembro de 1961 a 5 de outubro de 1988<sup>728</sup>, e instituidora da Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos (CEMDP); e a Lei nº 12.528/2011, que instituiu a Comissão Nacional da Verdade no âmbito da Casa Civil da Presidência da República, órgão cujas atividades não têm caráter jurisdicional ou persecutório (art. 4º, § 4º<sup>729</sup>).

O próprio Enunciado 531, aprovado na VI Jornada de Direito Civil, ao dispor que “a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”, ressalva em sua justificativa que o direito “não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados”.

Como alertado por RODOTÀ, “falar de ‘finalidade’ ou de ‘esquecimento’ assume significados diferentes de acordo com as situações ou os sujeitos considerados, e

<sup>727</sup> Cf. o art. 2º, VI, *a, b e c*, do Decreto nº 7.037, de 21 de dezembro de 2009.

<sup>728</sup> Conforme arts. 1º (“São reconhecidos como mortas, para todos os efeitos legais, as pessoas que tenham participado, ou tenham sido acusadas de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 5 de outubro de 1988, e que, por este motivo, tenham sido detidas por agentes públicos, achando-se, deste então, desaparecidas, sem que delas haja notícias”) e 4º (“Fica criada Comissão Especial que, face às circunstâncias descritas no art. 1º desta Lei, assim como diante da situação política nacional compreendida no período de 2 de setembro de 1961 a 5 de outubro de 1988, tem as seguintes atribuições: I – proceder ao reconhecimento de pessoas: a) desaparecidas, não relacionadas no Anexo I desta Lei; b) que, por terem participado, ou por terem sido acusadas de participação, em atividades políticas, tenham falecido por causas não-naturais, em dependências policiais ou assemelhadas; c) que tenham falecido em virtude de repressão policial sofrida em manifestações públicas ou em conflitos armados com agentes do poder público; d) que tenham falecido em decorrência de suicídio praticado na iminência de serem presas ou em decorrência de seqüelas psicológicas resultantes de atos de tortura praticados por agentes do poder público; II – envidar esforços para a localização dos corpos de pessoas desaparecidas no caso de existência de indícios quanto ao local em que possam estar depositados; III – emitir parecer sobre os requerimentos relativos a indenização que venham a ser formulados pelas pessoas mencionadas no art. 10 desta Lei).

<sup>729</sup> “Art. 4º [...] § 4º As atividades da Comissão Nacional da Verdade não terão caráter jurisdicional ou persecutório.”

essa diversidade pode ser imediatamente levada em consideração, fazendo corresponder à multiplicidade social uma diferenciação normativa”<sup>730</sup>.

A luta pelo direito à memória e à verdade tem sido inglória<sup>731</sup>. O Estado brasileiro não conseguiu até agora revelar e difundir à sociedade inúmeros fatos históricos desabonadores a algumas personalidades, os quais ainda permanecem sem explicações críveis.

As desconhecidas ou, até mesmo, esquecidas violações de Direitos Humanos pelas Ditaduras Brasileiras, a Cívico-Militar (1964-1985) e a não menos infame do Estado Novo da Era Vargas (1937-1945), ilustram um caso grave de amnésia coletiva, e o pior, relativa a um passado recente para a historiografia.

O jurista argentino EDUARDO BERTONI, relator na OEA sobre liberdade de expressão, em artigo intitulado *O Direito ao esquecimento é um insulto à história da América Latina*<sup>732</sup>, aduz que os países que passaram por regimes militares estão justamente em busca de reconstruir o passado, e não de apagá-lo, visto que a luta para o acesso a informações sobre as terríveis violações aos Direitos Humanos não terminou.

### 5.3.1 O direito à memória e à verdade em julgamentos no STJ: tensão com o “direito ao esquecimento”

Recente acórdão prolatado pelo STJ ilustra com maestria a interpenetração entre o “direito ao esquecimento” e o direito à memória e à verdade.

Trata-se de ação declaratória da ocorrência de danos morais ajuizada por vítimas do regime cívico-militar brasileiro, todas da mesma família, contra Carlos Alberto Brilhante Ustra, conhecido torturador do DOI-CODI, com a pretensão de declarar que

<sup>730</sup> STEFANO RODOTÀ, *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*, p. 136.

<sup>731</sup> No “jubileu” dos 50 anos do Golpe, em 2014, Leônidas Pires Gonçalves, primeiro-ministro do Exército pós-ditadura, insultou a memória coletiva ao afirmar que “a revolução [sic] não matou ninguém” e que foi uma necessidade histórica (LUCAS FERRAZ, *Os militares nunca foram intrusos na história brasileira*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2014/03/1432148-os-militares-nunca-foram-intrusos-na-historia-brasileira-diz-general.shtml>>. Acesso em: 7 jun. 2017).

<sup>732</sup> EDUARDO BERTONI, *El Derecho al Olvido: un insulto a la historia latino-americana*. Disponível em: <[www.ebertoni.blogspot.com.br/2014/09/el-derecho-al-olvio-un-insulto-la.html](http://www.ebertoni.blogspot.com.br/2014/09/el-derecho-al-olvio-un-insulto-la.html)>. Acesso em: 7 abr. 2017.

este, por agir com dolo e cometer ato ilícito passível de reparação, causou danos morais e danos à integridade física do grupo<sup>733</sup>.

Os autores buscavam a concretização da verdade histórica e o reconhecimento pelo Judiciário de terem sofrido diretamente as arbitrariedades cometidas durante o regime de exceção, com a declaração da existência de tortura e a responsabilidade daqueles que a perpetraram.

Tendo os pedidos sido considerados procedentes em primeira e segunda instâncias, o militar interpôs recurso especial sustentando, entre outros fundamentos, que a Lei nº 6.683/1979 concedeu anistia<sup>734</sup> aos fatos narrados, pressupondo o “esquecimento recíproco dos acontecimentos”.

Negando provimento ao recurso, o Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, nomeado relator para o acórdão, considerou que, apesar de a criticada Lei da Anistia ter afastado a possibilidade de persecução penal dos autores das graves violações de direitos humanos, os efeitos cívicos dessas afrontas remanescem, devendo-se “dar conhecimento à coletividade dos seus detalhes, dos padecimentos suportados pela ótica de quem os sofreu, com a indicação dos seus responsáveis”.

E ainda:

Com apoio no direito à memória, a reconstrução histórica do período ditatorial com base na verdade dos fatos e dos direitos violados, ao aprendizado com os erros do passado (para prevenir violação de direitos humanos e assegurar sua não repetição), à co-responsabilidade que possui o Estado em face dos atos dos seus agentes, cumpre ao ente político explicitar tudo o quanto possível acerca dos nefastos acontecimentos do período ditatorial.

No entanto, a relatora originária, Ministra NANCY ANDRIGHI, em seu voto-vencido, pontuou que:

É preciso reconhecer, ademais, o direito ao esquecimento dos anistiados políticos – sejam eles agentes públicos, sejam aqueles que lutaram contra o sistema posto –, direito esse que, no particular, se revela como o de não ser pessoalmente responsabilizado por fatos pretéritos e legitimamente perdoados pela sociedade, ainda que esses fatos sobrevivam como verdade histórica e, portanto, nunca se apaguem da memória do povo.

---

<sup>733</sup> STJ. REsp. 1.434.498, 3ª Turma, Rel. para o acórdão Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO, *DJe* 05.02.2015.

<sup>734</sup> A etimologia da palavra “anistia” é grega e provém do vocábulo *amnestía*, que significa esquecimento.

A argumentação merece ressalvas, pois, além de um novo conceito de “direito ao esquecimento”, definido como “o de não ser pessoalmente responsabilizado por fatos pretéritos e legitimamente perdoados pela sociedade”, revela-se estranha sua evocação em benefício de torturadores e o concomitante clamor pela permanência de crimes de lesa-humanidade como verdade histórica. Deveríamos, assim, esquecer os agentes públicos que perpetraram atos de tão triste recordação e manter na memória apenas suas ações? Crimes sem sujeito ativo?

A doutrina sobre o “direito ao esquecimento” costuma apontar como um dos “parâmetros que se destinam a mapear o caminho a ser percorrido pelo intérprete, diante do caso concreto”<sup>735</sup>, a existência de interesse histórico:

Nítida se mostra a tensão entre esses dois interesses, um de manter viva uma memória e outro de vê-la esquecida, circunstância que talvez não signifique maiores transtornos ao jurista quando se encontra diante de personagens que claramente pertençam de maneira duradoura à história do mundo, do Brasil ou de uma determinada região ou de certo povo<sup>736</sup>.

E ainda:

Não há como negar que certos episódios são insuscetíveis de serem esquecidos. São fatos que se prendem à própria essência de um povo ou um indivíduo, que marcaram de forma indelével sua história, que deve ser recontada para formação da identidade cultural do país<sup>737</sup>.

No entanto, como pode ser constatado pela argumentação do voto vencido, a oposição desse interesse histórico ao direito a ser esquecido e a conseqüente prevalência daquele não se revelam de forma tão tranquila como preconizado pela doutrina.

Outro caso jurisprudencial bastante curioso, no qual foi evocado o direito a ser esquecido no bojo do acórdão<sup>738</sup>, porém, a nosso ver, de maneira completamente imprópria, por se tratar de nítida afronta à honra, sem maiores desdobramentos, refere-se a uma ação de indenização por danos morais em razão da publicação de uma entrevista no jornal *Diário de Pernambuco* sobre o “comunismo e o regime militar no Brasil”, no qual foi atribuída a autoria ao demandante de um atentado à bomba, ocorrido em julho de 1966, no aeroporto dos Guararapes, em Recife.

<sup>735</sup> LUIS ROBERTO BARROSO, *Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação*, p. 88.

<sup>736</sup> DAVID CURY NETO, *Tutela civil do direito ao esquecimento*, p. 151.

<sup>737</sup> ANDRÉ BRANDÃO NERY COSTA, *Direito ao esquecimento na Internet: a scarlett letter digital*, p. 206.

<sup>738</sup> STJ. REsp 1.369.571, 3ª Turma, Rel. para o acórdão Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO, *DJe* 28.10.2016.

O autor da ação, Ricardo Zarattini Filho, seria, conforme o entrevistado, membro de uma organização terrorista de esquerda e o responsável, com seu ato criminoso, pela morte de duas pessoas, após colocar uma maleta-bomba em uma banca de jornal do aeroporto<sup>739</sup>.

O relator para o acórdão, Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO, considerou que a divulgação da acusação feita pelo entrevistado ofendeu flagrantemente a honra e a imagem do autor da ação, mas aduziu em seu voto que:

[...] a hipótese dos autos, vincula-se ao denominado direito do esquecimento, moderno princípio da responsabilidade civil alinhavado por Bruno Miragem da seguinte forma: “Em linhas gerais significa reconhecer à pessoa o direito de restringir o conhecimento público de informações passadas, cuja divulgação presente pode dar causa a prejuízos ou constrangimentos” [...] Consoante o entendimento do juízo de primeiro grau, não se mostra admissível qualquer tipo de gravame contra integrantes daquele cenário histórico por força de suas convicções e atos praticados naquele tempo de conflitos.

Aqui cabem algumas considerações: o “direito ao esquecimento” somente assim pode ser considerado, caso os fatos que se deseja expurgar sejam verídicos e não tenham interesse público, além da fluência temporal. No caso em comento, o autor da ação diz que a informação constante da entrevista é falsa e ofensiva, o que levaria à eventual afronta à honra, e não a um suposto direito a ser esquecido.

Além disso, caso as informações fossem verdadeiras – tomando-se o conceito de “verdade” do jargão jornalístico, ou seja, a liberdade de informação pode envolver fato que não seja absolutamente incontroverso, importando, entretanto, a indispensável diligência do profissional na averiguação dos fatos que envolvem a informação –, estariam sob o manto do interesse público, visto que referentes a fato histórico ocorrido em plena ditadura cívico-militar brasileira, narrado em diversos livros e até hoje comentado<sup>740</sup>.

---

<sup>739</sup> Conforme ELIO GASPARI: “morreram no aeroporto um almirante da reserva e um jornalista. O guarda [que carregava a maleta encontrada em uma banca de jornal para a sala de achados e perdidos] teve a perna amputada, e o Secretário de Segurança de Pernambuco perdeu quatro dedos da mão esquerda. Treze pessoas ficaram feridas, inclusive uma criança de seis anos” (*A ditadura envergonhada*, p. 240-241).

<sup>740</sup> ELIO GASPARI nos conta que a bomba foi montada e colocada em uma banca de jornal por Raimundo Gonçalves Figueiredo, o *Raimundinho*, “um mineiro franzino e calado de 27 anos que militara no setor estudantil da AP [Ação Popular, organização integrada por militantes católicos com uma mensagem cristã e socialista] do Rio de Janeiro. Foram dele também duas das outras bombas explodidas no Recife naquelas semanas. É certo que Raimundinho não agiu só. Estima-se que tivesse cinco cúmplices, todos estudantes” (*Ibidem*, p. 243).

No mais, é constatada certa incoerência no voto do relator para o acórdão, o mesmo Ministro do caso “Brilhante Ustra”, pois, naquele, afastou com precisão a incidência do “direito a ser esquecido” em homenagem à verdade histórica; neste, de forma despropositada, o invoca para afirmar que deve ser reconhecido à pessoa o direito de restringir o conhecimento público de informações passadas caso a divulgação atual cause prejuízos ou constrangimentos.

Em sendo comprovadamente falsa a informação que imputou a prática de um crime ao autor da demanda, que sequer foi ouvido para apresentar sua versão dos fatos<sup>741</sup>, correto o veredicto ao responsabilizar a empresa jornalística no pagamento de danos morais por afronta à honra, revelando-se incabível a fundamentação na tese do “direito ao esquecimento”.

### 5.3.2 O caso “Gomes Lund” na Corte Interamericana de Direitos Humanos: a inadmissibilidade do “direito ao esquecimento”

Guilherme Gomes Lund foi uma das 70 pessoas, entre membros do Partido Comunista do Brasil e camponeses, detidas arbitrariamente, torturadas e desaparecidas forçadamente pelo Estado brasileiro, como resultado de operações do Exército empreendidas entre os anos de 1972 e 1975, com o objetivo de erradicar a “guerrilha do Araguaia”<sup>742</sup>, em plena ditadura cívico-militar<sup>743</sup>.

A busca da verdade histórica pelos familiares dos mortos no Araguaia é kafkiana. Já no ano de 1982, promoveram uma ação de natureza não penal<sup>744</sup> contra o Estado, com os objetivos de esclarecer as circunstâncias dos desaparecimentos forçados, de localizar os restos mortais e de ter acesso aos documentos oficiais sobre as operações militares deflagradas na região.

Após inúmeros recursos, apresentação de documentos pelo Exército nos quais se afirmava “que não [havia] qualquer outra informação a ser prestada”; ordem de

---

<sup>741</sup> Conforme informações dispostas no próprio julgado.

<sup>742</sup> O massacre do Araguaia “foi o apogeu de uma concepção política na qual se embutira o extermínio das militâncias esquerdistas. Teve pouco de específico. A violência militar contra os humildes moradores da região seguiu a tradição nacional. Sua singularidade esteve apenas na diretriz, executada a partir de outubro de 1973, do extermínio de todos os guerrilheiros” (ELIO GASPARI, *A ditadura escancarada*, p. 463).

<sup>743</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*, p. 3-4. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/sentencas-da-corte-interamericana/sentenca-araguaia-24.11.10-1>>. Acesso em: 9 fev. 2017.

<sup>744</sup> Ação Ordinária 82.00.24682-5, 1ª Vara da Fazenda Federal do Distrito Federal.

desclassificação de documentos sigilosos e apresentação pelas Forças Armadas de toda a informação relativa às operações militares, bem como a indicação sobre o local do sepultamento dos mortos; apresentação de relatório elaborado pelo Ministério da Defesa, no qual estariam incluídas cerca de “21.000 páginas de documentos dos arquivos do antigo Serviço Nacional de Informações que estavam sob a custódia do Arquivo Nacional”; abertura de inquéritos civis pelas Procuradorias da República do Distrito Federal e dos Estados do Pará e de São Paulo, com a conseqüente interposição pelo Ministério Público de uma ação civil pública contra a União, foi por conta própria, com o apoio da Comissão de Justiça e Paz da Arquidiocese de São Paulo, que os parentes dos desaparecidos, que realizavam escavações no cemitério de Xambioá, em 1991, encontraram três restos mortais, dos quais foram exumados os de duas pessoas<sup>745</sup>.

Em 7 de agosto de 1995, foi apresentada uma petição à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) pelo Centro pela Justiça e Direito Internacional (CEJIL-Brasil) e pela *Human Rights Watch/Americas*, em nome das pessoas desaparecidas e de seus familiares, tendo em vista os desaparecimentos forçados e a ineficácia das ações judiciais devido à morosidade do Judiciário.

Com a aprovação do relatório e mérito nº 91/08, o Brasil foi notificado em 21 de novembro de 2008, sendo-lhe concedido “um prazo de dois meses para que informasse sobre as ações executadas com o propósito de implementar as recomendações da Comissão”. Apesar da concessão de duas prorrogações, os prazos transcorreram sem que a elas fosse dada uma “implementação satisfatória”, tendo sido o caso submetido à Corte Interamericana de Direitos Humanos<sup>746</sup>.

A sentença da Corte reconheceu o Estado como responsável pelo desaparecimento forçado e, portanto, pela violação dos direitos à personalidade, à integridade pessoal e à liberdade, asseverando que:

[...] as disposições da Lei de Anistia Brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso,

---

<sup>745</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*, p. 35, 70-74. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/sentencas-da-corte-interamericana/sentenca-araguaia-24.11.10-1>>. Acesso em: 9 fev. 2017. Foram identificados os despojos de Maria Lúcia Petit da Silva e Bérqson Gurjão Farias, em 1996 e 2007, respectivamente. Posteriormente, em 2008, o corpo de Lourival Moura Paulino foi identificado no cemitério de Marabá, segundo informou um familiar dele.

<sup>746</sup> *Ibidem*, p. 3.

nem para a identificação e punição dos responsáveis [...], devendo conduzir eficazmente, perante a jurisdição ordinária, a investigação penal dos fatos do presente caso a fim de esclarecê-los, determinar as correspondentes responsabilidades penais e aplicar efetivamente as sanções e consequências que a lei preveja [...] <sup>747</sup>.

A Corte considerou que o Estado é responsável pela violação do direito à liberdade de pensamento e de expressão, consagrado no art. 13 da Convenção, em relação com os arts. 1.1 (obrigação de respeitar os direitos), 8.1 (garantias judiciais) e 25 (proteção judicial) do Pacto, pela afetação do direito de buscar e receber informação, bem como do “direito de reconhecer a verdade sobre o ocorrido” e pela violação dos direitos às garantias judiciais por exceder prazo razoável da ação ordinária <sup>748</sup>.

Entre os deveres impostos ao Estado, está o de realizar “todos os esforços para determinar o paradeiro das vítimas desaparecidas e, se for o caso, identificar e entregar os restos mortais a seus familiares”, “realizar ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional a respeito dos fatos do presente caso”, “continuar desenvolvendo as iniciativas de busca, sistematização e publicação de toda a informação sobre a Guerrilha do Araguaia, assim como da informação relativa a violações de direitos humanos ocorridas durante o regime militar” <sup>749</sup>.

No entanto, como sabemos, qualquer forma de responsabilização dos torturadores da época da ditadura cívico-militar está obstada pela Lei da Anistia.

A CIDH já teve a oportunidade de considerar que leis de autoanistia impedem o acesso à justiça das vítimas e o resgate da verdade histórica, conforme o emblemático precedente do caso *Barrios Altos vs. Peru* <sup>750</sup>.

<sup>747</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*, p. 114-115. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/sentencas-da-corte-interamericana/sentenca-araguaia-24.11.10-1>>. Acesso em: 9 fev. 2017.

<sup>748</sup> *Ibidem*, p. 114.

<sup>749</sup> Em 2011, o Governo autorizou a criação do Grupo de Trabalho Araguaia (GTA), que ampliou e reformulou as atividades do Grupo de Trabalho Tocantins (GTT), com o objetivo de localizar, recolher e identificar os desaparecidos da guerrilha, em cumprimento às sentenças da Justiça Federal Brasileira e da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Já foram localizados diversos despojos humanos, bastante degradados, dificultando a identificação genética. Em 2015, Sebastião Rodrigues de Moura, conhecido como “Major Curió”, confessou que matou dois ativistas, Antônio Theodoro Castro, codinome Raul, e Cilon Cunha Brun, o Simão, indicando, inclusive, a localização dos corpos (LEANDRO MAZZINI, *Major Curió confessa à Justiça que matou prisioneiros no Araguaia*. Disponível em: <<http://colunaesplanada.blogosfera.uol.com.br/2015/10/15/major-curio-confessa-a-justica-que-matou-prisioneiros-no-araguaia/>>. Acesso em: 31 maio 2017).

<sup>750</sup> “Es por ello que los Estados Partes en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de autoamnistía, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y

No Brasil, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, por meio de arguição de descumprimento de preceito fundamental, objetivou a declaração de não recepção, pela CF/1988, do disposto no § 1º do art. 1º da Lei nº 6.683/1979, visto que a concessão da anistia a todos que, em determinado período, cometeram crimes políticos estender-se-ia, segundo o preceptivo, aos crimes conexos – delitos de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

Acórdão prolatado na decisão, da relatoria do Min. EROS GRAU, julgou a demanda improcedente, em entendimento incoerente com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre leis de autoanistia e crimes de lesa-humanidade, obstando a transição de nossa semidemocracia à democracia e servindo como “salvo-conduto” para práticas de autoritarismo e violência de Estado até os dias de hoje<sup>751</sup>.

O parecer do Procurador-Geral da República, à época, ROBERTO GURGEL, também sustentou a legitimidade da Lei da Anistia, ressaltando, entretanto, que isso não significava apagar o passado, pois defendia a consulta livre aos arquivos da ditadura, dizendo que o acesso aos documentos históricos seria uma forma de exercício do direito fundamental à verdade.

---

a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente” (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Barrios Altos vs. Perú*, p. 15. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_75\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_75_esp.pdf)>. Acesso em: 10 maio 2017).

<sup>751</sup> Vale destacar excerto da ADPF em epígrafe com um dos argumentos que “justificam” a improcedência da demanda: “O significado válido dos textos é variável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente. A interpretação do direito não é mera dedução dele, mas sim processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos. Mas essa afirmação aplica-se exclusivamente à interpretação das leis dotadas de generalidade e abstração, leis que constituem preceito primário, no sentido de que se impõem por força própria, autônoma. Não àquelas, designadas leis-medida (*Massnahmegesetze*), que disciplinam diretamente determinados interesses, mostrando-se imediatas e concretas, e consubstanciam, em si mesmas, um ato administrativo especial. No caso das leis-medida interpreta-se, em conjunto com o seu texto, a realidade no e do momento histórico no qual ela foi editada, não a realidade atual. É a realidade histórico-social da migração da ditadura para a democracia política, da transição conciliada de 1979, que há de ser ponderada para que possamos discernir o significado da expressão crimes conexos na Lei nº 6.683. É da anistia de então que estamos a cogitar, não da anistia tal e qual uns e outros hoje a concebem, senão qual foi na época conquistada. Exatamente aquela na qual, como afirma inicial, ‘se procurou’ [sic] estender a anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado encarregados da repressão. A chamada Lei da anistia veicula uma decisão política assumida naquele momento – o momento da transição conciliada de 1979. A Lei n. 6.683 é uma lei-medida, não uma regra para o futuro, dotada de abstração e generalidade. Há de ser interpretada a partir da realidade no momento em que foi conquistada” (STF. ADPF 153, Plenário, Rel. Min. EROS GRAU, DJ 06.08.2010).

No entanto, concordamos com FLAVIA PIOVESAN quando assevera que o STF nega às vítimas o direito à justiça, apesar de endossar o direito à verdade – ainda não efetivado, conforme o citado caso “Gomes Lund e a Guerrilha do Araguaia” –, atribuindo legitimidade política à Lei de Anistia em nome de um “acordo político” ou da “reconciliação nacional”:

[...] a absoluta proibição da tortura, o direito à verdade e o direito à justiça estão consagrados nos instrumentos internacionais ratificados pelo Brasil, o que impõe o dever do Estado de investigar, processar, punir e reparar graves violações de direitos humanos especialmente se tratando de crime internacional. A prática sistemática de tortura e de desaparecimento forçado constitui crime contra a humanidade, imprescritível e insuscetível de anistia. Leis de anistia não podem autorizar a manifesta violação de *jus cogens* internacional (direito cogente e inderrogável), como o é a absoluta proibição da tortura. Não podem ainda perpetuar a impunidade, ao gerar uma injustiça permanente e continuada<sup>752</sup>.

A decisão prolatada na ADPF 153 foi objeto de embargos de declaração e, conforme acompanhamento processual no *site* da Corte, os autos se encontram conclusos ao relator<sup>753</sup>, atualmente o Ministro LUIZ FUX. Um dos principais questionamentos dos embargos refere-se à concessão de anistia aos crimes de desaparecimento forçado, visto que os cadáveres permanecem ocultos<sup>754</sup>.

Assim, infere-se que, apesar de o discurso doutrinário afirmar que fatos históricos não são passíveis de esquecimento, a Lei de Anistia promoveu algo como uma amnésia coletiva embasada no questionável mote da “pacificação nacional”. Mas qual a relevância representada pelo passado no tempo presente, ou seja, no caso em estudo, qual o papel da memória dos anos de autoritarismo na ação política atual?

---

<sup>752</sup> FLAVIA PIOVESAN, *Direito Internacional dos Direitos Humanos e lei de anistia: o caso brasileiro*, p. 210-211.

<sup>753</sup> Conforme pesquisa realizada no *site* do STF ([www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)) em 13.04.2017.

<sup>754</sup> Sobre os familiares das vítimas da ditadura, JANAINA DE ALMEIDA TELLES diz que “o esquecimento é impossível para aqueles que viveram situações-limite como o assassinato sob tortura e o desaparecimento forçado” (*Os familiares de mortos e desaparecidos políticos e a luta por “verdade e justiça” no Brasil*, p. 298).

Ao contrário de outros países da América do Sul que também enfrentaram regimes autoritários, como a Argentina<sup>755</sup> e o Chile<sup>756</sup>, onde militares foram condenados pelos seus crimes de lesa-humanidade, em nossa Justiça de transição imperam o silêncio e a impunidade.

Segundo o pesquisador norte-americano ANTHONY PEREIRA, “[...] em parte porque a legalidade autoritária – gradualista e conservadora – de seu regime militar envolveu a participação de boa parte do *establishment* jurídico e continuou a ser legitimada sob a democracia”<sup>757</sup>.

Conforme EDSON TELLES, os números judiciais da repressão explicitam “o legado de uma estrutura autoritária no sistema jurídico, burocratizada e inoperante, alimentando a cultura da impunidade presente no Estado de Direito”<sup>758</sup>. Conforme o autor, enquanto no Brasil morreram ou desapareceram forçadamente pouco mais de quatrocentas pessoas, “na Argentina foram aproximadamente 20 mil e, no Chile, 5 mil.

---

<sup>755</sup> A “Lei do Ponto Final” na Argentina, promulgada em 24 de dezembro de 1986 e que, nos moldes da Legislação brasileira, sancionava a impunidade dos militares responsáveis por graves violações de direitos humanos, foi anulada, em 2003, pelo Congresso Nacional, e, em 2005, declarada inconstitucional, junto com a “lei da obediência devida” pela Suprema Corte Argentina (MAELI PRADO, *Supremo Argentino anula leis de anistia*. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/ft1506200501.htm>. Acesso em: 9 fev. 2017). Como exemplo de agentes públicos processados e julgados pelos crimes contra a humanidade, cite-se Jorge Videla, primeiro presidente da ditadura militar argentina, condenado em 22 de dezembro de 2010 à prisão perpétua, tendo sido julgado ao lado de outros 29 militares por homicídios e torturas ocorridos em 1976. Posteriormente, foi condenado a mais cinquenta anos por sequestro de bebês de dissidentes políticas. Videla morreu, em 17 de maio de 2013, aos 87 anos, no cárcere.

<sup>756</sup> Em 2014, o governo do Chile buscava derrubar a Lei de Anistia que obstava o processo e julgamento dos militares que cometeram violações de direitos humanos durante a ditadura dos anos 1970. Conforme reportagem publicada sobre o assunto, “a mudança tem grande peso simbólico, mas pouca interferência na prática dos tribunais, pois a Justiça chilena passou a investigar os delitos da época da ditadura enquadrando-os na categoria de crimes contra a humanidade que, segundo uma convenção das Nações Unidas da qual o Chile é signatário, não prescrevem. Nos últimos anos, os tribunais do Chile condenaram cerca de 250 pessoas acusadas de tortura e assassinato” (VEJA. *Governo do Chile quer revogar a lei de anistia do país*. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/mundo/governo-do-chile-quer-revogar-a-lei-de-anistia-do-pais/>. Acesso em: 13 fev. 2017).

Em um emblemático caso de aplicação da jurisdição universal, destaque-se, ademais, a prisão do ex-ditador chileno Augusto Pinochet, em 16 de outubro de 1998, em uma clínica em Londres, onde se recuperava após uma cirurgia. Agentes da *Scotland Yard* cumpriram uma ordem judicial emitida pelo juiz espanhol Baltasar Garzón, que se baseou na competência atribuída à Audiência Nacional espanhola para acusar Pinochet de crimes de genocídio e terrorismo. Pinochet era acusado pela morte e desaparecimento forçado de cidadãos espanhóis entre os anos de 1973 e 1990, quando governava o Chile (O GLOBO. *Prisão de Pinochet foi caso mais famoso de aplicação da jurisdição universal*. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/mundo/prisao-de-pinochet-foi-caso-mais-famoso-de-aplicacao-da-jurisdicao-universal-11576896>). Acesso em: 13 fev. 2017).

<sup>757</sup> EDSON TELLES; VLADIMIR SAFATLE, *O que resta da ditadura*, p. 305.

<sup>758</sup> *Ibidem*, p. 305.

Por outro lado, o Brasil abriu 7.378 processos, enquanto nos Tribunais argentinos esta cifra chega a irrisórios 350 processos”<sup>759</sup>.

FRANÇOIS OST alerta que, além do esquecimento-pacificação, há o esquecimento-falsário e o esquecimento-recalque. No primeiro, a História oficial é permeada de mentiras para legitimar um regime ou reforçar uma ideologia. No segundo, impõe-se uma amnésia coletiva, com a qual devem ser esquecidos massacres, genocídios e crimes contra a humanidade<sup>760</sup>. No caso do Brasil, promoveu-se um amálgama do esquecimento-falsário e do esquecimento-recalque.

A exceção brasileira, que não julgou nem puniu os agentes públicos responsáveis pelos crimes contra a humanidade praticados durante a ditadura cívico-militar, não conseguiu sequer se aproximar do processo de reconciliação implementado na África do Sul.

Em 1994, após mais de quarenta anos de imposição do *Apartheid*, com seu regime violento de segregação racial, na busca de evitar uma cadeia de vingança e de dar transparência aos atos cometidos naquele período, trocou-se a punição dos responsáveis pela apuração da verdade, tendo como norte dos trabalhos o diálogo entre vítimas e criminosos<sup>761</sup>. Não houve esquecimento.

Visando ultrapassar a violência política e a opressão, em busca de um processo de reconciliação, foi proposta a criação de uma organização autônoma de Estado, com apoio das instituições políticas e dos tribunais de justiça, e que tomasse a frente do processo de reconciliação. Assim, foi criada em 1995, começando a operar em 1996, a Comissão de Reconciliação e Verdade (*Truth and Reconciliation Commission*). Com a apuração das violações de direitos humanos por meio da narrativa das vítimas e, também, via confissão dos responsáveis pelos crimes, a punição seria trocada pela anistia diante da confissão dos crimes [...]. A verdade e as aproximações de reconciliação se deram, em destaque nas audições públicas, em que os relatos se responsabilizavam pelo passado com desculpas públicas, gesto que, associado ao reconhecimento público das vítimas, procurou criar uma cultura democrática e de respeito aos direitos humanos<sup>762</sup>.

Tendo em vista as particularidades do caso brasileiro, com a ausência de julgamento e punição de perpetradores de crimes de lesa-humanidade, não há como se considerar desprezível o risco de um eventual “direito ao esquecimento”, com contornos

---

<sup>759</sup> EDSON TELLES; VLADIMIR SAFATLE, *O que resta da ditadura*, p. 306.

<sup>760</sup> FRANÇOIS OST, *O tempo do Direito*, p. 161-162.

<sup>761</sup> EDSON TELLES; VLADIMIR SAFATLE, *O que resta da ditadura*, p. 310.

<sup>762</sup> *Ibidem*, p. 310-311.

bastante frágeis, permitir o revisionismo histórico, antagonista da construção de uma ainda fragilizada democracia.

#### 5.4 Um outro contexto: o “direito ao esquecimento” digital

O desejo de as pessoas serem esquecidas e de não terem seu passado revisitado pelos meios de comunicação apresenta outra complexidade quando a discussão é transposta para o ambiente digital, visto que as pesquisas na *Web* fazem com que fatos pretéritos surjam com a mesma naturalidade de dados mais recentes, sejam tais informações históricas, dotadas de interesse público, sejam informações pessoais e sensíveis<sup>763</sup> da vida privada dos indivíduos.

As características da replicação da informação, permitindo sua propagação por meio de fontes diversas e a sua difusão de modo exponencial; da instantaneidade, que possibilita a criação, publicação e alteração de conteúdos postados na Rede a partir de todos os locais e a qualquer hora; e da perenidade, que enseja a preservação e a manutenção do conteúdo informativo *online* por período extenso ou indeterminado de tempo, além da capacidade de armazenamento de dados praticamente ilimitada<sup>764</sup>, propiciam a localização com extrema facilidade de antigas notícias, postagens e/ou comentários que, dependendo do conteúdo, podem entrar em rota de colisão com certos direitos dos retratados.

Na era do capitalismo cognitivo, em que as tecnologias da informação são tecnologias de inteligência e aumentam nossa capacidade de armazenar, processar e transferir informações, interferindo na maneira como pensamos, há um potencial em “ampliar, restringir, moldar e limitar nosso modo de comunicar, interagir, redigir e

<sup>763</sup> Informações sensíveis são aquelas que versam especialmente sobre o estado de saúde, a condição sexual, a origem racial ou étnica, as convicções religiosas, filosóficas e políticas das pessoas.

<sup>764</sup> Vale frisar, ademais, a existência da *Deep Web*, cujo conteúdo, criptografado e anônimo, não é diretamente indexado por *sites* de busca, muitas vezes sendo localizado somente com a utilização de algum recurso específico, como o navegador *TOR*, em que pese representar de 70 a 75% de todas as páginas da *Web* comum (outras fontes afirmam que seria 500 vezes maior que a *surfaceweb*). O *site Wikileaks*, de Julian Assange, que divulga informações e denúncias sobre Governos, surgiu na *Deep Web*, que também é um dos principais canais de comunicação em países com regimes ditatoriais e/ou autoritários. No entanto, nas profundezas da Rede, também se encontram materiais como *snuff* vídeos (filmes que mostram suicídios ou homicídios reais de uma ou mais pessoas), pedofilia (que utilizam o termo *hard candy* para serem identificados pelos usuários), necrofilia, tortura, tráfico de drogas e armas (com pagamentos em *bitcoins*), fraudes, espionagem e outras ilegalidades (PATRICIA PECK PINHEIRO, *Direito Digital*, p. 406; KLEYSON BARBOSA, *Mistérios da Deep Web, parte 1: O que é a Deep Web*. Disponível em: <<http://mundoestranho.abril.com.br/tecnologia/misterios-da-deep-web-parte-1-o-que-e-a-deep-web/>>. Acesso em: 29 jun. 2017. WIKIPEDIA, *Verbete Deep Web*. Disponível em: <[https://pt.wikipedia.org/wiki/Deep\\_web](https://pt.wikipedia.org/wiki/Deep_web)>. Acesso em: 29 jun. 2017).

organizar informações”<sup>765</sup>, inclusive por trazer ao presente conteúdos informativos pretéritos, pois “qualquer informação, independentemente de sua origem ou seu formato original, pode ser disponibilizada de modo permanente, possibilitando acesso assíncrono e duplicação infinita, sem necessidade de autorização prévia para qualquer desses atos”<sup>766</sup>.

A manutenção em arquivos ou pastas de registros feitos a tinta ou em outros suportes físicos com limitações de armazenamento, além da restrição do acesso a tais informações e do risco de deterioração pelo transcurso do tempo, passou por um giro copernicano com a evolução das tecnologias da informação e da comunicação pelo fato de estas permitirem o livre acesso, a disseminação e o armazenamento quase infinito de conteúdo<sup>767</sup>.

A revolução ocasionada nos meios de comunicação com o advento da Rede e a produção de informação em níveis nunca antes vistos, tendo, inclusive, como autores de conteúdo pessoas comuns, sem vínculos com a imprensa, revela-se como favorável à consolidação da democracia via debate e fomento de ideias<sup>768</sup>. No entanto, como todos os inventos científicos, apresenta seu lado sombrio, permitindo a invasão à privacidade e à intimidade, com possíveis afrontas à honra, à imagem e à identidade, pelo acesso a um vasto volume de informações facilmente correlacionáveis<sup>769</sup>.

---

<sup>765</sup> JULIAN ASSANGE, *Quando o Google encontrou o Wikileaks*, p. 12. Apresentação de SERGIO AMADEU DA SILVEIRA.

<sup>766</sup> MARCEL LEONARDI, *Tutela e Privacidade na Internet*, p. 337.

<sup>767</sup> “[...] dados armazenados em papel, ainda que públicos, são difíceis de pesquisar e de correlacionar; dados computadorizados podem ser pesquisados facilmente, e dados em rede podem ser pesquisados remotamente e correlacionados com outros bancos de dados. A novidade não é que os dados estão publicamente disponíveis, mas sim a facilidade com que podem ser coletados, usados e abusados” (MARCEL LEONARDI, *Tutela e Privacidade na Internet*, p. 73).

<sup>768</sup> Não estamos aqui defendendo que há qualidade em todo o conteúdo postado na Rede, cabendo ao usuário distinguir as boas fontes das *fake news* ou da “pós-verdade”. Umberto Eco, em sua fala mordaz, bem resumiu a questão: “A Internet pode ter tomado o lugar do mau jornalismo. Se você sabe que está lendo um jornal como *El País*, *La Repubblica*, *Il Corriere della Sera*, pode pensar que existe um certo controle da notícia e confia. Por outro lado, se você lê um jornal como aqueles vespertinos ingleses, sensacionalistas, não confia. Com a Internet acontece o contrário: confia em tudo porque não sabe diferenciar a fonte credenciada da disparatada. Basta pensar no sucesso que faz na Internet qualquer página web que fale de complôs ou que invente histórias absurdas [...]” (JUAN CRUZ, *Umberto Eco: “A Internet pode tomar o lugar do mau jornalismo”*. Disponível em: <[https://brasil.elpais.com/brasil/2015/03/26/cultura/1427393303\\_512601.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2015/03/26/cultura/1427393303_512601.html)>. Acesso em: 7 jul. 2017).

<sup>769</sup> “Com a ajuda de algoritmos cada vez mais aperfeiçoados, milhares de pesquisadores, engenheiros, matemáticos, estadistas e profissionais de informática buscam e classificam a informação que geramos sobre nós mesmos [...]” (IGNÁCIO RAMONET, *Controle social, do Grande irmão ao Big Data*. Disponível em: <<http://outraspalavras.net/posts/controle-social-do-grande-irmao-ao-big-data/>>. Acesso em: 4 jul. 2017).

#### 5.4.1 A arquitetura da Internet como aspecto distintivo do “direito ao esquecimento digital”

Um dos aspectos distintivos do “direito ao esquecimento digital” daquele presente nas mídias tradicionais são as circunstâncias fáticas concernentes ao conjunto de elementos constitutivos da Internet e o seu modo de funcionamento, ou seja, sua arquitetura.

LAWRENCE LESSIG bem ilustrou a questão em sua obra *Code and other laws of cyberspace*<sup>770</sup>, ao defender que a conduta de um indivíduo é determinada por quatro modalidades de regulação: o Direito, as normas sociais, o mercado e a arquitetura<sup>771</sup>.

Em apertada síntese, a tese assevera que o Direito regula o comportamento na Rede por meio de normas estabelecidas *ex ante* e, no caso de seu descumprimento, com sanções *ex post* impostas pelo Estado. As normas sociais também inibem condutas por meio de regras previstas *ex ante*, com sanções impostas posteriormente em caso de desobediência; no entanto, a aplicação de tais penalidades é imposta pelo grupo social ao qual pertence o indivíduo, e não pela coerção estatal. O mercado, por sua vez, inibe comportamentos por meio do preço, impondo entraves simultâneos à obtenção do bem desejado.

Quanto à arquitetura, empregada em sentido amplo, a regulação ocorre na medida em que as características de determinadas coisas impeçam a realização de comportamentos ou imponham certas condutas<sup>772</sup>. Em que pese a obviedade da regulação por meio da arquitetura em alguns casos, como a colocação de gradis nas plataformas de embarque do metrô objetivando evitar aglomerações nos horários de pico e consequentes acidentes, em outros, pode ser utilizada de modo velado, especialmente quando ilegal, ou mesmo inconstitucional, sua regulação de forma direta.

RONALDO LEMOS frisa a inflexibilidade da regulação por meio da arquitetura, antidemocrática e dissimulada das suas reais intenções:

---

<sup>770</sup> Posteriormente republicada com o título *Code version 2.0*.

<sup>771</sup> LAWRENCE LESSIG, *Code and other laws of cyberspace*, p. 88-89.

<sup>772</sup> LESSIG exemplifica tal modalidade dissimulada de regulação, autoexecutável, e muitas vezes compreendida como a “natureza das coisas”, com o projeto e a construção pelo engenheiro Robert Moses de pontes baixas em Long Island. Aparentando ser uma simples escolha arquitetônica, a obra tinha por objetivo impedir a passagem de ônibus, principal meio de transporte da população negra, para as praias públicas locais (*Code and other laws of cyberspace*, p. 92).

Tanto a lei quanto as normas sociais existem na realidade social. Um indivíduo maduro e integrado à sociedade as internaliza e passa a se comportar de acordo com elas. Em caso de violação, é a sociedade, por meio de um procedimento previamente estabelecido e transparente, que faz a aplicação da norma e, eventualmente, de sua punição conexa, *a posteriori*. Mesmo o mercado, que pode trabalhar com regulações cujo efeito não é *a posteriori*, mas sim simultâneo à ação (primeiro é preciso pagar o preço, para depois ter acesso ao produto), é um dado social e socialmente controlado, dotado de flexibilidade (posso comprar com crédito, ou posso pedir dinheiro emprestado, o que permite obter acesso, apesar de limitações econômicas em determinado tempo). A regulação arquitetônica ou pelo código não é assim. Sua aplicação não depende do escrutínio de nenhum processo social ou da intervenção de nenhum indivíduo, quanto mais da sociedade como um todo. Todo o seu efeito é determinado *a priori*, e também *a priori* é executado<sup>773</sup>.

Segundo LESSIG, as quatro modalidades de regulação não são, entretanto, estanques, mas interdependentes, e não servem apenas para restringir a conduta dos indivíduos, mas também para garanti-la, determinando o modo como o direito deles é protegido, inclusive na *Web*. Assim, em que pese o Direito ser a modalidade de regulação por excelência da Internet, nem sempre é a mais eficiente, sendo imperioso conhecer sua arquitetura para que as medidas impostas sejam factíveis.

E essa arquitetura da Rede é composta pelo seu *hardware* e o seu *software*, o chamado “código”, definido como:

um conjunto de entraves que permitem, proíbem e inibem certas condutas funcionando de modo automatizado, até que sejam reprogramados para operar de modo diverso; assim sendo a organização do conjunto de infraestrutura física e lógica que compõe a Internet determina normativamente seu funcionamento<sup>774</sup>.

LESSING frisa que “*code is law*”, sendo este código uma modalidade de regulação da Rede, que não é imutável ou permanente, mas sim construído por seres humanos e passível de reestruturação. Por outro lado, tal arquitetura também possui limites às restrições impostas por normas jurídicas. Como exemplo, basta imaginarmos a edição de uma lei ou a prolação de uma decisão judicial determinando que os provedores de serviços da Internet implementem um mecanismo que realize uma avaliação prévia de todo o conteúdo a ser postado na Rede com o objetivo de impedir a divulgação de material ilícito<sup>775</sup>:

<sup>773</sup> RONALDO LEMOS, *Direito, tecnologia e cultura*, p. 27.

<sup>774</sup> MARCEL LEONARDI, *Tutela e Privacidade na Internet*, p. 172.

<sup>775</sup> Apesar dos alegados “limites intransponíveis”, é interessante lembrar que o programa *Prism*, denunciado por Edward Snowden, conferia poderes a NSA (a Agência de Segurança Nacional dos EUA) para acessar os servidores do *Google*, *Skype*, *Facebook*, *Apple*, *Microsoft*, entre outros, possibilitando, inclusive, que os agentes públicos americanos vasculhassem *e-mails* de milhões de pessoas. Recente matéria jornalística informa que *Google vai parar de ler e-mails para propaganda*, em uma tentativa de ganhar clientes

A inexistência e a impossibilidade de desenvolvimento de uma ferramenta apta a realizar essa avaliação, em muitos casos subjetiva e condicionada ao discernimento (inerentemente humano) de quem avalia, constituem um limite intransponível imposto pelo código, imune, pois, à regulação por meio da norma jurídica<sup>776</sup>.

Por outro lado, é necessário questionar, no que concerne à tecnologia da informação e da comunicação, “se tudo o que é tecnicamente possível é socialmente e politicamente aceitável, eticamente admissível, juridicamente lícito”<sup>777</sup>.

Assim, a solução no âmbito digital para a ponderação entre direitos fundamentais com a estrutura de princípios – nesta pesquisa, entre as liberdades comunicativas e os direitos da personalidade – será exequível e sensata se levar em consideração as circunstâncias fáticas ínsitas à arquitetura da *Web*.

A consideração do “código” é relevante porque a discussão sobre o “direito ao esquecimento” nas mídias digitais tem se voltado especialmente para os provedores de busca, que possibilitam a localização dos conteúdos ditos afrontosos, e não propriamente aos responsáveis pela fonte original da informação<sup>778</sup>. E mesmo quando dirigida ao *website* original, é necessário estar ciente do que é possível realizar no ambiente virtual.

Neste aspecto, as pretensões daqueles que alegadamente têm tido seus direitos fundamentais da personalidade afrontados e pleiteiam um eventual “direito ao esquecimento” são<sup>779</sup>:

- (i) remoção de *links* específicos (URLs);

---

empresariais, que achavam que o provedor também lia *e-mails* pagos: “O *Google* continuará a veicular publicidade no serviço gratuito *Gmail*, ainda que deixe de produzir propaganda com base nos e-mails dos usuários, pois tem acesso, por exemplo, ao histórico de buscas. Os e-mails continuarão sendo lidos para personalizar outros serviços, como o *Google Assistant*” (*Folha de S.Paulo*, 24.06.2017, Caderno Mercado, p. A24).

<sup>776</sup> CIRO TORRES FREITAS, *Liberdade de Informação Jornalística e censura na Internet*, p. 139.

<sup>777</sup> STEFANO RODOTÀ, *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*, p. 142.

<sup>778</sup> Não visualizamos óbice em tal pretensão, conforme restará claro no desenvolvimento do estudo, apesar das críticas tecidas por alguns doutrinadores, como MARIANA CUNHA E MELO. A autora defende que o processo de remoção de *links* específicos ou o direito à desindexação é afrontoso ao devido processo legal. Isso porque, ao compelir os provedores de pesquisa à remoção dos resultados de busca por meio de processo judicial, sem a oitiva dos responsáveis pelo conteúdo, estes teriam suas liberdades de expressão ou de imprensa restringidas, sem a oportunidade de falar nos autos. (*O significado do Direito ao Esquecimento*. Disponível em: <<http://jota.info/artigos/o-significado-direito-ao-esquecimento-22112016>>. Acesso em: 25 jan. 2017). O que a autora esquece de lembrar é que a informação não é removida e pode ser encontrada, inclusive, por meio do próprio buscador que realizou a desvinculação, desde que o termo pesquisado não seja o nome do indivíduo que solicitou o “direito a ser esquecido” atrelado àquela URL.

<sup>779</sup> Frise-se que o pedido de remoção de *links* não está sempre vinculado a um eventual pedido de direito ao esquecimento, visto que pode estar atrelado a afronta a direitos autorais ou violação a direitos da personalidade, independentemente de qualquer lapso temporal.

- (ii) implementação de filtros nos buscadores digitais, obstando que pesquisas sejam realizadas por meio de palavras-chave;
- (iii) remoção de *links* (sem especificação) para *websites* que apresentem conteúdo ilícito ou ofensivo sobre determinado indivíduo;
- (iv) apagamento de conteúdo das chamadas hemerotecas digitais e seus arquivos *online* de jornais, revistas e outros periódicos;
- (v) remoção de *links* em que o pedido de desindexação dos resultados de pesquisa não está restrito a chave de busca nacional.

Antes de analisarmos a viabilidade fática e jurídica dos pedidos em alguns casos já julgados pelo STJ<sup>780</sup>, é necessário compreendermos o que é um mecanismo de busca e por que advogamos que não há passividade nem neutralidade em sua atuação.

#### 5.4.2 Os mecanismos de busca na Web

Quando o volume de informações na Internet adquiriu proporções impeditivas da organização e localização delas pelos diretórios, primordiais ferramentas utilizadas quando o conteúdo da *Web* ainda era pequeno o suficiente para permitir sua coleta de forma não automática, houve o advento do buscador digital, sendo que o primeiro dos motores de busca baseados em robôs foi o *WebCrawler*, lançado em abril de 1994<sup>781</sup>.

Conceituado como “um conjunto de programas de computador que executa diversas tarefas com o objetivo de possibilitar a localização de arquivos e *websites* que contenham ou guardem relação com a informação solicitada pelo usuário”<sup>782</sup>, o motor de busca ou buscador digital é espécie do gênero “aplicações de Internet”, definida no art. 5º da Lei nº 12.965/2014, o Marco Civil da Internet, como “o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet”.

Um provedor de conteúdo que apresenta mecanismos de busca como o *Google* é um buscador digital horizontal<sup>783</sup>, que cria um índice no qual informações da

---

<sup>780</sup> Tendo em vista, até a presente data, 30.06.2017, a inexistência de julgados sobre o assunto no âmbito do STF.

<sup>781</sup> BEATRIZ VALADARES CENDÓN, *Ferramentas de busca na Web*, p. 41. Disponível em: <[http://www.esmal.tjal.jus.br/arquivosCursos/2011\\_05\\_16\\_22\\_51\\_53\\_Apostila%20de%20Inform%20Etica%20-%20Ferramentas\\_de\\_Busca.pdf](http://www.esmal.tjal.jus.br/arquivosCursos/2011_05_16_22_51_53_Apostila%20de%20Inform%20Etica%20-%20Ferramentas_de_Busca.pdf)>. Acesso em: 15 set. 2017.

<sup>782</sup> MARCEL LEONARDI, *Tutela e Privacidade na Internet*, p. 12.

<sup>783</sup> Nas palavras de LUCIANA HELENA GONÇALVES: “há dois tipos de buscadores digitais: os horizontais e os verticais. Os horizontais buscam sobre os mais variados temas na *web* como um todo e mostram

*Web* aparecem como resultados dessa pesquisa. Seu sistema de funcionamento, em regra, baseia-se em quatro etapas: rastreamento, armazenamento, indexação e divulgação dos resultados.

Os motores de busca privilegiam a abrangência de suas bases de dados, procurando colecionar o maior número possível de recursos através de *softwares* robôs:

também chamados de aranhas (*spiders*), agentes viajantes (*wanderers*), rastejadores (*crawlers*) ou vermes (*worms*), programas que o computador hospedeiro da ferramenta de buscas lança regularmente na Internet, na tentativa de obter dados sobre o maior número possível de documentos para integrá-los, posteriormente à sua base de dados. [...]. Os documentos encontrados pelos robôs são encaminhados aos indexadores que extraem informações das páginas e as armazenam em uma base de dados. [...]. A interface, normalmente uma página *Web*, é utilizada pelos usuários para efetuar a pesquisa na base de dados. Fornece meios para que o usuário formule a sua consulta, que é recebida e transmitida para o *software* de busca ou motor de busca<sup>784</sup>.

Quanto ao funcionamento dos mecanismos de busca e da chamada indexação,

MARCEL LEONARDI assevera que:

O funcionamento desse sistema envolve a utilização de palavras-chave fornecidas pelo usuário, as quais são procuradas em índices criados pelo próprio mecanismo de busca a partir de visitas automatizadas a *Websites* realizadas por *softwares* específicos, conhecidos como robôs. Quando as palavras-chave são localizadas nesse índice, uma lista contendo os *links* a elas relacionados é apresentada ao usuário, possibilitando o acesso às informações que foram encontradas conforme os termos da pesquisa específica.

De modo simplificado, os *softwares* robôs vasculham continuamente as informações disponibilizadas na *World Wide Web*, possibilitando ao mecanismo de busca criar um *índice próprio*, contendo informações a respeito dos *Web Sites* visitados – procedimento conhecido no jargão informático como *indexação*<sup>785</sup> (grifos do autor).

Os motores de busca mantêm em seus servidores a cópia de todas as páginas da Internet, as denominadas cópias *cache*, que os seus programas automáticos de leitura da *Web* indexam<sup>786</sup>. Assim, as pesquisas realizadas pelos usuários advêm do banco de

---

resultados os mais diversos em seus índices, abrangendo além dos textos, pesquisas sobre fotos e vídeos, por exemplo. Enquanto isso, buscadores verticais, como o *Facebook* e o *Youtube*, apresentam resultados mais restritos: no *Youtube* são pesquisados apenas vídeos e no *Facebook* se pesquisa sobre perfis de pessoas. Assim, nem tudo o que aparece como resultado no *Google* irá se mostrar como resultado no *Facebook* e no *Youtube*, e a recíproca também é verdadeira” (*O Direito ao esquecimento na era digital: desafios da regulação da desvinculação de URLs prejudiciais a pessoas naturais nos índices de pesquisa dos buscadores horizontais*, p. 16).

<sup>784</sup> BEATRIZ VALADARES CENDÓN, *Ferramentas de busca na Web*, p. 41. Disponível em: <[http://www.esmal.tjal.jus.br/arquivosCursos/2011\\_05\\_16\\_22\\_51\\_53\\_Apostila%20de%20Inform%20Etica%20-%20Ferramentas\\_de\\_Busca.pdf](http://www.esmal.tjal.jus.br/arquivosCursos/2011_05_16_22_51_53_Apostila%20de%20Inform%20Etica%20-%20Ferramentas_de_Busca.pdf)>. Acesso em: 15 set. 2017.

<sup>785</sup> MARCEL LEONARDI, *Tutela e Privacidade na Internet*, p. 289.

<sup>786</sup> DAVID CURY NETO, *Tutela civil do direito ao esquecimento*, p. 175-176.

dados dos próprios motores de busca, que oferecem como resultado um breve resumo do trecho que, em tese, mais interessaria ao internauta<sup>787</sup>.

O *Google* admite que sua atividade é dividida em três partes (omite o armazenamento): rastreamento, indexação e publicação dos resultados. O rastreamento, como visto, é realizado pelos robôs, que ao reconhecerem novos *links* ou alterações no conteúdo de um *site* promovem alterações no *index*. Na indexação, “[...] toda informação trazida pelo *Googlebot* é separada e organizada em uma determinada categoria dentro do indexador”<sup>788</sup>.

O *Google* explica como realiza essa etapa:

A relevância é determinada por mais de 200 fatores, entre eles o *PageRank* de uma determinada página. O *PageRank* é a medida da importância de uma página com base nos *links* de entrada de outras páginas. Em outras palavras, cada *link* para uma página proveniente de outro site adiciona um *PageRank* ao seu site. Nem todos os *links* são iguais: o Google trabalha com afinco para melhorar a experiência do usuário, identificando *links* de *spam* e outras práticas que afetam negativamente os resultados da pesquisa. Os melhores tipos de *links* são aqueles retornados com base na qualidade do conteúdo<sup>789</sup>.

ANDRÉ BRANDÃO NERY COSTA ensina que o *PageRank*<sup>790</sup>, um desses critérios que direcionam os resultados da indexação:

é uma família de algoritmos de análise de rede que dá pesos numéricos a cada elemento de uma coleção de documentos hiperligados, como as páginas da Internet, com o propósito de medir a sua importância nesse grupo por meio de um motor de busca. O algoritmo pode ser aplicado a qualquer objeto com ligações recíprocas e referências<sup>791</sup>.

A jurisprudência norte-americana<sup>792</sup> entende que o índice criado por um mecanismo de busca “é protegido pela liberdade de expressão e, portanto, a ordem

<sup>787</sup> A própria decisão do TJUE, em referência ao *Google*, reconhece que: “As informações indexadas pelas suas ‘aranhas da web’, ou pelos seus robôs de identificação, isto é, programas informáticos utilizados para identificar e varrer o conteúdo de páginas web de forma metódica e automatizadas, são armazenadas temporariamente em servidores cujo Estado de localização não é conhecido, sendo essa informação mantida em segredo por motivos concorrenciais”. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *Comunicado de Imprensa n.º 70/14*. Luxemburgo, 13 de maio de 2014. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-05/cp140070pt.pdf>>. Acesso em: 23 fev. 2017.

<sup>788</sup> Cf. contestação apresentada pelo *Google*, nos autos do Processo 4032154-59.2013.8.26.0224, da 10ª Vara Cível do Fórum de Guarulhos, em São Paulo.

<sup>789</sup> GOOGLE. Disponível em: <<https://support.google.com/webmasters/answer/70897?hl=pt-BR>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

<sup>790</sup> O processo de *PageRank* é patenteado pela Universidade de Stanford nos Estados Unidos da América. Somente o nome *PageRank* é marca registrada do *Google*. WIKIPEDIA. *Verbete Page Rank*. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/PageRank>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

<sup>791</sup> ANDRÉ BRANDÃO NERY COSTA, *Direito ao esquecimento na Internet: a scarlet letter digital*, p. 191.

<sup>792</sup> Chineses ativistas da liberdade de expressão, residentes em Nova York, promoveram uma ação civil contra a *Baidu Inc.* alegando que o buscador bloqueava resultados de artigos, vídeos e áudios favoráveis ao

(*ranking*) de exibição dos *links* apresentados como resultado de uma pesquisa representa a ‘opinião’ protegida desse mecanismo de busca”<sup>793</sup>.

Aliás, o próprio *Google* reconhece, nos Estados Unidos da América, contrariamente ao que sustenta no Brasil<sup>794</sup>, que sua atividade interfere nos resultados das pesquisas, defendendo que sua atuação é assegurada pela Primeira Emenda da Constituição americana, protetiva da liberdade de expressão.

Segundo MARCELO FRULLANI LOPES, além de a argumentação ter sido utilizada pelo *Google* em uma ação civil no ano de 2003:

[...] foi defendida por Eugene Volokh e Donald M. Falk em artigo em 2003 intitulado *Google, Microsoft’s Bing, Yahoo! Search, and other search engines are speakers?*. O argumento central é que os provedores de busca são *speakers*, isto é autores cujos discursos devem ser protegidos, seja em relação à transmissão de informações que o provedor preparou ou compilou [...] seja direcionando o usuário para materiais criados por outros, com base no que o motor de buscas considera mais adequado às pesquisas realizadas, ou até mesmo quanto à própria seleção e organização das pesquisas<sup>795</sup>.

Conforme a tese, o *Google* age exatamente como o editor de um meio de comunicação tradicional, pois seleciona e organiza, dentre milhares de informações disponíveis na Rede, aquelas que são relevantes para os leitores/usuários. E isto é realizado por meio dos sofisticados algoritmos desenvolvidos pela equipe de engenheiros da empresa, sendo um artefato humano integrante da sua arquitetura, que “funciona de um determinado modo não porque não haveria outra forma de funcionar, mas porque foi concebido daquele modo”<sup>796</sup>.

---

movimento democrático na China, praticando censura. A decisão considerou que os buscadores realizam trabalho editorial decidindo sobre quais informações serão incluídas nos resultados indexados e o modo como tal conteúdo será apresentado (o *ranking* de *links*). Em outro ponto importante, a decisão se refere aos algoritmos, concluindo que são elaborados por seres humanos e, assim, representam a maneira de pensar dos engenheiros do motor de buscas (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States District Court. Southern District of New York. Case 11 Civ. 3388 (JMF). Disponível em: <<https://casetext.com/case/jian-zhang-v-baiducom-inc/case/zhong-zhang-v-baiducom-inc>>. Acesso em: 29 jun. 2017).

<sup>793</sup> MARCEL LEONARDI, *Tutela e Privacidade na Internet*, p. 296.

<sup>794</sup> No Brasil, o *Google* também tem se arvorado na proteção às liberdades comunicativas, porém com a fundamentação de o seu buscador ser “neutro e imparcial” na indexação dos *links*. Assim, defende sua ilegitimidade passiva para figurar nas demandas, visto que o conteúdo ao qual é direcionado o pedido de desvinculação, devido à sua eventual afronta aos direitos da personalidade, foi postado por um terceiro.

<sup>795</sup> MARCELO FRULLANI LOPES, *Juízes devem reconhecer que Google influencia resultado de pesquisas*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-mai-22/juizes-reconhecer-google-influencia-resultado-pesquisas>>. Acesso em: 29 jun. 2017.

<sup>796</sup> JULIAN ASSANGE, *Quando o Google encontrou o Wikileaks*, p. 12. Apresentação de SERGIO AMADEU DA SILVEIRA.

A publicação dos resultados indexados não ocorre de forma aleatória, sendo que os programas desenvolvidos pela empresa são fundamentais para determinar se a informação figurará na primeira, na segunda ou na vigésima página do buscador<sup>797</sup>. Por óbvio, o conteúdo constante nas primeiras páginas terá uma probabilidade muito maior de acesso, exercendo influência sobre o internauta. E isso ocorrerá devido à arquitetura do buscador, cujos programas e algoritmos<sup>798</sup> são criados, modificados e atualizados por seres humanos.

MARTIN MOORE alerta que a ordem dos resultados da busca influencia as pessoas, existindo estudos em grande escala, estatisticamente significativos, sobre o efeito do seu resultado nas opiniões políticas<sup>799</sup>, levando inclusive ao isolamento intelectual, cultural e ideológico, a chamada “bolha informativa”.

Além do *PageRank* dos sítios eletrônicos relacionados ao termo pesquisado no buscador, realiza-se “a associação das páginas pesquisadas na *web* com o histórico do próprio usuário de acordo com suas preferências manifestadas anteriormente”.

Sobre a técnica do *profiling*<sup>800</sup>, pelo qual são obtidas metainformações<sup>801</sup> do usuário por meio do tratamento de dados via algoritmos, sintetizando hábitos,

---

<sup>797</sup> MARCELO FRULLANI LOPES, *Juízes devem reconhecer que Google influencia resultado de pesquisas*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-mai-22/juizes-reconhecer-google-influencia-resultado-pesquisas>>. Acesso em: 29 jun. 2017.

<sup>798</sup> Algoritmos estão sendo criados e atualizados constantemente. Os mais antigos apresentavam algumas falhas. Uma delas era o fenômeno do *Googlebombing*, caracterizada por tentativas de influenciar a classificação de determinada página ou *site* nos resultados retornados pelo buscador, normalmente com intenções políticas. “Devido ao sistema utilizado pelo *Google* para criar o algoritmo do *PageRank*, uma página terá uma classificação melhor à medida que o *website* que dá acesso a tal página use melhores termos de referência. Uma ‘bomba’ é criada caso haja um grande número de sites apontando para estes locais” (WIKIPEDIA. *Verbete Bomba do Google*. Disponível em: <[https://pt.wikipedia.org/wiki/Bomba\\_do\\_Google](https://pt.wikipedia.org/wiki/Bomba_do_Google)>. Acesso em: 24 jan. 2017). Um dos casos mais famosos de *Googlebombing* foi a busca pela palavra *failure* que levava à biografia do presidente George W. Bush. A principal munição do *Googlebombing* costumava ser os comentários em *blogs*, que por serem livres facilitavam a inserção de *links*. Posteriormente, diversas empresas melhoraram os algoritmos utilizados pelas ferramentas de busca para coibir a prática (MARKETING DE BUSCA. Disponível em: <<http://www.marketingdebusca.com.br/google-bombing/>>. Acesso em: 24 jan. 2017).

Cite-se também os *link farms* (literalmente “fazenda de links”), técnica que consiste em criar uma rede de *sites* para realizar troca direta de *links* objetivando aumentar a relevância de um *site* para os algoritmos do *Google* e, assim, melhorar seu ranqueamento nas buscas.

<sup>799</sup> CAROLE CADWALLADR. *Google, democracy and the truth about internet search*. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/technology/2016/dec/04/google-democracy-truth-internet-search-facebook>>. Acesso em: 26 fev. 2017.

<sup>800</sup> A partir de dados específicos, o *profiling* se vale de algoritmos complexos para traçar perfis ou criar modelos de consumidores.

<sup>801</sup> Os metadados ou metainformações podem ser definidos como dados que descrevem outros dados, caracterizando-se como informações úteis que identificam, localizam, compreendem e gerenciam dados.

preferências e registros da vida das pessoas<sup>802</sup>, STEFANO RODOTÁ nos fala sobre a abstração no *cyberspace*:

A unidade da pessoa partiu-se. Em seu lugar encontramos tantas “pessoas eletrônicas”, tantas pessoas criadas pelo mercado quantos são os interesses que estimulam a coleta das informações. Estamos nos tornando “abstrações do *cyberspace*”, e de novo estamos diante de um indivíduo “multiplicado”. Desta vez, porém, não por escolha, não por sua vontade de assumir identidades múltiplas, mas para reduzi-lo à medida das relações de mercado<sup>803</sup>.

Quer dizer, por meio do uso de algoritmo, espécie de fórmula de programação que filtra os resultados segundo os critérios estabelecidos por equipes especializadas, o *Google*, não age de maneira neutra e imparcial sem qualquer intervenção no resultado, mas organiza e distribui as informações que coleta na *Web* da forma que lhe é mais conveniente realizando tratamento de dados. E esta conveniência está relacionada a interesses comerciais.

Não estamos com isso questionando o fato de a poderosa empresa de tecnologia auferir lucros bilionários, visto ser parte elementar do seu empreendimento, mas indagamos sobre o meio como faz isso. O objetivo de provedores como o *Google* é promover, facilitar e vender produtos e serviços de publicidade, sendo a eficiência do buscador digital, independentemente de realizar tratamento de dados e afrontar direitos fundamentais dos indivíduos em diversos conteúdos, chamariz aos usuários, uma vez que “se um motor cobre mais da *Web*, ele terá maior chance de conter a informação procurada. Conseqüentemente, os motores maiores tendem a ser mais usados, atraindo maior número de anunciantes e podendo cobrar maiores taxas pelos anúncios”<sup>804</sup>. E o *Google* praticamente monopoliza o setor de buscas na *Web*<sup>805</sup>.

<sup>802</sup> DANILO DONEDA, *Da Privacidade à proteção de dados pessoais*, p. 173.

<sup>803</sup> STEFANO RODOTÁ, *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*, p. 125.

<sup>804</sup> BEATRIZ VALADARES CENDÓN, *Ferramentas de busca na Web*, p. 42. Disponível em: <[http://www.esmal.tjal.jus.br/arquivosCursos/2011\\_05\\_16\\_22\\_51\\_53\\_Apostila%20de%20Inform%20Etica%20-%20Ferramentas\\_de\\_Busca.pdf](http://www.esmal.tjal.jus.br/arquivosCursos/2011_05_16_22_51_53_Apostila%20de%20Inform%20Etica%20-%20Ferramentas_de_Busca.pdf)>. Acesso em: 15 set. 2017.

<sup>805</sup> Conforme já exposto na introdução deste trabalho, dados da *Stat Counter Global Stats*, referentes ao uso global de buscadores, informam que, no Brasil, em junho de 2017, o *Google* seria responsável por 96,73% das buscas, o *Bing* por 1,73% e o *Yahoo!* por 1,41%. (STATCOUNTER. Disponível em: <<http://gs.statcounter.com/search-engine-market-share/all/brazil>>. Acesso em: 17 jul. 2017).

Reportagem publicada na revista *Veja*, a respeito do *Google*, afirma que: “[...] a companhia é quase monopolista no segmento de publicidade vinculado a buscas, com 88% de participação”. Junto ao *Facebook*, ocupa posição privilegiada, sendo referência em economia de dados: “Tudo o que as pessoas fazem na internet, inclusive pesquisas em sites de busca, compras ou navegação em redes sociais, gera uma série de informações. Com seus inúmeros produtos, o *Google* e o *Facebook* conseguem auscultar o comportamento do consumidor na rede melhor que qualquer outra empresa do planeta. De posse de tais dados, eles desenvolvem mais serviços e também vendem esses hábitos a outras companhias e até mesmo a políticos ou governos” (MARCELO SAKATE, *Os monstros digitais*, p. 74-75).

Conforme ilustrado por ANDRÉ BRANDÃO NERY COSTA:

[...] as ferramentas de busca na Internet são capazes de descobrir informações, disponibilizando-as a milhões de usuários que se utilizam desse serviço, e de memorizá-las. Em 2007, o Google arquivava todas as pesquisas efetuadas por cada usuário, bem como os resultados da busca acessados. Associava a esses resultados informações atinentes ao usuário, constituindo assim, perfis de cada internauta<sup>806</sup>.

Quando utilizamos qualquer serviço do *Google*, se dá o armazenamento dos nossos dados, sem que tenhamos sido informados expressamente sobre isso, permitindo que, ao longo do tempo, a companhia reúna informações pessoais<sup>807</sup>. Assim, é mantido o histórico de atividade na *Web* e em *apps* (inclusive os não *Google*), incluindo tudo o que foi buscado no navegador, passando pelo monitoramento das atividades de voz e áudio, itens relacionados ao *YouTube*, com listas dos vídeos vistos e/ou procurados, e o invasivo histórico de localização. Para consagrar, na página *Control Your Google Ads* aparecem os assuntos pelos quais o *Google* considera que o usuário tem interesse, verdadeira arma mercadológica para gerenciar *banners* publicitários<sup>808</sup> que serão visualizados quando o usuário realizar suas pesquisas. Como alerta MAYER-SCHÖNBERGER, o *Google* sabe mais sobre nós do que nós mesmos podemos lembrar<sup>809</sup>.

E isso tudo é realizado:

[...] por meio da coleta e utilização de informações, o que lhe viabiliza a prática de marketing direto e o tracejo do perfil do usuário sem seu conhecimento. Os serviços aparentemente gratuitos fornecidos por essas empresas, na verdade, estão sendo indiretamente pagos pelo usuário quando a empresa coleta, trata e armazena tais dados com suas características e preferências, com o intuito de elaborar os perfis dos usuários para utilizá-los em estratégias de marketing de empresas patrocinadoras<sup>810</sup>.

A Europa e os Estados Unidos da América compartilham a ideia de que não há neutralidade e passividade em redes digitais e seus dispositivos, deferindo-se no Velho Continente maior proteção à privacidade e ao controle de dados pessoais, e na América,

<sup>806</sup> ANDRÉ BRANDÃO NERY COSTA, *Direito ao esquecimento na Internet: a scarlet letter digital*, p. 188.

<sup>807</sup> É possível ao internauta visualizar as informações coletadas a seu respeito pelo *Google* em <<https://history.google.com/history/>> (acesso em: 16 jul. 2017). Há possibilidade de desativar ou deletar certos itens.

<sup>808</sup> BRUNO GARATTONI, *Página revela os dados que o Google tem sobre você; confira*. Disponível em: <<http://super.abril.com.br/blog/rebit/pagina-revela-os-dados-que-o-google-tem-sobre-voce-confira/>>. Acesso em: 25 jan. 2017.

<sup>809</sup> VIKTOR MAYER-SCHÖNBERGER, *Delete: the virtue of forgetting in the digital age*, p. 7.

<sup>810</sup> GILBERTO FACHETTI SILVESTRE e NAUANI SCHADES BENEVIDES, *O papel do Google na eficácia do direito ao esquecimento – análise comparativa entre Brasil e Europa*, p. 99-122.

deferência às liberdades comunicativas, considerando-se que o *Google Search* realiza julgamentos editoriais em seu trabalho de tratamento de dados.

Já a tese defendida pelo buscador no Brasil é exatamente ao contrário: a da sua passividade e neutralidade, e o pior é que tais argumentos têm sido acolhidos pelas Cortes Superiores nacionais.

#### 5.4.3 O leading case *Costeja González*

Em 13 de maio de 2014, decisão prolatada pela Grande Seção do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), nos autos do processo C-131/12<sup>811</sup>, deu repercussão global ao “direito ao esquecimento” ao intensificar o interesse doutrinário, legislativo e jurisprudencial sobre o tema, incendiando o debate sobre a desvinculação de *links* nos índices de pesquisa de buscadores digitais. O caso é de típico direito ao controle de dados pessoais despidos de interesse público, ou do direito à autodeterminação informativa, conforme será analisado a seguir, com a especificidade da fluência de lapso temporal.

As empresas *Google Spain, S. L.* e *Google Inc.* se insurgiram contra decisão da *Agencia Española de Protección de Datos* (AEPD), que, ao deferir a reclamação apresentada por Mario Costeja González, determinou ao *Google Inc.* a adoção de providências para retirar das listas de resultados do seu motor de buscas os dados pessoais do cidadão espanhol.

As informações a serem desindexadas do mundo virtual constavam dos *links* de notícias veiculadas em 19 de janeiro e 9 de março de 1998, pelo jornal *La Vanguardia*<sup>812</sup> – cuja edição fora digitalizada e carregada na Internet em 2008 –, relativas à venda de imóvel em hasta pública decorrente de um arresto para o resgate judicial de

---

<sup>811</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Processo C-131/12. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=163494&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=568461>>. Acesso em: 7 jul. 2017. Ementa: “Dados pessoais – Proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento desses dados – Diretiva 95/46/CE – Artigos 2º, 4º, 12º e 14º – Âmbito de aplicação material e territorial – Motores de busca na Internet – Tratamento de dados contidos em sítios web – Pesquisa, indexação e armazenamento desses dados – Responsabilidade do operador do motor de busca – Estabelecimento no território de um Estado-Membro – Alcance das obrigações desse operador e dos direitos da pessoa em causa – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – Artigos 7º e 8º”.

<sup>812</sup> Cf. ALEXANDRE MARTINS, *Tribunal Europeu reconhece “direito ao esquecimento” na Internet*. Disponível em: <<https://www.publico.pt/2014/05/13/mundo/noticia/tribunal-europeu-defende-direito-a-ser-esquecido-na-internet-1635712>>. Acesso em: 23 jan. 2017.

dívida para com a Seguridade Social, o que alegadamente causava ao autor da reclamação grave impacto à reputação pessoal.

No seu pedido inicial, Costeja González<sup>813</sup> pedia que também se ordenasse ao periódico, fonte da informação, a supressão ou alteração das referidas páginas com seus dados pessoais, tendo sido a pretensão indeferida pela AEPD, sob a alegação de que a publicação de tais informações estava legalmente justificada, pois tinham sido efetuadas por ordem do Ministério do Trabalho e dos Assuntos Sociais, tendo por finalidade publicizar ao máximo o praxeamento do bem, a fim de reunir o maior número possível de licitantes.

Alicerçada nos arts. 2º, 4º, 12º e 14º da Diretiva 95/46/CE<sup>814</sup> do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados<sup>815</sup>, a decisão da Corte considerou que o direito fundamental à vida privada, previsto no art. 7º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, e o direito à proteção de dados pessoais<sup>816</sup>, previsto no art. 8º do mesmo Diploma Legal, prevaleciam não só sobre os interesses econômicos do operador do motor de buscas, mas também sobre os interesses das pessoas potencialmente interessadas em ter acesso à informação<sup>817</sup>.

---

<sup>813</sup> Vale mencionar como curiosidade que, em outubro de 2015, Costeja González realizou novo pedido de desvinculação de *links* à AEPD, agora direcionado às notícias sobre seu emblemático julgamento perante o TJUE. A pretensão foi negada pela agência espanhola, tendo em vista o interesse público nas informações postadas na *Web* (MIQUEL PEGUERA, *No more right to be forgotten for Mr. Costeja, says Spanish Data Protection Authority*. Disponível em: <<http://cyberlaw.stanford.edu/blog/2015/10/no-more-right-be-forgotten-mr-costeja-says-spanish-data-protection-authority>>. Acesso em: 29 jun. 2017).

<sup>814</sup> A Diretiva 95/46/CE foi revogada, com efeitos a partir de 25 de maio de 2018, conforme o art. 94, 1, do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados.

<sup>815</sup> Tendo em vista que, no ano da aprovação daquela Diretiva, a utilização da Internet para os usuários comuns ainda era incipiente, não há em seu bojo dispositivo ou menção específica ao denominado “direito ao esquecimento”. Já o novel regulamento o prevê expressamente no art. 17.

<sup>816</sup> Conforme art. 2º, *a*, da Diretiva 95/46/CE, dados pessoais são: “qualquer informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável (pessoa em causa); é considerado identificável todo aquele que possa ser identificado, directa ou indirectamente, nomeadamente por referência a um número de identificação ou a um ou mais elementos específicos da sua identidade física, fisiológica, psíquica, económica, cultural ou social”.

<sup>817</sup> A título de curiosidade, informe-se que o Advogado-Geral NILO JÄÄSKINEN, em 25 de junho de 2013, apresentou parecer com argumento em sentido contrário ao decidido pela Corte concluindo que “os direitos ao apagamento e ao bloqueio dos dados, regulados no artigo 12º, alínea b, e o direito de oposição, previsto no artigo 14º, alínea a, da Diretiva 95/46 não conferem à pessoa em causa o direito de se dirigir diretamente aos motores de pesquisa para impedir a indexação de informação referente à sua pessoa, legalmente publicada em páginas *web* de terceiros, alegando não desejar que tais informações sejam conhecidas pelos utilizadores da Internet por considerar que as mesmas lhe podem ser prejudiciais ou pretender ser esquecida”. No tópico 131, frisou que “na sociedade da informação contemporânea, o direito de pesquisar

A Corte regional pontuou que a atividade desempenhada pelo *Google Search*, consistente em encontrar informações publicadas ou inseridas na Internet por terceiros para indexá-las automaticamente, armazená-las temporariamente e, por último, pô-las à disposição dos internautas por determinada ordem de preferência, caracteriza tratamento de dados pessoais<sup>818</sup>, sendo o operador desse motor de buscas considerado responsável pelo tratamento<sup>819</sup>, visto ser quem determina as finalidades e os meios dessa atividade. Observa que a Diretiva não exige a alteração dos dados pessoais para que reste caracterizado o tratamento, já que existem diversas outras formas de tratar os dados sem alterá-los.

Com dois *disclaimers* relevantes, o acórdão frisou que o direito à privacidade e o controle de dados pessoais do indivíduo serão mitigados pelo interesse público no acesso às informações disponibilizadas pelos provedores de busca, caso existam razões especiais “como o papel desempenhado por essa pessoa na vida pública”<sup>820</sup>. Além disso, ressaltou que, caso as informações tenham sido disponibilizadas por um editor de *site* na Rede, e não por um motor de buscas, é passível a invocação da liberdade de expressão e de imprensa, pois:

o tratamento pelo editor de uma página da *web*, que consiste na publicação de informações sobre uma pessoa singular, pode, se for caso disso, ser efetuado “para fins exclusivamente jornalísticos” e, deste modo, beneficiar, por força do

---

informação publicada na Internet por meio de motores de pesquisa é uma das formas mais importantes de exercer esse direito fundamental. Este direito abrange, incontestavelmente, o direito de pesquisar informação relativa a outras pessoas singulares que está, em princípio, protegida pelo direito à vida privada, como as informações que figuram na Internet relativas às atividades de uma pessoa como comerciante ou político. O direito do utilizador de Internet à informação ficaria comprometido se a sua pesquisa de informação sobre uma pessoa não produzisse resultados de pesquisa que fornecessem um reflexo verdadeiro das páginas *web* pertinentes, mas uma versão ‘*bowdlerizada*’ dessas páginas”. A expressão em itálico faz referência a Thomas Bowdler (1754–1825), que publicou uma versão “expurgada” da obra de William Shakespeare que pretendia ser mais apropriada do que a original para mulheres e crianças do século XIX (*Processo C-131/12 – Conclusões do Advogado-Geral N. Jääskinen*. Parecer de 25 de junho de 2013. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:62012CC0131>>. Acesso em: 24 jan. 2017).

<sup>818</sup> Conforme art. 2º, *b*, da Diretiva 95/46/CE, tratamento de dados pessoais é definido como: “qualquer operação ou conjunto de operações efectuadas sobre dados pessoais, com ou sem meios automatizados, tais como a recolha, registro, organização, conservação, adaptação ou alteração, recuperação, consulta, utilização, comunicação por transmissão, difusão ou qualquer outra forma de colocação à disposição, com comparação ou interconexão, bem como o bloqueio, apagamento ou destruição”.

<sup>819</sup> Conforme art. 2º, *d*, da Diretiva 95/46/CE, responsável pelo tratamento é: “a pessoa singular ou colectiva, a autoridade pública, o serviço ou qualquer outro organismo que, individualmente ou em conjunto com outrem, determine as finalidades e os meios de tratamento dos dados pessoais; sempre que as finalidades e os meios do tratamento sejam determinadas por disposições legislativas ou regulamentares nacionais ou comunitárias, o responsável pelo tratamento ou os critérios específicos para a sua nomeação podem ser indicados pelo direito nacional ou comunitário”.

<sup>820</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *Comunicado de Imprensa nº 70/14*. Luxemburgo, 13 de maio de 2014. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-05/cp140070pt.pdf>>. Acesso em: 23 fev. 2017.

art. 9º da Diretiva 95/46, de derrogações às exigências estabelecidas por esta, ao passo que não parece ser esse o caso do tratamento efetuado pelo operador do motor de buscas<sup>821</sup>.

Em seu *decisum*, o Tribunal determinou a desvinculação de URLs<sup>822</sup> perante os buscadores digitais, ou seja, a modificação do seu índice para que este não apresentasse determinado *link* quando realizada pesquisa pelo nome da pessoa natural, não sendo necessário comprovar a ocorrência de prejuízos ou danos para o exercício de tal direito, bastando a configuração da inadequação, impertinência ou desproporcionalidade do tratamento de dados, mesmo que as informações tenham sido divulgadas licitamente por terceiros e sejam verdadeiras. Considerou-se que o transcurso do tempo faz com que o tratamento inicialmente lícito se revele incompatível com as regras da Diretiva, e que não há necessidade de o conteúdo ser excluído ou bloqueado prévia ou concomitantemente em seu *website* de publicação original para que o mesmo seja exigido dos motores de busca.

Na decisão, ficou expresso que:

A circunstância de os editores de sítios *web* terem a faculdade de indicar aos operadores dos motores de buscas, através, designadamente, de protocolo de exclusão como o “robot.txt”, ou de códigos como o “noindex” ou “noarchive”, que pretendem que uma dada informação publicada no sítio deles seja excluída, total ou parcialmente, dos índices automáticos desses motores, não significa que a falta dessa indicação, por parte dos editores, isente o operador do motor de busca de sua responsabilidade pelo tratamento dos dados pessoais que efetue no contexto da atividade desse motor<sup>823</sup>.

Para frisar o impacto do caso Costeja González, o TJUE afirmou sua “competência para decidir sobre o direito ao esquecimento em relação aos mecanismos de busca da Internet, mesmo que sediados fora do território da UE, com evidentes impactos extracomunitários”<sup>824</sup> <sup>825</sup>. A justificativa foi a exploração pelo *Google* de

<sup>821</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *Comunicado de Imprensa nº 70/14*. Luxemburgo, 13 de maio de 2014. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-05/cp140070pt.pdf>>. Acesso em: 23 fev. 2017.

<sup>822</sup> Sigla para *Uniform Resource Locator* (Localizador Padrão de Recursos), endereço virtual das páginas disponíveis na Internet.

<sup>823</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA, *Comunicado de Imprensa nº 70/14*. Luxemburgo, 13 de maio de 2014. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-05/cp140070pt.pdf>>. Acesso em: 23 fev. 2017.

<sup>824</sup> FERNANDO JOSÉ GONÇALVES ACUNHA, *Democracia e transconstitucionalismo: “direito ao esquecimento”, extraterritorialidade e conflito entre ordens jurídicas*, p. 751.

<sup>825</sup> Frise-se, no entanto, que a *BBC*, na Inglaterra, republicou centenas de *links* que haviam sido desvinculados pelo *Google* após a decisão do TJUE, apesar das críticas de parte da imprensa daquele país (JULIA POWLES, *Why the BBC is wrong to republish “right to be forgotten” links*. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/technology/2015/jul/01/bbc-wrong-right-to-be-forgotten>>. Acesso em: 26 jan. 2017).

atividade econômica na Europa, com promoção e venda de espaços publicitários, rentabilizando o serviço prestado pelo motor.

Conforme os termos da sentença:

O *Google Search* não se limita a dar acesso aos conteúdos alojados nos sítios *web* indexados, mas aproveita essa atividade para incluir, mediante pagamento, publicidade associada aos termos da pesquisa introduzidos pelos internautas, por empresas que pretendem utilizar esse instrumento para lhes oferecer os seus bens ou serviços<sup>826</sup>.

Na esteira do *leading case*, a autoridade de proteção de dados pessoais na França (CNIL) aplicou multa de 100.000 euros ao *Google*<sup>827</sup>, “por não ter atendido a uma determinação para excluir de todos os seus resultados – independentemente de restrições geográficas – as buscas que apontavam para cidadãos que haviam invocado um ‘direito a não serem listados’”<sup>828</sup>, considerando que há eficácia ampla no direito à desindexação para todos os sites e extensões usados.

Outrossim, a decisão do TJUE, que considerou que pedidos de desindexação semelhantes ao formulado pelo Sr. González poderiam ser diretamente dirigidos pela pessoa que se sentisse lesada ao responsável pelo tratamento de dados, o qual teria a incumbência de então “examinar devidamente se os mesmos têm razão de ser” e, caso positivo, “pôr termo ao tratamento dos dados em questão”, revelou clara tendência de “desjudicialização” de demandas relativas ao “direito ao esquecimento” digital.

Em 30 de maio de 2014, o *Google* promoveu alteração em sua política<sup>829</sup> disponibilizando o formulário “pedido de remoção de pesquisa ao abrigo da lei de proteção na Europa”, informando que serão equilibrados os direitos de privacidade do indivíduo com os de interesse público e os direitos à distribuição da informação, sendo

<sup>826</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *Comunicado de Imprensa n° 70/14*. Luxemburgo, 13 de maio de 2014. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-05/cp140070pt.pdf>>. Acesso em: 23 fev. 2017.

<sup>827</sup> CNIL (*Comission Nationale de l'Informatique et des Libertés*). Decisão n° 2016-054, de 10 de março de 2016. Em deliberação no dia 19.06.2017, ocorreu o reenvio prejudicial pelo Conselho de Estado Francês para o TJUE (processo C-507/17).

<sup>828</sup> FERNANDO JOSÉ GONÇALVES ACUNHA, *Democracia e transconstitucionalismo: “direito ao esquecimento”, extraterritorialidade e conflito entre ordens jurídicas*, p. 760.

<sup>829</sup> EDSON CALDAS, *Google concorda em dar o direito de seus usuários serem “esquecidos”*. Disponível em: <<http://revistagalileu.globo.com/Tecnologia/noticia/2014/05/google-concorda-em-dar-o-direito-de-seus-usuarios-serem-esquecidos.html>>. Acesso em: 24 jan. 2017.

que, na avaliação da requisição, será verificado se os resultados incluem informação desatualizada sobre a pessoa, bem como se existente interesse público<sup>830</sup>.

A amplitude dos termos utilizados na sentença da Corte Regional Europeia, que fala sobre a possibilidade de exclusão das informações disponibilizadas pelos motores de busca que sejam irrelevantes, imprecisas, inadequadas ou excessivas, somada à permissão da requisição direta ao responsável pelo tratamento de dados, fez com que até o mês de novembro de 2015, a empresa recebesse mais de 348 mil requisições de cidadãos do continente europeu envolvendo vários *sites*, o que levou à análise de 1.235.473 URLs ou *links*. Deste total, foram desvinculados 441.778 (42%) dos resultados das pesquisas referentes ao nome dos reclamantes<sup>831</sup>. Observamos, entretanto, que apenas parte deste percentual deve ter relação com um eventual “direito ao esquecimento”, visto não ser exigido que os conteúdos afrontosos aos direitos da personalidade observem certo lapso temporal para serem excluídos.

Em que pese a “gigante de buscas” informar que sua “equipe de remoção” analisa cuidadosamente cada pedido efetuado pelos internautas, além de disponibilizar relatório de transparência<sup>832</sup> aos usuários<sup>833</sup>, incluindo alguns exemplos em que foram atendidos ou não as requisições dos cidadãos europeus, há ausência de especificação sobre seus processos internos, critérios de remoção ou prioridade<sup>834</sup>. Assim, não há como não se visualizar a legitimação de um tribunal corporativo<sup>835</sup>, visto que as expressões

---

<sup>830</sup> GOOGLE. Disponível em:

<[https://support.google.com/legal/contact/lr\\_eudpa?product=websearch&hl=pt](https://support.google.com/legal/contact/lr_eudpa?product=websearch&hl=pt)>. Acesso em: 24 jan. 2017.

<sup>831</sup> LEONARDO ROCHA, *Direito ao esquecimento já fez a Google analisar mais de 1 milhão de links*. Disponível em: <<https://www.tecmundo.com.br/google-search/90914-direito-esquecimento-google-analisar-1-milhao-links.htm>>. Acesso em: 24 jan. 2017.

<sup>832</sup> Frise-se que, em maio de 2015, acadêmicos escreveram uma carta aberta ao provedor pedindo mais transparência no que concerne aos pedidos de remoção (JEMIMA KISS, *Dear Google: open letter from 80 academics on “right to be forgotten”*). Disponível em: <<https://www.theguardian.com/technology/2015/may/14/dear-google-open-letter-from-80-academics-on-right-to-be-forgotten>>. Acesso em: 26 jan. 2017).

<sup>833</sup> GOOGLE. Disponível em: <<https://www.google.com/transparencyreport/removals/europeprivacy/>>. Acesso em: 24 jan. 2017.

<sup>834</sup> CHIARA ANTONIA SPADACCINI DE TEFFÉ e FABIANA RODRIGUES BARLETTA, *O direito ao esquecimento: uma expressão possível do direito à privacidade*, p. 33-64.

<sup>835</sup> “Em última instância, o resultado da decisão europeia estimula a criação de verdadeiras cortes corporativas. Cada buscador, cada provedor na Internet desenvolveria então as suas condicionantes para remover conteúdos em substituição à análise que deveria ser feita pelo Judiciário. Em direito internacional privado muito se discute sobre o *forum shopping*. A decisão europeia parece então criar uma verdadeira *platform shopping*, estimulando que o usuário que queira postar um conteúdo passe a ponderar qual seria a jurisprudência do *Google*, do *Facebook* e de outras empresas com relação ao tipo de conteúdo que deseja subir para a Internet” (CARLOS AFFONSO PEREIRA DE SOUZA, *Os dez dilemas sobre o chamado direito ao*

polissêmicas contidas na decisão estudada passaram a ser interpretadas por um conselho privado detentor de poder sobre vastos volumes de informação<sup>836</sup>.

Há risco em deixar que a decisão sobre o interesse de uma informação esteja nas mãos de um representante do mercado, “tendo em vista a subjetividade dos critérios para a retirada de conteúdo, o que poderia prejudicar e restringir de forma desproporcional a liberdade de expressão”<sup>837</sup>.

Por mais que se defenda que com a não judicialização dos casos, além da redução de processos, há significativos ganhos em economia, celeridade e efetividade na resolução dos conflitos, no caso de tensão entre os direitos fundamentais da personalidade e as liberdades comunicativas, vislumbra-se a delegação de uma competência que seria do Poder Judiciário a um órgão particular, sem independência, imparcialidade e transparência, em verdadeira privatização da ponderação de direitos fundamentais, representativa de riscos, principalmente, ao livre fluxo de informações na Rede.

#### 5.4.4 Considerações sobre o “direito à autodeterminação informativa”

A metáfora do homem de vidro, ideia de origem nazista e totalitária, alicerçada na pretensão do Estado – e atualmente, cada vez mais, do setor privado – de conhecer até os aspectos mais íntimos da vida do cidadão, transformado automaticamente em “suspeito” quando reservado e cioso em sua vida privada, pois “quem não tem nada a dever, não deve esconder”, oculta uma verdade inconveniente: é exatamente o cidadão que “não tem nada a temer” que tem sido colocado em situação de risco e discriminação em virtude dos avanços da tecnologia<sup>838</sup>, de tal maneira que a “sociedade da informação” transmuda-se em “sociedade da vigilância”.

---

*esquecimento*. Disponível em: <<https://feed.itsrio.org/dez-dilemas-sobre-o-chamado-direito-ao-esquecimento-b0ba9ff83357>>. Acesso em: 12 jul. 2017).

<sup>836</sup> E estão sendo removidos links do Google Search europeu que apresentam evidente interesse público. ROBERT PESTON, jornalista da BBC, denuncia que um artigo de sua autoria sobre como a instituição financeira *Merrill Lynch* afastou seu CEO durante a crise dos *subprimes* foi desindexado (*Why has Google cast me into oblivion?*). Disponível em: <<http://www.bbc.com/news/business-28130581>>. Acesso em: 17 jul. 2017).

<sup>837</sup> CHIARA ANTONIA SPADACCINI DE TEFFÉ e FABIANA RODRIGUES BARLETTA, *O direito ao esquecimento: uma expressão possível do direito à privacidade*, p. 33-64.

<sup>838</sup> STEFANO RODOTÁ, *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Apresentação de MARIA CELINA BODIN DE MORAES, p. 8.

Digitalização de imagens e técnicas de reconhecimento facial na multidão, *data mining*<sup>839</sup> e pesquisas de informação sobre o comportamento de qualquer pessoa, *doxing*<sup>840</sup>, *profiling* como consumidor, cruzamento de dados, “categorização” de indivíduos e grupos, metadados, memória quase infinita das Redes, além de postagens em *blogs*, atualizações do *Facebook*, *tweets*, fotos e vídeos, realizadas pelo próprio usuário e que podem ficar eternamente armazenados em nuvens cibernéticas: sob os auspícios do “menos privacidade, mais segurança” e da lógica do mercado, há patente violação do indivíduo na dimensão eletrônica, simplificado, objetificado e avaliado fora do contexto, fenômeno que tende a recrudescer tendo em vista a continuidade do progresso tecnológico.

Reinvidicação burguesa em sua origem, a privacidade de WARREN e BRANDEIS, subjacente ao “direito de ser deixado só” com sua matriz individualista, assume na atualidade uma faceta moderna e dinâmica, caracterizada como o direito de manter o controle sobre as próprias informações e de determinar a maneira de construir sua esfera particular. Nesta compreensão, privado significa pessoal, e não secreto, sendo a esfera privada “o conjunto de ações, comportamentos, opiniões, preferências, informações pessoais, sobre os quais o interessado pretende manter um controle exclusivo”<sup>841</sup>.

A proteção de dados pessoais<sup>842</sup> que não apresentem interesse público – especialmente, mas não exclusivamente – no campo da informática, quando em questão o princípio da finalidade<sup>843</sup> (que faz com que a legitimidade da coleta e da circulação de

---

<sup>839</sup> A “mineração de dados” ou “prospecção de dados” é um processo que consiste na exploração de grande volume de dados na busca de padrões.

<sup>840</sup> Termo relacionado à vigilância na *Web*, o *doxing* ou *doxxing* se caracteriza pela pesquisa e transmissão de dados privados captados na Internet sobre indivíduos ou organizações.

<sup>841</sup> STEFANO RODOTÀ, *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*, p. 92.

<sup>842</sup> Cf. MARIA CELINA BODIN DE MORAES: “dados pessoais são definidos como dados relativos a uma pessoa física ou jurídica, identificada ou identificável, capaz de revelar informações sobre sua personalidade, relações afetivas, origem étnica ou racial, ou que se refiram às suas características físicas, morais ou emocionais, à sua vida afetiva e familiar, ao domicílio físico e eletrônico, número telefônico, patrimônio, ideologia e opiniões políticas, crenças e convicções religiosas ou filosóficas, estado de saúde físico ou mental, preferências sexuais ou outras análogas que afetem sua intimidade ou sua autodeterminação informativa” (STEFANO RODOTÀ, *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Apresentação, p. 6-7).

<sup>843</sup> Entre os outros princípios, deduzidos a partir da Convenção do Conselho da Europa de 1981 (Convenção de Estrasburgo) e da Recomendação da OCDE de 1980, estão os da correção, da exatidão, da publicidade, do acesso individual e da segurança física e lógica da coletânea de dados, bem como a previsão de alguns casos de “indisponibilidade”, geralmente relacionados aos dados sensíveis, como saúde, orientação sexual, opinião, nos quais nem mesmo o detentor pode dar o consentimento a determinados usos de seus dados. O objetivo é evitar a “comoditização” de tais informações, ou seja, sua transformação em mercadoria.

informações esteja subordinada ao uso primário para o qual foram destinadas<sup>844</sup>), atrelada a um lapso temporal para manutenção desses dados, também está sendo denominada como “direito ao esquecimento”, apesar de considerarmos que a terminologia não pareça a mais apropriada.

Tais características são típicas do direito à autodeterminação informativa<sup>845</sup>, conforme termo cunhado na Alemanha em 15 de dezembro de 1983 (*Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung*), com a sentença proferida pelo Tribunal Constitucional Federal, no julgamento de causa referente à coleta de dados pessoais pelo Poder Público, autorizada pela Lei do Censo<sup>846</sup>. Na causa, discutia-se a constitucionalidade de uma lei federal que determinava o preenchimento de um questionário sobre dados pessoais e previa o envio de tais informações para os governos locais. O julgado considerou inconstitucionais os dispositivos que possibilitavam a identificação dos cidadãos que forneceriam os dados, visto que “as pessoas devem ser protegidas da busca ilimitada, armazenamento, uso e transmissão de dados pessoais, como condição para o livre desenvolvimento da personalidade, considerando as condições modernas do processamento de dados”<sup>847</sup>, e asseverou a possibilidade de uma autodeterminação informativa a todo indivíduo, de forma que toda e qualquer informação pessoal só se torne pública se tutelada por um determinado interesse público, porque conhecida do titular a sua existência e com quem está sendo compartilhada<sup>848</sup>.

Antes disso, em 1981, o Conselho Europeu, por meio da Convenção de Estrasburgo, já havia previsto em seu art. 2º que informação pessoal é “qualquer informação relativa a uma pessoa singular identificada ou susceptível de identificação”,

---

<sup>844</sup> STEFANO RODOTÁ, *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*, p. 104.

<sup>845</sup> ANA MARIA NEVES DE PAIVA NAVARRO. O direito fundamental à autodeterminação informativa. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=86a2f353e1e6692c>>. Acesso em: 14 jun. 2017.

<sup>846</sup> VIKTOR MAYER-SCHÖNBERGER relata um caso bastante emblemático: nos anos de 1930, o Governo Holandês promoveu o cadastramento de todos os cidadãos objetivando a melhor prestação de serviços públicos, em um ato próprio da organização do Estado do bem-estar social. Entre os dados solicitados neste cadastramento, estavam nome, data de nascimento, endereço e religião, e outras informações. Com a eclosão da Segunda Guerra Mundial e a invasão da Holanda pelos nazistas, tal banco de dados foi tomado e esmiuçado pelos alemães, levando à prisão e morte de judeus e ciganos em um percentual muito mais alto (73%) do que em outros países que não dispunham de tais registros organizados, como a Bélgica (40%) e a França (25%) (*Delete: the virtue of forgetting in the digital age*, p. 141).

<sup>847</sup> DANIEL SARMENTO, *Liberdades comunicativas e “Direito ao Esquecimento” na ordem constitucional brasileira*, p. 46.

<sup>848</sup> CLARISSA CARELLO e MARIA CLAUDIA CACHAPUZ, *A doutrina do right to be forgotten pela perspectiva das relações entre particulares*, p. 57-58.

prevendo em seu preâmbulo que a proteção de dados pessoais está diretamente ligada à proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais.

A já citada Diretiva 95/46<sup>849</sup>, ainda vigente no âmbito da União Europeia, fundamento da decisão do TJUE no caso Costeja González, em seu art. 1º, dispõe que os “Estados-membros assegurarão, em conformidade com a presente diretiva, a proteção das liberdades e dos direitos fundamentais das pessoas singulares, nomeadamente do direito à vida privada, no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais”. O art. 8º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, promulgada em 7 de dezembro de 2000, também confere *status* de direito fundamental à proteção de dados pessoais<sup>850</sup>.

Em que pese inexistir no Brasil uma lei geral que disponha sobre a proteção de dados pessoais, tal direito pode ser inferido da Carta Magna, sendo um reflexo do direito à intimidade e à vida privada, além das garantias constitucionais da liberdade e da dignidade da pessoa humana. Também deve ser citada a previsão do inc. XII<sup>851</sup> do art. 5º, que versa sobre a inviolabilidade de dados. No âmbito infraconstitucional, o direito à autodeterminação informativa é encontrado na legislação específica, a exemplo dos arts. 7º, incs. I<sup>852</sup> e X<sup>853</sup>, e 19, *caput*<sup>854</sup>, da Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet); art. 43, § 1º, da Lei nº 8.078/1990<sup>855</sup> (Código de Defesa do Consumidor); art. 4º, inc. VII, do

---

<sup>849</sup> Existem outras diretivas que versam sobre a proteção de dados, como a Diretiva 2000/58/CE (privacidade e tratamento de dados pessoais no âmbito das comunicações eletrônicas). Neste documento, merecem destaque o art. 6º e o item 22 dos “Considerando”, os quais estabelecem limite temporal para armazenamento de informações, prevendo a impossibilidade do armazenamento continuado por tempo superior ao razoável ao fim a que se destinam e o direito à eliminação de dados que podem ser vistos publicamente.

<sup>850</sup> Deve ser frisado que o direito à autodeterminação informativa tem previsão constitucional expressa em alguns países, como Portugal, Espanha, Grécia e Holanda, sendo que em muitos Estados existem órgãos reguladores independentes para tratar do tema, como a AEPD, citada no caso Costeja González, a CNIL, também já mencionada (França) e o GPDP (Itália).

<sup>851</sup> “Art. 5º [...] XII – é inviolável o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo no último caso, por ordem judicial nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.”

<sup>852</sup> “Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: I – inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”

<sup>853</sup> “Art. 7º [...] X – exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei;”

<sup>854</sup> “Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.”

<sup>855</sup> “Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes. § 1º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e

Decreto nº 7.962/2013<sup>856</sup> (comércio eletrônico); Lei nº 12.414/2011<sup>857</sup> (Lei do “Cadastro Positivo”); Lei nº 9.507/1997<sup>858</sup> (Lei do *Habeas Data*)<sup>859</sup> e art. 31 da Lei nº 12.527/2011<sup>860</sup> (Lei de Acesso à Informação).

O Enunciado 404, proferido na V Jornada de Direito Civil, dispõe sobre a proteção dos dados pessoais, conferindo especial atenção aos chamados “dados sensíveis”, passíveis de gerar discriminação e desigualdade:

A tutela da privacidade da pessoa humana compreende os controles espacial, contextual e temporal dos próprios dados, sendo necessário seu expreso consentimento para tratamento de informações que versem especialmente o estado de saúde, a condição sexual, a origem racial ou étnica, as convicções religiosas, filosóficas e políticas.

DANILO DONEDA observa que a previsão da proteção à privacidade em um dispositivo constitucional (art. 5º, inc. X) e a de outro preceptivo que se refere à inviolabilidade do “sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas” (art. 5º, inc. XII) acabaram por fundamentar uma interpretação perigosa para a matéria, segundo a qual o ordenamento brasileiro tutela o sigilo das comunicações, e não dos dados em si:

Tal interpretação, além de dissonante com a visão segundo a qual privacidade e informações pessoais são temas sempre mais relacionados e, em muitas ocasiões, quase que indistinguíveis entre si – conforme atesta o mencionado desenvolvimento das leis que tratam da proteção de dados pessoais e também os documentos transnacionais que associam o caráter de direito fundamental à proteção de dados pessoais –, traz consigo o enorme risco de acabar por se tornar uma norma que sugere uma grande permissividade em relação à utilização de informações pessoais<sup>861</sup>.

---

em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos [...].”

A doutrina pontua que o § 1º insculpe o princípio da provisoriedade dos dados pessoais e os §§ 2º e 3º do mesmo dispositivo, o do consentimento e da veracidade, respectivamente (GILBERTO FACHETTI SILVESTRE e NAUANI SCHADES BENEVIDES, *O papel do Google na eficácia do direito ao esquecimento – análise comparativa entre Brasil e Europa*, p. 99-122).

<sup>856</sup> “Art. 4º Para garantir o atendimento facilitado ao consumidor no comércio eletrônico, o fornecedor deverá: [...] VII – utilizar mecanismos de segurança eficazes para pagamento e para tratamento de dados do consumidor;”

<sup>857</sup> “Disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplimento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito.”

<sup>858</sup> “Regula o direito de acesso à informação e disciplina o rito processual do *habeas data*.”

<sup>859</sup> Considerada por parte da doutrina como anacrônica e ineficaz à realidade das comunicações e tratamento de dados pessoais na sociedade da informação (DANILO DONEDA, *A proteção de dados pessoais como um direito fundamental*, p. 104).

<sup>860</sup> “Art. 31 O tratamento das informações pessoais deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como as liberdades e garantias individuais.”

<sup>861</sup> DANILO DONEDA, *A proteção de dados pessoais como um direito fundamental*, p. 105.

Conforme já exposto neste estudo, os avanços vertiginosos da tecnologia da informação contribuíram para a vulnerabilidade da privacidade do indivíduo, especialmente com a criação dos bancos de dados<sup>862</sup>, ferramenta que possibilita a sistematização de volumes cada vez maiores de informação. E uma posição interpretativa conservadora, consoante demonstrado *supra*, pode levar o aplicador do Direito a considerar que uma pessoa ofendida em sua privacidade, ou em outros direitos fundamentais, não de forma direta, mas por meio da utilização indevida de suas informações pessoais coletadas em bancos de dados, sejam públicos ou privados, não merece proteção legal<sup>863</sup>.

Há mais de vinte anos, o Ministro RUY ROSADO DO AGUIAR já alertava:

A inserção de dados pessoais do cidadão em bancos de informações tem se constituído em uma das preocupações do Estado moderno, onde o uso da informática e a possibilidade de controle unificado das diversas atividades da pessoa, nas múltiplas situações de vida, permitem o conhecimento de sua conduta pública e privada, até nos mínimos detalhes, podendo chegar à devassa de atos pessoais, invadindo área que deveria ficar restrita à sua intimidade; ao mesmo tempo, o cidadão objeto dessa indiscriminada colheita de informações, muitas vezes, sequer sabe da existência de tal atividade, ou não dispõe de eficazes meios para conhecer o seu resultado, retificá-lo ou cancelá-lo. E assim como o conjunto dessas informações pode ser usado para fins lícitos, públicos e privados, na prevenção ou repressão de delitos, ou habilitando o particular a celebrar contratos com pleno conhecimento de causa, também pode servir, ao Estado ou ao particular, para alcançar fins contrários à moral ou ao Direito, como instrumento de perseguição política ou opressão econômica<sup>864</sup>.

Em uma sociedade alicerçada sobre a acumulação e a circulação de informações, em que novas situações de poder são apresentadas, há necessidade premente da regulamentação do uso do patrimônio informativo. E ao menos do ponto de vista quantitativo, o volume de dados deixado pelas gerações atuais será muito superior ao de épocas pretéritas.

O tratamento automático de dados demonstra que uma informação isolada, ou uma pré-informação, conforme prefere parte da doutrina<sup>865</sup>, não tem valor por si mesma, adquirindo importância em virtude do contexto em que está inserida, ou pelas

---

<sup>862</sup> DANILO DONEDA diz que “bancos de dados são, em sua acepção fundamental, um conjunto de informações estruturado de acordo com uma determinada lógica – e esta lógica é sempre uma lógica utilitarista, uma lógica que procura proporcionar a extração do máximo de proveito possível a partir de um conjunto de informações” (*A proteção de dados pessoais como um direito fundamental*, p. 92).

<sup>863</sup> *Ibidem*, p. 106.

<sup>864</sup> STJ. REsp 22.337, 4ª Turma, Rel. Min. RUY ROSADO DE AGUIAR, DJ 20.03.1995.

<sup>865</sup> DANILO DONEDA, *A proteção de dados pessoais como um direito fundamental*, p. 94.

finalidades para as quais é utilizada, ou pelas outras informações às quais é correlacionada<sup>866</sup>.

Por outro lado, se pensarmos na exclusão dos dados coletados, não haveria uma tensão insanável com o direito à memória e à História?

STEFANO RODOTÀ exemplifica dizendo que a supressão dos arquivos relacionados a indicações individuais de empréstimo de uma biblioteca poderia irritar um historiador da escola dos *Annales*, um cultor da micro-história. No entanto, por meio de regras de arquivamento, pelas quais seja prevista a exclusão da circulação comercial ou administrativa dos dados, e a admissibilidade de acesso apenas para pesquisa, se permitiria “um equilíbrio adequado dos interesses em jogo, enfrentando sobretudo a questão do depósito das informações historicamente relevantes em arquivos públicos, administrados por organismos independentes”<sup>867</sup>.

Ainda segundo o autor, deve ser previsto:

[...] que algumas categorias de informações devem ser destruídas, ou conservadas somente em forma agregada e anônima, uma vez que tenha sido atingida a finalidade para a qual foram coletadas ou depois de transcorrido um determinado lapso de tempo. Isso pode ser feito através de tecnologias que permitem a utilização de programas de destruição automática de dados sob determinadas condições<sup>868</sup>. Assim pode-se tentar diminuir o acúmulo de enormes quantidades de dados, potencialmente perigosos. E, sobretudo, evita-se que cada um seja implacavelmente perseguido por qualquer rastro que tenha deixado ao longo de sua vida [...]”<sup>869</sup>.

A Diretiva 95/46/CE e o novel Regulamento (UE) 2016/679 preveem exceções, nas quais o tratamento de dados pode ser considerado lícito para fins de arquivo

<sup>866</sup> STEFANO RODOTÀ, *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*, p. 77.

<sup>867</sup> *Ibidem*, p. 85.

<sup>868</sup> Como exemplos, citamos o *Snapchat* e a ferramenta denominada *Vanish*, criada por um grupo de pesquisadores da Universidade de Washington. Conforme reportagem publicada no *The New York Times*, este último pode fornecer datas de validade não somente para *e-mails*, mas também para qualquer dado armazenado na nuvem, incluindo fotos ou textos, ou qualquer coisa postada no *Facebook*, *Google* ou *blogs*. A matéria também traz uma informação curiosa: a criação pelo *Gmail* de uma ferramenta chamada *Mail Googles*, direcionada ao usuário alcoolizado, que o obriga a pensar duas vezes antes de encaminhar um *e-mail*. Ao habilitar o recurso, disponível somente nas noites de fim de semana, há a solicitação para que seja resolvido um problema simples de matemática, antes do envio da mensagem, proporcionando ao internauta tempo para um eventual arrependimento. Tais estratégias têm sido chamadas de paternalismo *soft* (JEFFREY ROSEN, *The Web means the end of forgetting*. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2010/07/25/magazine/25privacy-t2.html?pagewanted=all>>. Acesso em: 12 jul. 2017).

<sup>869</sup> STEFANO RODOTÀ, *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*, p. 135.

de interesse público, para fins de investigação científica ou histórica, ou para fins estatísticos.

Já adiantamos que consideramos temas distintos o “direito ao esquecimento” e o “direito à autodeterminação informativa”, até porque o direito ao controle de dados pessoais não necessita, obrigatoriamente, da fluência de lapso temporal. No entanto, no caso Costeja González, houve uma interpenetração entre os conceitos devido à existência da fluidez de tempo entre a divulgação da notícia no jornal impresso e a disponibilização dos arquivos eletrônicos na Rede, com o consequente tratamento de dados efetuado pelo *Google* e a vinculação de uma URL ao nome do cidadão espanhol. No mais, o direito ao controle de dados pessoais no *leading case* do TJUE é um “direito à desindexação” por envolver o âmbito digital e um motor de buscas.

É necessário frisar que, na Europa, o “direito ao esquecimento” possui proteção concorrente em duas vertentes: como projeção de certos direitos da personalidade, usualmente aplicada quando da divulgação de informações consideradas desatualizadas ou obsoletas nas mídias tradicionais e, muitas vezes, na divulgação *online* de notícias e reportagens por esses meios de comunicação; e como reflexo do direito à proteção de dados pessoais, conforme previsto em suas Diretivas e outros Diplomas Legais. E essa última tutela possui uma abrangência muito mais extensa, visto que tem por objeto o tratamento de todo tipo de dado que permita identificar uma pessoa.

Conforme exposto neste subtópico, a proteção de dados pessoais sem interesse público, especialmente quando em questão os chamados “dados sensíveis”, pode ser vista como um direito fundamental dos indivíduos em homenagem à privacidade.

Já o “direito a ser esquecido”, cuja pretensão se embasa na ausência de contemporaneidade da informação, publicizada lícitamente outrora e causadora de perturbação à vida presente da pessoa retratada ou de seus familiares, é visto por nós como uma das circunstâncias fáticas a serem consideradas quando da ponderação entre as liberdades comunicativas e os direitos fundamentais da personalidade.

Como já é realidade em praticamente todos os países da Europa, e em outros Estados como o Canadá, o México, o Chile e a Argentina, seria recomendável a promulgação de um Diploma Legal sistematizando a disciplina da proteção de dados pessoais no Brasil, principalmente para sua diferenciação do direito a ser esquecido. É

perceptível uma certa confusão de conceitos exatamente pela falta de delimitação do escopo, extensão e limites de tais direitos.

Na Câmara dos Deputados se encontra em tramitação o PL 4060/2012, que dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, e em apenso o PL 5276/2016, que dispõe, de forma mais completa, sobre “o tratamento de dados pessoais para a garantia do livre desenvolvimento da personalidade e da dignidade da pessoa humana”. E é de extrema necessidade a promulgação de uma legislação geral e sistêmica que aborde a matéria.

Enquanto isso não ocorrer, é quase certo que a “autodeterminação informativa” que envolva as questões da finalidade e lapso temporal no recolhimento, armazenamento, tratamento e divulgação de dados, mesmo que considerados sensíveis, continue a ser denominada com uma terminologia questionável, como uma espécie de “direito ao esquecimento”.

#### *5.4.5 A manutenção de notícias antigas nos arquivos digitais da imprensa*

A colisão entre as liberdades comunicativas e os direitos fundamentais da personalidade pode se dar em virtude de uma divulgação atual envolvendo uma informação pretérita, como também pela manutenção de notícias nos arquivos digitais da imprensa disponíveis na Internet.

Conforme exposto no transcorrer deste estudo, o interesse público na divulgação de acontecimentos do passado será circunstância fática determinante na ponderação dos direitos em conflito. No entanto, ao falarmos sobre as hemerotecas digitais, a questão do interesse público se apresenta com uma fundamentação diferente. Apesar de o conteúdo histórico das antigas notícias ser hábil a afetar os direitos da personalidade das pessoas retratadas, tais matérias não podem ser simplesmente eliminadas ou alteradas dos arquivos jornalísticos, sob pena de um revisionismo histórico *a la 1984* e o seu “Ministério da Verdade”.

A integridade de tais arquivos é protegida pela liberdade de expressão na vertente da liberdade de imprensa, sendo vedadas a exclusão ou modificação de informações contidas em tais notícias.

Em 16 de julho de 2013, a Corte Europeia de Direitos Humanos julgou um caso emblemático no qual se pretendia o “direito ao apagamento” de uma matéria jornalística em seu *website* original.

Os advogados Szymon Wergrzynowski e Tadeusz Smolczewski processaram o jornal impresso polonês *Rzeczpospolita* pela publicação de uma matéria difamatória que insinuava que ambos tinham feito fortuna ao assistirem políticos em transações de caráter duvidoso. Em 2003, com a comprovação da negligência dos jornalistas, que se embasaram em boatos e não procederam à adequada verificação dos fatos, os advogados ganharam a demanda, a qual resultou no pagamento de uma indenização, além da publicação de um pedido de desculpas pelo periódico.

No entanto, no ano seguinte, em virtude da disponibilização da mesma matéria nos arquivos de hemeroteca digital da publicação, os advogados promoveram nova ação judicial contra o jornal pleiteando a exclusão do texto no ambiente virtual. A jurisdição polonesa negou o pedido ao considerar que o expurgo da notícia da versão digital do periódico equivaleria à censura e à reedição da História. Irresignados, Wergrzynowski e Smolczewski recorreram a CEDH, sob a alegação de que o Estado polonês violava com sua decisão o direito à privacidade previsto no art. 8º da Carta Europeia de Direitos Humanos<sup>870</sup>.

A Corte Regional asseverou que não cabe às autoridades judiciárias reescrever a História, o que ocorreria na hipótese de impedir o acesso do público a informações jornalísticas do passado, ainda que reconhecidas como difamatórias por decisões judiciais definitivas, prevalecendo, assim, a liberdade de expressão prevista no art. 10 da Carta:

La protección de las hemerotecas digitales por el artículo 10 del Convenio implica que las noticias pasadas contenidas en ellas, a pesar de que su contenido pueda afectar a los derechos de las personas, no puedan ser eliminadas. La libertad de expresión protege el interés legítimo del público de acceder a los archivos digitales de la prensa, de modo que no corresponde a las autoridades judiciales participar en reescribir la historia<sup>871</sup>.

---

<sup>870</sup> DENISE PINHEIRO, *A liberdade de expressão e o passado: desconstrução da ideia de um direito ao esquecimento*, p. 80.

<sup>871</sup> LUIS JAVIER MIERES MIERES, *El derecho al olvido digital*, p. 34. Disponível em: <[http://www.fundacionalternativas.org/public/storage/laboratorio\\_documentos\\_archivos/e0d97e985163d78a27d6d7c23366767a.pdf](http://www.fundacionalternativas.org/public/storage/laboratorio_documentos_archivos/e0d97e985163d78a27d6d7c23366767a.pdf)>. Acesso em: 31 jul. 2017.

Neste caso, considerou-se, entretanto, que não seria contrária ao citado artigo 10 do Convênio a exigência da inserção de uma retificação junto à matéria original acessível *online*, advertindo que os retratados haviam obtido pronunciamento judicial favorável concernente aos fatos divulgados. Assim, poderia se exigir um “dever de contextualización de aquellas informaciones que con el paso del tiempo resultam inexactas”<sup>872</sup>.

Ao iniciarmos este Capítulo, contamos a história de H.M.D, detido por ser suspeito de integrar um grupo *skinhead*, que demandou contra o *Google* e outros órgãos de imprensa pela divulgação de notícia desatualizada e afrontosa aos seus direitos da personalidade. No que concerne à desindexação do nome de H. aos *links* das referidas reportagens, é tecnicamente factível e proporcional, conforme será abordado pormenorizadamente à frente.

No entanto, a pretensa remoção da notícia de seu *website* original, ou seja, dos arquivos de jornais carregados na Rede, se mostra afrontosa ao livre fluxo de informações, equivalendo tal pedido à exclusão de páginas impressas de jornais e revistas antigas que se encontram em bibliotecas físicas porque não laudatórias ou ofensivas aos indivíduos retratados. *A contrario sensu*, teríamos a caracterização de censura, vedada por nosso ordenamento jurídico, nos termos do § 2º do art. 220<sup>873</sup>.

Para tal questão, a proposta de atualização das notícias apresentada pela CEDH, no caso dos advogados poloneses, pode ser considerada proporcional.

Na mesma esteira, seguiu a Corte de Cassação italiana, em 2012, não olvidando os custos com capital humano que seriam despendidos em sua implementação. O Tribunal também impôs o dever de os *sites* atualizarem suas notícias, “evitando que se cristalizasse para o leitor uma informação antiga, que já não mais expressava a atualidade sobre o assunto em questão”<sup>874</sup>, considerando que seria censura determinar a exclusão de matérias de interesse público (na hipótese, de arquivos do jornal *Corriere della Sera*).

---

<sup>872</sup> LUIS JAVIER MIERES MIERES, *El derecho al olvido digital*, p. 34. Disponível em: <[http://www.fundacionalternativas.org/public/storage/laboratorio\\_documentos\\_archivos/e0d97e985163d78a27d6d7c23366767a.pdf](http://www.fundacionalternativas.org/public/storage/laboratorio_documentos_archivos/e0d97e985163d78a27d6d7c23366767a.pdf)>. Acesso em: 31 jul. 2017

<sup>873</sup> “Art. 220 [...] § 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.”

<sup>874</sup> GUSTAVO BINENBOJM, *Direito ao esquecimento: a censura no retrovisor*. Disponível em: <<http://jota.info/artigos/direito-ao-esquecimento-censura-retrovisor-16102014>>. Acesso em: 25 jan. 2017.

O caso envolvia um artigo, publicado em 1993, no qual era informada a prisão do demandante, um político do partido socialista italiano, por atos de corrupção, posteriormente absolvido das acusações em processo judicial.

A Corte concluiu que o periódico tinha o dever de “remedar la veracidad de la noticia inicial, perdida parcialmente como consecuencia de la evolución de los acontecimientos [...]. Mediante la integración de la misma com las sucesivas e nuevas noticias producidas con posterioridade a los hechos narrados”<sup>875</sup>.

Da Corte bandeirante também surgiu uma proposta. Em um caso no qual, mesmo com a absolvição do autor em um processo-crime, a digitação de seu nome conduzia o internauta ao conteúdo jornalístico digital desatualizado, redigido à época do início das investigações, o TJSP impôs a exclusão do seu nome da matéria, ou o acréscimo de *hiperlink*, ou nota ao final da reportagem, informando sobre sua absolvição por decisão judicial transitada em julgado<sup>876</sup>. Neste caso, consideramos que além da atualização da reportagem no *website* original, uma boa solução seria a desindexação do nome do demandante dos motores de busca, o que não foi considerada no julgado.

ANDRÉ BRANDÃO NERY COSTA sugere a descaracterização do nome do retratado na notícia ou reportagem, tornando-o anônimo ou promovendo sua encriptação ao retirar informações pessoais, caso a pretensão, ou eventual demanda, seja dirigida à fonte original da informação<sup>877</sup>.

Deve ser ressaltado, porém, que há países, como a Alemanha, que rechaçam expressamente a imposição aos meios de comunicação de um dever de atualização dos arquivos digitais, por considerá-la afrontosa à liberdade de expressão.

Em 2009, os irmãos homicidas do ator Walter Sedlmayr, em 1993<sup>878</sup>, pretendiam que a *Deutschland Radio* tornasse inacessível de seu arquivo *online* uma reportagem do ano 2000, na qual se recordava o rumoroso processo<sup>879</sup>. Em 2012, outro

---

<sup>875</sup> LUIS JAVIER MIERES MIERES, *El derecho al olvido digital*, p. 35. Disponível em: <[http://www.fundacionalternativas.org/public/storage/laboratorio\\_documentos\\_archivos/e0d97e985163d78a27d6d7c23366767a.pdf](http://www.fundacionalternativas.org/public/storage/laboratorio_documentos_archivos/e0d97e985163d78a27d6d7c23366767a.pdf)>. Acesso em: 31 jul. 2017.

<sup>876</sup> TJSP. Ap. 9000007-78.2007.8.26.0037, 9ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. ALEXANDRE LAZZARINI, J. 24.02.2015.

<sup>877</sup> ANDRÉ BRANDÃO NERY COSTA, *Direito ao esquecimento no ambiente digital: estratégia para otimização dos interesses em jogo*, p. 79-102.

<sup>878</sup> Vide subtópico 5.1.3 deste Capítulo.

<sup>879</sup> BGH, VI ZR 227/08.

requerente questionou a manutenção em arquivos digitais da revista *Der Spiegel* de uma série de artigos, publicados em 1983, sobre um homicídio ocorrido em um iate no Caribe e seu consequente processo judicial<sup>880</sup>. Os demandantes apresentavam como tese a transposição da decisão do caso *Lebach I* para o âmbito das hemerotecas digitais. No entanto, o Tribunal Constitucional alemão asseverou que o grau de afetação do interesse à ressocialização não era suficientemente grave devido ao nível de difusão do meio<sup>881</sup>:

En el caso Lebach se daban ciertas circunstancias que permitían considerar que el derecho del afectado estaba gravemente comprometido, porque se trataba de un reportaje televisivo que se iba a emitir em horário de máxima audiência [...] por una televisión de ámbito nacional. El grado de difusión no es predicable del acceso a los archivos digitales, porque, según el Tribunal, para obtener una noticia albergada en ellos es preciso una búsqueda activa por parte del usuario. La publicidad de una hemeroteca es puramente passiva y la libertad de expresión garantiza el mantenimiento de ese tipo de archivos<sup>882</sup>.

A *Agencia Española de Protección de Datos* (AEPD) considera que a manutenção dos arquivos digitais de periódicos está amparada pelas liberdades comunicativas. No entanto, recomenda que os meios de comunicação valorem a maneira como os direitos fundamentais da personalidade são afetados pelo conteúdo, especialmente se obsoletos e inexatos, e a possibilidade da utilização do arquivo “robot.txt”, previsto no “protocolo de exclusão de robôs”, que obstaría o recolhimento e a consequente indexação das informações pelos motores de busca. Com isso, o conteúdo continuaria disponível no *website* original do meio de comunicação, mas não seria mais indexado pelos provedores de pesquisa.

Tecnicamente não há dificuldade em impedir a indexação ou desindexar o conteúdo de um *site* ou de parte dele. Para tanto, é utilizado o protocolo de exclusão de robôs, método empregado pelos administradores de sistemas para informar quais diretórios de um *site* não devem ser vasculhados<sup>883</sup>.

---

<sup>880</sup> *BGH*, VI ZR 330/11.

<sup>881</sup> LUIS JAVIER MIERES MIERES, *El derecho al olvido digital*, p. 36. Disponível em: <[http://www.fundacionalternativas.org/public/storage/laboratorio\\_documentos\\_archivos/e0d97e985163d78a27d6d7c23366767a.pdf](http://www.fundacionalternativas.org/public/storage/laboratorio_documentos_archivos/e0d97e985163d78a27d6d7c23366767a.pdf)>. Acesso em: 31 jul. 2017.

<sup>882</sup> *Ibidem*, p. 36.

<sup>883</sup> O protocolo de exclusão de robôs é considerado simples pelos administradores de servidores *web*, sendo utilizado “para informar robôs *compliant* (por exemplo: *Googlebot*, *Yahoo! Slurp Crawler*, etc.) quais partes de um *website* não devem ser indexadas e, assim, não ser incluídas nos seus respectivos índices. Quando um robô começa a indexar um *website* pela primeira vez, ele procura pela existência de um arquivo ‘robots.txt’ na chamada URL raiz”. TECH CZAR. Disponível em: <[http://www.techczar.com/po/RPC\\_Content.aspx?CSID=2\\_22&NID=216&Action=Login](http://www.techczar.com/po/RPC_Content.aspx?CSID=2_22&NID=216&Action=Login)>. Acesso em: 26 jan. 2017.

Frise-se, entretanto, que a Agência admite que, devido aos vastos volumes de informação de tais arquivos, o controle ocorra *ex post*, conforme petição do retratado a ser apreciada pelo Judiciário<sup>884</sup>.

O acesso a arquivos de jornais, revistas ou outros periódicos, disponibilizados na Rede, geralmente por grupos de comunicação, não contém uma decisão editorial de divulgar novamente ao público determinado conteúdo inserido na infinidade de informações contidas nas matérias disponíveis em milhares de edições. O carregamento na Rede de tais hemerotecas, apesar do caráter comercial, usualmente perceptível pela existência de patrocinadores de tais projetos, apresenta interesse público e é de extrema relevância para a pesquisa e a historiografia.

No entanto, quando tais arquivos são rastreados pelos motores de busca, e as informações indexadas e disponibilizadas aos usuários, a questão do “direito ao esquecimento” pode se tornar flagrante.

DAVID CURY NETO assevera que:

[...] o fato de haver a informação localizada em determinado sítio da Internet não significa a violação do direito ao esquecimento, que apenas se vê ultrajado quando, sem nenhuma justificativa sustentada pelo interesse público, os mecanismos de busca levam à atenção do usuário dados totalmente fora do seu contexto, cuja existência quem realizou a pesquisa provavelmente desconhecia em absoluto<sup>885</sup>.

Os motores de busca são os maiores responsáveis pela disponibilização de conteúdo eventualmente afrontoso aos direitos fundamentais da personalidade por apresentarem como resultado de pesquisa informações que não demonstram interesse público atual em virtude da inexatidão e anacronismo, em que pese estarem armazenadas em hemerotecas digitais, assim como jornais e periódicos disponíveis em bibliotecas físicas.

Impossibilitado o apagamento de dados disponibilizados em tais arquivos pela patente afronta à liberdade de imprensa, consideramos que a melhor solução para tutelar os direitos fundamentais da personalidade eventualmente afrontados pelas vetustas

---

<sup>884</sup> LUIS JAVIER MIERES MIERES, *El derecho al olvido digital*, p. 37-40. Disponível em: <[http://www.fundacionalternativas.org/public/storage/laboratorio\\_documentos\\_archivos/e0d97e985163d78a27d6d7c23366767a.pdf](http://www.fundacionalternativas.org/public/storage/laboratorio_documentos_archivos/e0d97e985163d78a27d6d7c23366767a.pdf)>. Acesso em: 31 jul. 2017.

<sup>885</sup> DAVID CURY NETO, *Tutela civil do direito ao esquecimento*, p. 178.

informações desprovidas de interesse público revela-se na desindexação de *links* dos mecanismos de pesquisa.

Conforme exposto por CHIARA ANTONIA SPADACCINI DE TEFFÉ e FABIANA RODRIGUES BARLETTA:

Quando se dificulta o acesso a um determinado site ou conteúdo, por meio de sua retirada dos resultados de busca de certo provedor, efetua-se medida menos restrita que interfere menos na liberdade de expressão, pois não se remove as informações de seu local original. Se não for possível excluir determinada informação ou notícia, por motivo de interesse público, por exemplo, algum interessado poderá requerer que seja realizada uma exposição mais completa sobre o fato, que apresente com o mesmo destaque todas as versões a respeito do ocorrido, de forma atualizada e imparcial. Portanto, em alguns casos, o "esquecimento" poderá ser alcançado de outras maneiras, para além da exclusão definitiva da informação<sup>886</sup>.

Alguns autores apresentam outras alternativas à desindexação de conteúdo. ANDRE BRANDÃO NERY COSTA sugere seu *downranked*, isto é, seu distanciamento das primeiras páginas do resultado da pesquisa, pois, conforme comprovam estatísticas, a maioria dos usuários dos motores de busca não costuma passar da primeira página<sup>887</sup>.

Já o autor norte-americano FRANK PASQUALE sugere o exercício de algo como um direito de resposta junto aos índices dos buscadores, com a inserção de um asterisco ao lado da informação potencialmente ofensiva à pessoa<sup>888</sup>.

No entanto, consideramos que a melhor solução reside na desindexação de *links* dos motores de busca. Este será o tema do nosso próximo tópico.

#### 5.4.6 A remoção de links dos resultados de pesquisa em buscadores digitais: a desindexação

Conforme apontamos *supra*, no Brasil, o “direito ao esquecimento” na era digital<sup>889</sup> tem se delineado com a propositura de demandas especialmente contra os buscadores digitais com pedidos de remoção de *links* específicos (URLs); de

<sup>886</sup> CHIARA ANTONIA SPADACCINI DE TEFFÉ e FABIANA RODRIGUES BARLETTA, *O direito ao esquecimento: uma expressão possível do direito à privacidade*, p. 33-64.

<sup>887</sup> ANDRÉ BRANDÃO NERY COSTA, *Direito ao esquecimento no ambiente digital: estratégia para otimização dos interesses em jogo*, p. 79-102.

<sup>888</sup> FRANK PASQUALE, *Asterisk revisited: debating a right of reply on search results*. Disponível em: <<http://digitalcommons.law.umaryland.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1091&context=jbtl>>. Acesso em: 19 jul. 2017.

<sup>889</sup> Reiteramos novamente que o pedido de remoção de *links* não está sempre vinculado a um eventual direito a ser esquecido, visto que pode estar atrelado à afronta a direitos autorais ou à violação a direitos da personalidade, independentemente de qualquer lapso temporal.

implementação de filtros nos buscadores digitais obstando que pesquisas sejam realizadas por meio de palavras-chave; de remoção de *links* (sem especificação) para *websites* que apresentem conteúdo ilícito ou ofensivo sobre determinado indivíduo; e, apesar de utópico, de remoção global de conteúdo, não se restringindo o pedido de desindexação aos resultados de pesquisa da chave de busca nacional.

As ações judiciais são geralmente fundamentadas na afronta aos direitos da personalidade pelo conteúdo disposto na *Web*, cujo *link* de acesso é apresentado pelo buscador digital. Desta forma, apesar das diferenciações que abordaremos à frente, as pretensões têm como objeto bloquear o acesso às informações consideradas ilícitas.

Tendo em vista a arquitetura da Internet, há necessidade do questionamento acerca da viabilidade técnica de tais medidas. Porém, o estudo da matéria encontra problemas, visto que por questões concorrenciais os provedores não revelam os aspectos técnicos de suas ferramentas. Informe-se que até mesmo o mecanismo para determinação da importância das páginas, que varia de motor para motor, “geralmente não é revelado, porque os algoritmos de ordenação por relevância são um dos maiores fatores diferenciais de competição entre os motores”<sup>890</sup>.

No entanto, conforme pontua MARCEL LEONARDI:

Diversos mecanismos tecnológicos podem ser empregados para remover, bloquear ou impedir o acesso a conteúdos ilícitos encontrados na Internet. Além dos filtros que podem ser implementados diretamente por empresas e pelos próprios usuários, os provedores de serviços de Internet podem tomar determinadas providências com esse objetivo, de acordo com as atividades por eles exercidas<sup>891</sup>.

Uma dessas providências é a exclusão de *links* específicos, ou seja, a desvinculação de URLs, recurso de localização cuja função é levar o usuário à página da *Web* em que a informação original está publicada, e cujo conteúdo é alegadamente afrontoso aos direitos da personalidade, consubstanciada, conforme o estudo desenvolvido neste trabalho, pela divulgação em uma comunicação atual, ou mesmo pretérita, acessível pela Rede, de um fato do passado, ainda que verdadeiro e publicizado

---

<sup>890</sup> BEATRIZ VALADARES CENDÓN, *Ferramentas de busca na Web*, p. 45. Disponível em: <[http://www.esmal.tjal.jus.br/arquivosCursos/2011\\_05\\_16\\_22\\_51\\_53\\_Apostila%20de%20Inform%20Etica%20-%20Ferramentas\\_de\\_Busca.pdf](http://www.esmal.tjal.jus.br/arquivosCursos/2011_05_16_22_51_53_Apostila%20de%20Inform%20Etica%20-%20Ferramentas_de_Busca.pdf)>. Acesso em: 15 set. 2017.

<sup>891</sup> MARCEL LEONARDI, *Controle de conteúdos na Internet: filtros, censura, bloqueio e tutela*. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6317](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6317)>. Acesso em: 13 jul. 2017.

outrora, e que seja desabonador ou constrangedor ao retratado ou, caso falecido, aos seus familiares.

Tal desindexação não implica a remoção do conteúdo da Internet, mas dificulta, de alguma forma, a localização do material. Na analogia cunhada por MARCEL LEONARDI, a medida equivale a arrancar o índice de um livro, pois, “sabendo-se onde se encontra o trecho desejado, é possível lê-lo sem quaisquer dificuldades”<sup>892</sup>.

Nas palavras de FLAVIA PORTELLA PÜSCHELL e LUCIANA HELENA GONÇALVES:

[URLs] são recursos de localização, isto é, endereços na rede, cuja função é levar o usuário diretamente à página da *Web* original em que a informação buscada está publicada.

Sendo assim, desvinculando-se uma URL, não se remove o próprio conteúdo da *Web*, mas se altera apenas o índice do buscador, de modo que este não apresente mais uma determinada URL quando feita pesquisa usando-se o nome de um indivíduo como palavra-chave.

A consequência é que a informação em si não é apagada e continua disponível, podendo ser encontrada inclusive por meio de pesquisa no próprio buscador que efetuou a desvinculação, desde que os termos de pesquisa não incluam o nome do indivíduo que quer ser esquecido<sup>893</sup>.

Entendemos que o § 1º do art. 19 do Marco Civil da Internet faz referência a *links* ou URLs, ao dispor que a ordem judicial deverá conter, sob pena de nulidade, “identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material”, apesar de não torná-lo indisponível na *Web*.

O STJ já pontuou que:

[...] sem os URLs, o provedor de pesquisa não consegue controlar com eficiência a omissão de uma determinada imagem ou texto dos resultados da busca virtual, impedindo-a, por conseguinte, de dar pleno cumprimento a ordem judicial.

Diante disso, sem a indicação específica do URL das páginas a serem suprimidas, não há como assegurar a eficácia da medida ao longo do tempo, sujeitando o destinatário do comando judicial às penas cominatórias impostas por descumprimento<sup>894</sup>.

No Estado do Rio Grande do Sul, uma criança, representada por sua genitora, pediu que o *Google* se abstinhasse de divulgar em seu índice qualquer informação referente

<sup>892</sup> MARCEL LEONARDI, *Tutela e Privacidade na Internet*, p. 293.

<sup>893</sup> FLAVIA PORTELLA PÜSCHELL e LUCIANA HELENA GONÇALVES, *Direito ao esquecimento: dois contextos, dois debates*. Disponível em: <https://jota.info/artigos/direito-ao-esquecimento-dois-contextos-dois-debates-26082016>. Acesso em: 13 jul. 2017.

<sup>894</sup> STJ. REsp 1.316.921, 3ª Turma, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, *DJe* 29.06.2012.

ao seu processo de adoção. O TJRS<sup>895</sup>, em sede de agravo de instrumento, deferiu a desvinculação dos resultados, pois foi indicada nos autos especificamente a URL que trazia a informação considerada lesiva aos direitos do menor. No entanto, por violar o livre fluxo de informações, foi afastada a pretensão que compelia o provedor a criar um filtro mais genérico em seu mecanismo de busca com o objetivo de impedir que qualquer informação a respeito do processo fosse revelada.

Além dos pedidos de remoção de *links* específicos indicados nos resultados de pesquisas, outros requerimentos têm sido direcionados aos provedores de busca, como a implementação de filtros em tais buscadores com o objetivo de impedir a realização de pesquisas baseadas em determinadas palavras-chave ou expressões. Desta forma, são impostos determinados parâmetros que resultam no bloqueio automático de quaisquer URLs dos resultados de pesquisas efetuadas com a utilização daquelas “palavras ou expressões proibidas”, denominadas *stop words*.

Há viabilidade técnica na imposição desta medida, conforme já assentado pelo STJ, pois, segundo a Corte, inexistem:

argumento plausível para explicar como o seu sistema [de buscas] não conseguiria responder a um comando objetivo, de eliminar dos resultados de busca determinadas palavras ou expressões. Repise-se que a própria ferramenta avançada da Google, acessível a qualquer usuário, permite entre outras coisas realizar busca com exclusão de determinados termos<sup>896</sup>.

Porém, há uma patente forma de censura na implementação desta medida pelo impacto causado sobre o direito da coletividade à informação, visto que filtros genéricos acabarão por restringir além daquilo pretendido pela parte, seja na hipótese de pessoas homônimas (em que o filtro seja o nome próprio)<sup>897</sup>, ou na vedação de acesso a qualquer tipo de *site*, pois “os links expostos nos resultados apresentam diferentes conteúdos e contextos ligados às palavras-chave, não sendo possível concluir pela

---

<sup>895</sup> TJRS. AgRg 70053191797, 9ª Câmara Cível, Rel. Des. IRIS HELENA MEDEIROS NOGUEIRA, J. 13.03.2013.

<sup>896</sup> STJ. REsp 1.407.271, 3ª Turma, Rel. Ministra Nancy Andriighi, DJe 29.11.2013.

<sup>897</sup> MARCEL LEONARDI alerta que “o abuso na utilização dessa medida, no lugar de tutelar o direito à privacidade, resulta em censura indiscriminada. A remoção de todos os resultados da pesquisa efetuada em um mecanismo de busca que possam estar associados com o nome de alguém elimina a possibilidade de que sejam encontradas, por meio desse mecanismo de busca, quaisquer informações veiculadas a seu respeito em qualquer tipo de *Web site*, *blogs*, jornais e revistas *online*, *Web sites* governamentais e judiciais. A própria notícia da eliminação dos resultados da busca é censurada dessa forma, restringindo de modo desproporcional o direito de ser informado” (*Tutela e Privacidade na Internet*, p. 295).

ilicitude do conteúdo em razão do mero significado das palavras-chave”<sup>898</sup>. Além disso, haveria uma restrição a conteúdos futuros postados na Rede, que não fazem parte do objeto da demanda, mas passíveis de localização pelas mesmas palavras-chave “impedidas” pela determinação judicial, e sem que haja qualquer tipo de avaliação por um juiz, caracterizando ato de censura.

A questão se torna mais complexa se o indivíduo que pretende implementar tal medida for uma pessoa pública, mesmo que o conteúdo disponibilizado e objeto da demanda seja lesivo a seus direitos da personalidade, pois com o impedimento de acesso a qualquer material em que figure seu nome, haveria patente risco de revisionismo histórico, com a possibilidade de um indivíduo com um passado não tão glamouroso ocultar fatos desabonadores de sua trajetória.

MARCEL LEONARDI pontua que:

[...] a exclusão de todos os resultados relativos a uma palavra-chave é medida que não se justifica em praticamente nenhuma circunstância, sejam quais forem os resultados. Pesquisas contendo as expressões “fotos de pornografia infantil”, “vídeos de estupro” ou outras palavras-chave podem levar tanto a conteúdos ilegais [...] quanto a *Web sites* contendo debates úteis, educativos e preventivos sobre esses tópicos.

Além disso, a remoção de todos os resultados de uma determinada busca teria o efeito de impedir o acesso a informações úteis publicadas após a implementação da medida, censurando tais conteúdos injustamente, apenas por terem utilizado, em algum ponto do texto, a palavra-chave em questão<sup>899</sup>.

Quanto ao pedido de proibição da indicação de *links* para quaisquer *websites* que apresentem determinado conteúdo, seja em formato de texto, imagem ou audiovisual, ilícito ou supostamente ofensivo à parte demandante, sem referências a palavras-chave ou especificação da URL, a viabilidade técnica da medida é questionável pela arquitetura da Internet, pois, devido à subjetividade da análise, própria da natureza humana, a delegação de tal incumbência a máquinas se mostraria ineficiente, pelo menos no estado da arte em que se encontram na atualidade.

Apesar de inúmeros conteúdos digitais serem explícitos no seu caráter ofensivo aos direitos da personalidade, tantos outros apresentam mensagens subliminares extremamente virulentas, passíveis de compreensão apenas por aqueles que possuem

---

<sup>898</sup> PAMELA GABRIELLE MENEGUETTI, *Os mecanismos de busca na Web e as colisões entre o direito à informação e os direitos da personalidade*, p. 142.

<sup>899</sup> MARCEL LEONARDI, *Tutela e Privacidade na Internet*, p. 293-294.

raciocínio subjetivo elaborado. Mecanismos tecnológicos ainda não são capazes de captar tais intenções sub-reptícias manifestadas em tais materiais.

PABLO DE CAMARGO CERDEIRA, pesquisador do Centro de Tecnologia e Sociedade da FGV-Rio, em audiência pública sobre o direito ao esquecimento realizada em 12 de junho de 2017 no STF, nos fornece alguns dados espantosos sobre os números diários da Internet<sup>900</sup> no mundo: são 4,3 bilhões de postagens e 5,7 bilhões de *likes* no *Facebook*; 500 milhões de *tweets*; 40 milhões de *tweets* compartilhados; 4 milhões de horas de conteúdo no *YouTube*; 3,6 bilhões de likes no *Instagram*; 6 bilhões de buscas no *Google*; 205 bilhões de *e-mails* enviados; e 830 milhões de novos *sites* criados, isto para não falarmos nas constantes atualizações de páginas, que podem ocorrer em intervalos de minutos<sup>901</sup>.

Logo, mesmo que imaginássemos a análise prévia pela intervenção humana de cada conteúdo da *Web* antes de sua postagem, concentrada em páginas hospedadas no Brasil, para aferição da existência ou não de conteúdo dito ofensivo, a implementação seria inviável. E não somente pelos vastos volumes de informação, mas também pela absoluta falta de legalidade, pois, nos termos do art. 19 do Marco Civil da Internet, o provedor somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, exceto em relação a “cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado”, que devem ser excluídas após o recebimento de notificação extrajudicial, conforme o art. 21 do mesmo Diploma Legal.

A Corte Superior já teceu considerações sobre o assunto:

[...] não há como delegar a máquinas a incumbência de dizer se um determinado site possui ou não conteúdo ilícito, muito menos se esse conteúdo é ofensivo a determinada pessoa.

Diante disso, por mais que os provedores de informação possuam sistemas e equipamentos altamente modernos, capazes de processar enorme volume de dados em pouquíssimo tempo, essas ferramentas serão incapazes de identificar conteúdos reputados ilegais.

Não bastasse isso, a verificação antecipada, pelo provedor de pesquisa, do conteúdo de cada página a compor a sua base de dados de busca eliminaria –

<sup>900</sup> O *site* <<http://www.internetlivestats.com/>>, página virtual com dados estatísticos em tempo real sobre o uso da *Web*, informava que no dia 18.07.2017, às 19h20, havia 1.224.526.788 *sites* no mundo.

<sup>901</sup> YOUTUBE. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=QMnmpmP88WXo>> (parte 2). Acesso em: 20 jun. 2017.

ou pelo menos alijaria – um dos maiores atrativos da Internet, que é a disponibilização de dados em tempo real.

[...]

Evidentemente, esse mecanismo funciona ininterruptamente, tendo em vista que, além de inúmeras páginas serem criadas a cada dia, a maioria das milhões de páginas existentes na web sofrem atualização regularmente, por vezes em intervalos inferiores a uma hora, sendo que em qualquer desses momentos pode haver a inserção de informação com conteúdo ilícito<sup>902</sup>.

Já a pretensa remoção global vai além, e pressupõe a exclusão de conteúdos disponíveis na Internet. Não se trata apenas de um pedido de desvinculação de *links*, mas de uma pretensão que objetiva o expurgo do conteúdo tanto do *website* que é sua fonte original, quanto de todos os outros que porventura o tenham replicado. A complexidade do ambiente virtual faz com que tal pedido seja utópico, principalmente quando o número de postagens seja significativo, e não apenas no aspecto procedimental ou da viabilidade técnica, mas também sob o aspecto material.

Sob o caráter procedimental, a informação pode ter sido apagada de sua fonte, porém isso não significa que já não tenha sido replicada para outro *site*, ou que possa ser postada mesmo após aquela exclusão. Conforme já alertamos, o mesmo acontece com a desindexação, pois, como o conteúdo permanece disponível em seu *website* original, além da acessibilidade às informações eventualmente lesivas, há o potencial de estas serem replicadas para outras páginas digitais.

Pode haver determinação judicial da remoção de centenas de URLs com conteúdo lesivo, e o mesmo conteúdo ser postado em questão de minutos na *Web* por outro usuário, quiçá pelo mesmo ofensor, por meio de outros *links*. Para tornar a situação mais complexa, as postagens podem estar hospedadas em *sites* estrangeiros, e o internauta pode ter se valido de mecanismos que dificultam, inclusive, a identificação do IP<sup>903</sup>, visto que é possível criar ou emular números falsos.

Caso o conteúdo esteja hospedado fora do território nacional<sup>904</sup>, há dificuldade para a efetivação da medida, levando à discussão sobre a “legitimidade da

<sup>902</sup> STJ. REsp 1.316.921, 3ª Turma, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, DJe 29.06.2012.

<sup>903</sup> O endereço IP (*Internet Protocol*) é um número único que identifica um determinado computador conectado à Internet em um determinado momento. No entanto, há serviços que permitem ao usuário, na maioria dos casos, “esconder dos *websites* visitados o número verdadeiro do seu endereço de IP, o qual permite sua identificação e localização” (MARCEL LEONARDI, *Controle de conteúdos na Internet: filtros, censura, bloqueio e tutela*. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6317](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6317)>. Acesso em: 13 jul. 2017).

<sup>904</sup> Observe-se, porém, que, nos termos do art. 11, *caput* e § 2º, do Marco Civil da Internet: “em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de

produção de efeitos extraterritoriais por normas e decisões estrangeiras, tendo em vista as implicações e correlações específicas entre Direito, Estado, democracia e territórios [...]”<sup>905</sup>.

Ademais, no que concerne à indexação, mesmo que os *sites* com a extensão “.br” no endereço eletrônico do provedor estejam proibidos de listar determinado conteúdo em cumprimento à decisão judicial, pode o internauta utilizar as demais extensões da versão estrangeira do mesmo serviço, como “.fr”, “.pt”, “.de” etc<sup>906</sup>.

Esclarece MARCEL LEONARDI que:

[...] a remoção dos resultados somente pode ser determinada ao mecanismo de busca existente em um determinado território, ou seja, a medida não pode atingir as versões do mecanismo de busca de outros países, ainda que pertencentes ao mesmo grupo empresarial. Destaque-se que nenhum território é obrigado a utilizar o mecanismo de busca de seu próprio país, sendo absolutamente trivial utilizar, em lugar do serviço local censurado, a versão estrangeira do mesmo serviço<sup>907</sup>.

Acórdão prolatado pelo TJSP, em um pedido de remoção global do conteúdo, considerou que:

[...] este juízo não detém jurisdição para determinar que o vídeo indicado na inicial não seja divulgado em território estrangeiro [...] sob pena de transpor o âmbito de sua competência e incidir em violação da soberania dos demais países, bem como violar o princípio da igualdade entre Estados e autodeterminação dos povos que devem reger as relações internacionais, conforme disposto no art. 4º, incs. III e V, da Constituição Federal [...]”<sup>908</sup>.

Materialmente, a questão também é controversa devido às diferentes perspectivas dos ordenamentos jurídicos mundiais, e basta para tanto pensarmos na questão das liberdades comunicativas. Há inúmeros exemplos de conteúdos considerados

---

comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros”, “mesmo que as atividades sejam realizadas por pessoa jurídica sediada no exterior, desde que ofereça serviço ao público brasileiro ou pelo menos uma integrante do mesmo grupo econômico possua estabelecimento no Brasil”.

<sup>905</sup> FERNANDO JOSÉ GONÇALVES ACUNHA, *Democracia e transconstitucionalismo: “direito ao esquecimento”, extraterritorialidade e conflito entre ordens jurídicas*, p. 749.

<sup>906</sup> Para FERNANDO JOSÉ GONÇALVES ACUNHA, o caso Costeja González, julgado pelo TJUE, inovou nesta matéria no que concerne aos mecanismos de busca, produzindo uma decisão com eficácia global, não circunscrito ao território que, em tese, estaria sua base de legitimação jurídica. (*Democracia e transconstitucionalismo: “direito ao esquecimento”, extraterritorialidade e conflito entre ordens jurídicas*, p. 760-765). No entanto, além da questão territorial, um ponto importante é o da efetividade da decisão. Conforme já apontamos alhures, diversos *links* desvinculados têm sido republicados por alguns órgãos de imprensa, principalmente na Inglaterra.

<sup>907</sup> MARCEL LEONARDI, *Tutela e Privacidade na Internet*, p. 294.

<sup>908</sup> TJSP. AgIn 2059415-21.2016.8.26.0000, 4ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA, J. 11.08.2016.

ilícitos em um país e não em outros. Seria incabível que um juiz da Tailândia, país em que é crime criticar a realeza, pretendesse impor seus padrões de discurso além de suas fronteiras por meio do apagamento de conteúdo global sobre o assunto, o mesmo valendo para Estados-nação que perseguem blogueiros, proíbem memes ou representações iconográficas de seus profetas<sup>909</sup>.

É elucidativo o excerto de uma reportagem sobre o caso dos irmãos alemães condenados por homicídio e já reabilitados que processaram a *Wikipedia* visando o apagamento de quaisquer referências aos seus nomes (já estudado no item 5.1.3 deste Capítulo):

O que está em jogo é a própria integridade da História. Se todas as publicações tiverem que respeitar todas as leis de censura de todas as jurisdições porque elas são acessíveis globalmente por meio da Internet, então não poderemos mais acreditar no que lemos, seja em relação a Falun Gong (censurada na China), sobre o rei da Tailândia (censurado como crime de lesa-majestade) ou a respeito de assassinatos cometidos na Alemanha<sup>910</sup>.

Veja que mesmo que voltemos nosso estudo aos países ocidentais, são bastante diversas as visões sobre a liberdade de expressão adotadas pelos Estados. Nos Estados Unidos da América, berço da Internet, cujo Governo, até outubro de 2016<sup>911</sup>, era o supervisor de nomes e domínios na *Web* por meio da Iccan (*Internet Corporation for Assigned Names and Number*), há uma posição preferencial das liberdades comunicativas, conforme tem sido estudado no transcorrer deste trabalho. A título ilustrativo, deve ser lembrado o emblemático caso *Licra vs. Yahoo!*<sup>912</sup>.

---

<sup>909</sup> Como outros exemplos, cite-se que, na Turquia, são considerados crime discursos contra Atatürk; na Rússia, é proibido qualquer propaganda considerada “gay”; na China, além da censura a Falun Gong, há bloqueio de todos os *websites* que falem sobre a independência do Tibete, do Dalai Lama, do massacre da Paz Celestial e de movimentos anticomunistas; na Arábia Saudita e nos Emirados Árabes Unidos, há controle de conteúdo sobre pornografia, drogas, jogos e conversão a religiões (DENISE PINHEIRO, *A liberdade de expressão e o passado: desconstrução da ideia de um direito ao esquecimento*, p. 95; MARCEL LEONARDI, *Controle de conteúdos na Internet: filtros, censura, bloqueio e tutela*. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6317](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6317)>. Acesso em: 13 jul. 2017).

<sup>910</sup> No original: “At stake is the integrity of history itself. If all publications have to abide by the censorship laws of any and every jurisdiction just because they are accessible over the global internet, then we will not be able to believe what we read, whether about Falun Gong (censored by China), the Thai king (censored under lese majeste) or German murders” (tradução nossa). HUFFINGTON POST. Disponível em: <[http://www.huffingtonpost.com/2009/11/12/walter-sedlmayr-convicted\\_n\\_355063.html](http://www.huffingtonpost.com/2009/11/12/walter-sedlmayr-convicted_n_355063.html)>. Acesso em: 10 jul. 2017.

<sup>911</sup> A operação autorreguladora agora será realizada por um grupo interdisciplinar, integrado por engenheiros, acadêmicos, empresários, grupos de governo e organizações não governamentais. CANALTECH. Disponível em: <<https://canaltech.com.br/internet/eua-cedem-seu-controle-sobre-a-internet-a-entidade-global-sem-fins-lucrativos-81389/>>. Acesso em: 13 jul. 2017.

<sup>912</sup> Duas entidades francesas exigiram que a *Yahoo!* norte-americana impedisse a venda, em leilões *online*, de materiais com conteúdo nazista, em cumprimento à legislação gaulesa, pois, apesar da remoção de tais

Assim, em um panorama geopolítico em que inexistente consenso global a respeito de diversos temas de absoluta importância, como o aquecimento global<sup>913</sup> e outros assuntos correlatos ao meio ambiente<sup>914</sup>, além de desrespeito a direitos considerados fundamentais<sup>915</sup>, somados à existência da *Deep Web*, a pretensão da remoção global de conteúdo ainda é uma quimera.

### 5.5 Análise de casos concretos envolvendo o “direito ao esquecimento” digital no Brasil

Excetuando-se o reconhecimento de repercussão geral pelo STF do direito ao esquecimento na esfera cível nas mídias tradicionais, não há julgados no âmbito da Suprema Corte sobre o tema, tampouco no âmbito digital. O assunto é inédito e palpitante.

Por isso, nos valem de alguns casos concretos já julgados pelo STJ que envolvam as liberdades comunicativas no ambiente digital e os direitos da personalidade, especificamente quando constatado que em seu bojo foi aventado um direito a ser esquecido, para analisarmos qual dos direitos fundamentais foi restringido e qual a argumentação adotada, além de realizar, na sequência, um exame crítico dos julgados.

Devido à novidade do tema, será perceptível que a pesquisa apresenta um enfoque restrito, pois há poucos acórdãos versando sobre a matéria até mesmo na Corte Superior.

---

objetos do *website* <www.yahoo.fr> e dos demais mantidos pela empresa, vinculados ao código do país .fr, os usuários franceses acessavam a página americana <www.yahoo.com> e lá realizavam suas transações comerciais. O imbróglio acabou se resolvendo muito antes de o caso ser julgado nos Estados Unidos, visto que a empresa resolveu, com base em sua política interna, impedir a venda de quaisquer materiais associados a grupos que promovessem ou glorificassem o ódio e a violência (Cf. MARCEL LEONARDI, *Tutela e Privacidade na Internet*, p. 250-255).

<sup>913</sup> FERNANDO CYMBALUK, *Trump anula ações contra o aquecimento global*. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/confere/ultimas-noticias/2017/03/28/uol-confere-trump-contradiz-estudos-ao-defender-economia-antes-do-clima.htm>>. Acesso em: 15 jul. 2017.

<sup>914</sup> As complexas negociações já duram décadas e até agora resultaram em tímidos avanços.

<sup>915</sup> Não querendo adentrar no assunto, que daria vazão a outro trabalho, basta lembrar que alguns países não permitem a autodeterminação dos seus cidadãos, como a orientação sexual ou a liberdade de expressão, e outros, como os Estados Unidos da América, mantêm em suas bases militares, como a de Guantánamo, práticas de tortura em nome da “luta contra o terrorismo”.

### 5.5.1 Caso “Xuxa Meneghel”: Recurso Especial 1.316.921 <sup>916</sup>

Em 2010, a apresentadora Xuxa Meneghel moveu ação ordinária inominada contra o provedor *Google* objetivando compelir a empresa a remover de seu *site* de pesquisas, o *Google Search*, quaisquer resultados/*links* relativos à busca pela expressão “xuxa pedófila”, ou, ainda, qualquer outra que associasse seu nome, “escrito parcial ou integralmente, e independentemente de grafia, se correta ou equivocada, a uma prática criminosa qualquer”.

O juízo de primeiro grau deferiu o pedido de tutela antecipada determinando que o provedor se abstinhasse de disponibilizar aos seus usuários “quaisquer resultados/*links* na hipótese de utilização dos critérios de busca ‘xuxa’, ‘pedófila’, ‘xuxa meneghel’, ou qualquer grafia que se assemelhasse a essas, isoladamente ou em conjunto, com ou sem aspas”, sob pena de multa.

Se o pedido da apresentadora já se apresentava extremamente genérico, o juízo de primeiro grau proferiu decisão completamente desproporcional, determinando a implementação de filtro para o termo isolado “pedófila”, comprometendo o direito à informação, visto que, como já ressaltado, pode haver inúmeros *links* sobre o assunto na *Web*, nem todos relacionados a Xuxa Meneghel ou a qualquer conteúdo ilícito.

A decisão foi impugnada pelo *Google*, via agravo de instrumento, tendo o TJRJ dado parcial provimento restringindo a liminar “apenas às imagens expressamente referidas pela parte agravada”<sup>917</sup>, ainda assim sem “exclusão de *links* na apresentação dos resultados de pesquisas”.

No acórdão prolatado pelo STJ no julgamento de Recurso Especial, é reconhecida a sujeição dos serviços de Internet ao Código de Defesa do Consumidor, sob o fundamento de que “apesar das pesquisas realizadas via *Google Search* serem gratuitas, a empresa vende espaços publicitários no site bem como preferências na ordem de listagem dos resultados das buscas”.

---

<sup>916</sup> STJ. REsp 1.316.921, 3ª Turma, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, *DJe* 29.06.2012. Destaque-se que inexistente na decisão qualquer menção ao denominado “direito ao esquecimento” ou “direito a ser desindexado”, apesar de o mérito tratar do assunto.

<sup>917</sup> Na ótica do TJRJ: “ainda que a agravante possa não ser juridicamente responsável pela veiculação dessas imagens na rede de computadores, pode ela ser o destinatário da determinação judicial, em caráter cautelar, de sua cessação – considerando a quase inviabilidade fática de, para tal condão, demandar contra cada um dos *uploaders* isolados de imagens eróticas da agravada”.

Forte no argumento vendido pelo *Google*, de neutralidade e imparcialidade, a Corte afirma que os motores de busca seriam “provedores de conteúdo”, pois “não incluem, hospedam, organizam ou de qualquer outra forma gerenciam as páginas virtuais indicadas nos resultados disponibilizados, se limitando a indicar *links* onde podem ser encontrados os termos ou expressões de busca fornecidos pelo próprio usuário”.

Quanto à adoção de medidas técnicas para impedir a indicação de *links* para *sites* que apresentem certo conteúdo, exigindo avaliação do contexto, ou seja, sem especificação, é ressaltada a inviabilidade, pois, “ante à subjetividade que cerca o dano psicológico e/ou à imagem, seria impossível delimitar parâmetros de que pudessem se valer os provedores para definir se um conteúdo é potencialmente ofensivo”.

O STJ considera ilegítima a responsabilização dos provedores de pesquisa pelo conteúdo do resultado das buscas realizadas por seus usuários<sup>918</sup>, além de refutar a decisão do TJRJ que considerou o *Google* como destinatário da determinação judicial pela dificuldade da autora em demandar contra cada um dos *uploaders* com base nos seguintes critérios: os provedores de pesquisa realizam suas buscas dentro de um universo virtual, cujo acesso é público e irrestrito; ainda que seus mecanismos de busca facilitem o acesso e a consequente divulgação de páginas cujo conteúdo seja potencialmente ilegal, fato é que essas páginas são públicas e compõem a rede mundial de computadores e, por isso, aparecem no resultado dos buscadores; assim, cabe ao ofendido adotar medidas tendentes à supressão desses *websites*, nos quais está postado originalmente o conteúdo, com o que estarão, automaticamente, excluídas aquelas páginas dos resultados de busca virtual.

Quanto ao pedido de implementação de filtros nos motores de busca por palavras-chave com o intuito de obstar o acesso a determinadas páginas da *Web*, denominados pela Corte como “critérios objetivos de limitação”, foi frisado que seriam facilmente burlados por intermédio da utilização de termos ou expressões semelhantes ou equivalentes, que não seriam filtrados em virtude da limitada capacidade dos computadores, obedientes a comandos, além do incentivo à ação de *hackers*, que buscariam disseminar o conteúdo que se pretendeu restringir.

---

<sup>918</sup> Deve ser ressaltado que a demanda foi julgada anteriormente à promulgação do Marco Civil da Internet, Lei nº 12.965/2014, que prevê responsabilização do provedor em diversos dispositivos.

O Tribunal Superior observa que a restrição não alcançaria os provedores de pesquisa localizados em outros países, através dos quais também seria possível realizar as mesmas buscas, obtendo resultados semelhantes – ao que acrescentamos que tampouco os provedores localizados no Brasil não colocados no polo passivo da demanda.

A Corte alerta que não é admissível, sob o pretexto de dificultar a propagação de conteúdo ilícito ou ofensivo na Rede, obstar o acesso à informação, pois isto seria uma forma de censura:

Na hipótese específica dos autos, por exemplo, a proibição de que o serviço da recorrente aponte resultados na pesquisa da palavra “pedofilia” impediria os usuários de localizarem reportagens, notícias, denúncias e uma infinidade de outras informações sobre o tema, muitas delas de interesse público. A vedação restringiria, inclusive, a difusão de entrevista concedida recentemente pela própria recorrida, abordando a pedofilia e que serve de alerta para toda a sociedade. Curiosamente, a vedação dificultaria até mesmo a divulgação do próprio resultado do presente julgamento!

Ao sopesar os direitos envolvidos, o STJ dá prevalência à liberdade de informação, considerando que a Internet representa importante veículo de comunicação social de massa, apesar de reconhecer a existência de páginas cujo conteúdo viola os direitos da personalidade da apresentadora.

Analisando o pedido de desindexação de determinado conteúdo indicado pela autora, a Corte considera a imprescindibilidade da especificação das URLs, pois sem tais *links* não haveria como assegurar a eficácia da medida, pontuando, ademais, que munida de tal especificação a parte poderia identificar o responsável pela sua inclusão, cabendo:

ao interessado agir diretamente contra essas pessoas, o que torna absolutamente dispensável a imposição de qualquer obrigação ao provedor de busca, pois, uma vez obtida a supressão da página de conteúdo ofensivo, ela será automaticamente excluída dos resultados de pesquisa.

Em outras palavras, se a vítima identificou o autor do ato ilícito não tem motivo para demandar contra aquele que apenas facilita o acesso a esse ato que, vale repisar, até então se encontra publicamente disponível na rede para divulgação.

O Tribunal, no entanto, considera “incabível impor aos provedores de pesquisa a obrigação de eliminar do seu sistema os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação do URL da página onde este estiver inserido”.

Como sintetizado no próprio voto da Ministra-relatora, conclui-se que os motores de busca:

- (i) não respondem pelo conteúdo do resultado das buscas realizadas por seus usuários;
- (ii) não podem ser obrigados a exercer um controle prévio do conteúdo dos resultados das buscas feitas por cada usuário; e
- (iii) não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação do URL da página onde este estiver inserido.

A apresentadora ainda ajuizou Reclamação<sup>919</sup> na Suprema Corte alegando que o aresto do STJ, que cassou a liminar que impunha restrições ao provedor, teria violado a Súmula Vinculante nº 10 do STF<sup>920</sup>. No entanto, foi negado seguimento ao recurso.

### 5.5.2 Websites com imagens não autorizadas de nudez: *AgInt no Recurso Especial 1.593.873*

Em ação de obrigação de fazer ajuizada contra o *Google*, S.M.S objetivou impedir a veiculação de resultado de pesquisa em motores de busca por meio da digitação do seu nome, tendo em vista que poderiam levar a páginas que reproduzissem suas imagens de nudez.

Em primeiro grau, a sentença havia extinguido o feito, sem análise de mérito, por considerar a ausência do interesse de agir da recorrida e a ilegitimidade passiva da recorrente. No entanto, o TJSP deu provimento à apelação interposta pela vítima, sob a tese do “direito ao esquecimento”, fundamentando-se o julgado na ausência de interesse público do conteúdo das imagens, circunscrito apenas à vida privada da pessoa exposta e no preceito constitucional da dignidade da pessoa humana.

No acórdão prolatado no Agravo Interno no Recurso Especial<sup>921</sup>, consta expressamente, tanto na ementa como no miolo, a expressão “direito ao esquecimento”, provavelmente pelo fomento do debate após os rumorosos *cases* nacionais “Chacina da Candelária” e “Aída Curi”, e o não menos comentado “Costeja González” do TJUE, além da referência ao Marco Civil da Internet, em vigor quando do julgamento.

O aresto possui uma introdução que, além de citar os precedentes do STJ referentes à matéria no tocante a “fatos desabonadores de natureza criminal”, menciona

<sup>919</sup> STF. Rcl/AgRg 15.955, 2ª Turma, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *DJe* 12.02.2016.

<sup>920</sup> Dispõe que “viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”.

<sup>921</sup> STJ. AgIn no REsp 1.593.873, 3ª Turma, Rel. Ministra NANCY ADRIGHI, *DJe* 17.11.2016.

os princípios gerais do direito e dispositivos da legislação ordinária como fundamento para o “direito ao esquecimento”, tese que a Corte considera que deve ser reconhecida “quando as circunstâncias assim determinarem”.

Apesar de o caso “Costeja González” ser apontado como um “importante precedente”, o Tribunal afirma que a Corte Regional Europeia parte de pressupostos legais muito distintos daqueles presentes no Brasil, principalmente por inexistir uma lei geral que disponha sobre a proteção de dados pessoais.

Por outro lado, o STJ diz que os incs. I e X do art. 7º do Marco Civil da Internet<sup>922</sup> preenchem parcialmente essa ausência legislativa, frisando, porém, que o direito à exclusão definitiva dos dados pessoais “alcança somente as informações que o próprio indivíduo houver fornecido para um determinado provedor de aplicações na Internet”.

Insistindo no argumento de que os motores de busca “não incluem, hospedam, organizam ou de qualquer forma gerenciam as páginas virtuais indicadas nos resultados disponibilizados”, apesar das referências aos algoritmos e da inviabilidade, na maioria das vezes, de o provedor exercer alguma forma de controle sobre os resultados, pela “problemática na definição de critérios que autorizariam o veto ou o descarte de determinada página”, a Corte ainda afirma que o *Google* “não armazena as informações e imagens indicadas pela recorrida, de modo que não há como lhe imputar responsabilidade por elas”.

Reforçando o entendimento exarado no julgamento do caso “Xuxa Meneghel”, o STJ afirma que os provedores não respondem pelo conteúdo do resultado de buscas realizado em seus motores, que não podem ser obrigados a exercer controle prévio do que é disponibilizado e que não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão.

Partindo para a hipótese dos autos, a Corte pontua que “não há motivo para inserir no polo passivo da lide judicial terceira parte que não armazena os dados em

---

<sup>922</sup> “Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: I – inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...] X – exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei;”

questão”, cabendo a eventual vítima demandar contra aquele que “mantém a informação no ambiente digital”, conforme a decisão do caso “Xuxa”. Ressalta que “não houve mudança nesse panorama jurídico, mesmo com a edição do MCI e com o desenvolvimento da doutrina e jurisprudência no país e no estrangeiro”.

Falando sobre o Marco Civil da Internet, a Corte Superior assevera que a legislação:

[...] não permite imputar a um terceiro que não detém de forma propriamente dita a informação no que se quer ver esquecida – cumprir a função [de] retirar o acesso do público em geral de determinado conjunto de dados.

Concordar com tal solução, no contexto normativo brasileiro, equivale a atribuir a um determinado provedor de aplicação de Internet – no caso, o buscador Google – a função de um verdadeiro censor digital, que vigiará o que pode ou não ser facilmente acessado pelo público em geral, na ausência de qualquer fundamento legal.

No mais, pontua que a jurisprudência da Corte apresenta duas situações distintas referentes ao “direito ao esquecimento”: uma que envolve as empresas de comunicação televisiva; outra, a mídia digital, ambiente no qual é rejeitada a imputação ao provedor de buscas da “obrigação de fiscalizar o conteúdo acessível ao público”.

Por fim, extingue o processo por ausência de legitimidade passiva do *Google*.

### 5.5.3 Considerações sobre os casos analisados

Em que pesem ambas as decisões versarem sobre a desvinculação de *links* dos motores de busca, as circunstâncias fáticas apresentadas nos casos concretos são absolutamente distintas, o que torna bastante questionável a apresentação de uma regra geral para a solução das colisões, a exemplo da afirmação de que nas mídias digitais os provedores não podem ser compelidos a remover os *links* derivados da busca de determinado termo ou expressão, “independentemente da indicação do URL da página”.

Sem realizar uma análise casuística, a Corte considera que qualquer remoção de conteúdo da *Web* por meio dos motores de busca é afrontosa às liberdades comunicativas. No entanto, nem sempre a exclusão de determinadas informações de buscadores digitais será violadora destas liberdades, pois pode haver proporcionalidade na medida, em homenagem aos direitos fundamentais da personalidade.

O pretendido “direito ao esquecimento” deve levar o intérprete e aplicador do Direito a realizar a ponderação entre os interesses envolvidos, estando de um lado a

liberdade de expressão, de informação, de pensamento, e o direito à memória e à verdade histórica, e do outro os direitos à privacidade (incluindo a intimidade), à honra, à imagem e à identidade pessoal. Apenas o exame do caso concreto permite indicar qual deles terá prevalência, sendo incabível, pela teoria dos princípios que alicerça este trabalho, a adoção de soluções abstratas que antecipem o resultado do sopesamento entre os direitos fundamentais.

Para tanto, aponta a doutrina alguns critérios a serem considerados em cada caso:

(i) o interesse público na divulgação da notícia; (ii) a atualidade e a pertinência da exposição do fato ou da informação; (iii) a veracidade do fato; (iv) a forma como o fato é ou será exposto; (v) a essencialidade deste conteúdo para a transmissão da notícia; (vi) a expectativa de privacidade do retratado; (vii) o lugar onde ocorreu o fato; e (viii) o papel desempenhado pela pessoa retratada na vida pública<sup>923</sup>.

A tais hipóteses acrescentamos o aspecto da arquitetura da Rede, e começamos por ela.

A viabilidade técnica da pretensa desvinculação de *links* por meio da implementação de filtros nos buscadores, com o objetivo de impedir a realização de pesquisas baseadas em determinadas palavras-chave ou expressões, conforme já apontado alhures, apresenta patente forma de censura, pois, como bem ressaltado no acórdão do caso “Xuxa Meneghel”, além da pouca efetividade da determinação de tais critérios, pela fácil burla das restrições pelos usuários por meio da utilização de termos e expressões semelhantes ou equivalentes, e do fácil acesso aos mecanismos de busca de outros países, visto que eventual restrição seria aplicável somente ao provedor existente em um determinado território, haveria afronta ao direito à informação pelos óbices impostos à localização de qualquer página com a palavra ou expressão proibida, independentemente de seu conteúdo ilícito ou não, inclusive de postagens futuras. Frise-se que a maioria dos *websites* seria censurado sem que houvesse qualquer tipo de ponderação pelo Judiciário, o que se revela arbitrário e desproporcional.

Quanto à desvinculação de *links* específicos, mediante a indicação de URLs, além da viabilidade técnica da medida, por meio do protocolo de exclusão de robôs, não

---

<sup>923</sup> CHIARA ANTONIA SPADACCINI DE TEFFÉ e FABIANA RODRIGUES BARLETTA, *O direito ao esquecimento: uma expressão possível do direito à privacidade*, p. 33-64.

há se falar em ato censório, pois a chamada desindexação não remove o conteúdo da *Web*, mas apenas altera o índice do motor de busca, que não apresentará mais determinada URL quando digitado o nome de um indivíduo ou expressão como palavra-chave.

Aqui voltamos à discussão sobre a ausência de neutralidade e imparcialidade dos motores de busca que, por meio de elaborados algoritmos, organizam e distribuem as informações coletadas na Rede, realizando tratamento de dados com base em interesses mercadológicos. A exposição de conteúdos digitais afrontosos aos direitos da personalidade, muitos deles sem qualquer interesse público, apenas objetifica indivíduos e, em virtude da visitação das páginas, traz lucros a buscadores digitais, que quanto mais eficientes – e aqui entenda-se maior cobertura da Rede – por maiores valores conseguem promover, facilitar e vender produtos ou serviços de publicidade. Assim, “se estas empresas auferem lucros com suas atividades, devem também ter alguma responsabilidade na mitigação dos danos causados por meio delas – [...] um papel baseado no risco proveito”<sup>924</sup>.

Por óbvio, a remoção de *links*, mesmo que especificados, não terá plena efetividade, não somente por não excluir o conteúdo do servidor que hospeda o *website* onde as informações continuarão disponíveis, a quem buscá-las, nas páginas de origem, mas também pelo risco de continuar a ser replicado em outras páginas hospedadas, tanto em provedores nacionais como estrangeiros. Assim, mesmo com a desvinculação de duas ou mais URLs com o nome do ofendido, em questão de segundos podem aparecer centenas, quiçá milhares, com o mesmo conteúdo e que necessitem de novo pedido judicial.

No entanto, a desindexação do maior provedor, o *Google*, com mais de 96% de usuários no Brasil<sup>925</sup>, ou de outros menores, em muito atenuará a afronta aos direitos da personalidade na hipótese de conteúdo lesivo. E isso porque a maioria dos internautas não faz sua pesquisa nos *websites* em que se encontra a informação original, ou por meio da digitação da URL completa para acesso aos *sites* que pretende acessar, preferindo utilizar buscadores para encontrar o termo procurado.

---

<sup>924</sup> GILBERTO FACHETTI SILVESTRE e NAUANI SCHADES BENEVIDES, *O papel do Google na eficácia do direito ao esquecimento – análise comparativa entre Brasil e Europa*, p. 99-122.

<sup>925</sup> STATCOUNTER. Disponível em: <<http://gs.statcounter.com/search-engine-market-share/all/brazil>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

Quanto à alegação de que a ação deveria ser proposta contra o próprio autor do conteúdo ilícito em vez do intermediário, bastante elucidativo o elenco de dificuldades que podem ser enfrentadas pelo ofendido, elaborado por GILBERTO FACHETTI SILVESTRE e NAUANI SCHADES BENEVIDES:

(i) impossibilidade de identificação do responsável pela página, eis que é possível criar ou emular falsos IPs; (ii) identificação do responsável, mas impossibilidade de sua localização; (iii) impossibilidade de submissão do responsável pela página à jurisdição nacional, uma vez que a internet é global e o agressor muitas vezes só poderá ser acionado mediante cooperação internacional; (iv) a ofensa é tão grave e danosa que exige medidas de urgência; (v) a agressão está veiculada em grande quantidade de páginas, tornando inviável a propositura de ações judiciais em face de todos, seja por demandas autônomas ou por litisconsórcio passivo; (vi) ainda que localizado e demandado o agressor, este em que pese todos os meios coercitivos, se nega a retirar o conteúdo da *Web*<sup>926</sup>.

Acrescentamos a tais hipóteses a existência de eventual conteúdo lesivo aos direitos fundamentais da personalidade em notícias jornalísticas carregadas em hemerotecas digitais. Conforme já abordado, pela patente afronta à liberdade de imprensa, é incabível o expurgo de tais informações do *website* original, restando ao retratado mitigar a lesão ou ameaça a direito por meio da desindexação.

Apesar de não ter efetividade plena, a desvinculação de URLs, em diversos casos, será a única medida possível para cessar a lesão ou ameaça aos direitos fundamentais da personalidade da vítima. No mais, a existência de uma medida mais efetiva, consubstanciada na remoção do material ofensivo no *website* de origem da veiculação, não conduz à carência de interesse processual para acionar judicialmente o motor de buscas.

Outrossim, se a vítima resolveu demandar contra apenas um provedor, no caso a gigante de buscas *Google*, não há se falar em falta de efetividade da medida, pois, conforme já informado, tal motor concentra mais de 96% de todas as pesquisas realizadas na *Web* nacionalmente. E quando pensamos nas ofensas à privacidade, à honra e à imagem que são divulgadas na Rede, sabemos que os danos são potencializados pelo tempo em que a informação está disponível, sendo essa acessibilidade facilitada para a quase totalidade dos internautas pelo uso de buscadores digitais. Logo, há redução substancial de danos por meio da remoção de *links* quando o ofendido, na medida do possível, identifica e demanda contra os reais editores do conteúdo. Como alertado por

---

<sup>926</sup> GILBERTO FACHETTI SILVESTRE e NAUANI SCHADES BENEVIDES, *O papel do Google na eficácia do direito ao esquecimento – análise comparativa entre Brasil e Europa*, p. 99-122.

MARCEL LEONARDI, “não há, e provavelmente nunca haverá, mecanismos legais ou tecnológicos absolutamente eficazes para o controle de conteúdos na Internet”<sup>927</sup>.

Revela-se totalmente descabida a extinção do segundo processo (é curioso que o mesmo desfecho não tenha ocorrido no caso “Xuxa”), pela ilegitimidade passiva do *Google*, visto que, apesar de não ser o produtor original do conteúdo, realiza tratamento de dados ao selecionar e organizar as informações por meio de algoritmos, competentemente elaborados por sua equipe de programadores, inexistindo neutralidade e passividade na sua operação.

Outro excerto passível de refutação, disposto no segundo acórdão, se alicerça na regra do inc. X do art. 7º do Marco Civil da Internet, e diz que a exclusão definitiva de dados pessoais somente alcança as informações que o próprio indivíduo houver fornecido para um determinado provedor de aplicações da Rede. No entanto, com base nos princípios constitucionais da proteção à privacidade, à intimidade, à honra e à imagem, questionamos por que não há salvaguarda à disponibilização digital de dados pessoais captados e postados em *websites* sem autorização e conhecimento do seu detentor? Ou seja, se o indivíduo pode pedir a exclusão definitiva dos dados fornecidos graciosamente para determinado provedor, não estaríamos diante de uma conduta muito mais gravosa na disponibilização dessas mesmas informações sem que tenha havido consentimento do seu titular?

Outra passagem questionável afirma que o *Google* não armazena as informações e imagens, o que não é verdade, pois, assim como outros buscadores, mantém em seus servidores cópia de todas as páginas da Internet (chamadas cópias *cache*), sendo que as pesquisas realizadas pelos usuários são oriundas do banco de dados dos próprios motores de busca, que oferecem como resultado um breve resumo do trecho que, em tese, mais interessa ao internauta.

Cada caso deve ser analisado isoladamente e, conforme bem ressaltado pela decisão da TJUE, deve-se levar em conta quem é a pessoa que solicita a desvinculação de URL. Ou seja, trata-se de figura pública? Ou de uma pessoa comum do povo,

---

<sup>927</sup> MARCEL LEONARDI, *Controle de conteúdos na Internet: filtros, censura, bloqueio e tutela*. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6317](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6317)>. Acesso em: 13 jul. 2017.

protagonista ou coadjuvante, de algum fato histórico que, por si só, revele interesse público?

No caso da apresentadora Xuxa, pessoa notória que, de fato, no início de sua carreira, realizou filmes eróticos, sendo que, em um deles, contracenou com um menor de 12 anos realizando cenas sensuais<sup>928</sup>, a tentativa de compelir a empresa a excluir do *Google Search* as imagens que façam referência à película caracterizaria censura, não passando pelo crivo da regra da proporcionalidade, conforme será analisado à frente<sup>929</sup>.

A verdade é que muito antes da popularização da *Web*, Xuxa já havia procurado, ao longo dos anos, por vários meios, obstar a circulação do filme, provavelmente em uma tentativa desesperada de se desvincular do conteúdo adulto e manter a aura carismática de “rainha dos baixinhos”. No entanto, se anteriormente à Internet a apresentadora conseguia controlar as informações sobre sua participação na obra e impedir sua divulgação, com a popularização da Rede houve uma avalanche de postagens de cópias não autorizadas e imagens do longa, e essa passagem de sua biografia veio a público com maior intensidade.

Por mais que não tenha autorizado a divulgação das imagens na *Web*, a apresentadora atuou como atriz na película e muitas das fotografias serviram para divulgação da obra à época, sendo hoje parte da história do cinema nacional. Outrossim, mesmo que vigente quando do julgamento, consideramos que nem a regra do art. 21 do Marco Civil da Internet seria aplicável à hipótese, pois as cenas e vídeos nos quais há imagem de nudez da apresentadora não foram captados em caráter privado, sendo parte de um filme no qual ela atuou como atriz. Logo, a restrição de *links* é afrontosa ao fluxo de informação.

No que concerne ao outro julgado, a pessoa retratada nas fotos não pode ser considerada “pública”, tendo sido sua imagem disponibilizada sem sua autorização, expondo sua intimidade e não apresentando qualquer interesse público. Apesar de inexistir tal informação no acórdão, acreditamos que o STJ deixou de considerar a regra prevista no mencionado art. 21 devido às imagens não terem sido captadas em caráter privado (provavelmente faziam parte de algum ensaio fotográfico). De qualquer forma, tendo sido o ensaio realizado há algum tempo, há de se supor a expectativa de privacidade

---

<sup>928</sup> No filme intitulado *Amor, estranho amor*, de 1982.

<sup>929</sup> Poderíamos falar em eventual afronta a direitos autorais, mas essa discussão foge ao escopo do trabalho.

da retratada. A desvinculação das URLs contendo as imagens homenagearia o direito à intimidade da vítima, mesmo que tais fotos continuassem disponíveis em seu *website* original (e aqui caberiam outras demandas da autora, mesmo que o editor original na Rede seja o da eventual revista que publicou suas imagens de nudez no passado, pois pode inexistir autorização para sua divulgação em meio eletrônico ou após determinado lapso temporal).

#### 5.5.4 A aplicação da regra da proporcionalidade

Com base no referencial teórico adotado neste estudo, caso inexista regra infraconstitucional que discipline a colisão entre os direitos fundamentais (a situação não foi objeto de ponderação por parte do legislador), deve ocorrer o “sopesamento entre os potenciais princípios aplicáveis na resolução do caso concreto”<sup>930</sup>, sem passar pelos exames da adequação e da necessidade. No entanto, em um exercício acadêmico para aplicação da regra da proporcionalidade em sua totalidade, é pedida licença teórica para utilizar como medida concreta a ser testada a pretensão das autoras das demandas, e não o ato estatal (em nossas hipóteses, inexistente<sup>931</sup>).

Assim, com base nos *cases* expostos, temos duas medidas a serem analisadas: (i) a remoção de *links* específicos (URLs) cujo conteúdo desatualizado afronte os direitos da personalidade; e (ii) a implementação de filtros em motores de busca impedindo que pesquisas sejam realizadas por meio de palavras-chave.

As duas hipóteses passam pelo exame da adequação, visto que as medidas são aptas a fomentar a realização do objetivo perseguido, no caso, a tutela dos direitos fundamentais da personalidade, ainda que não seja completamente efetivado, pois conforme temos estudado no transcorrer deste trabalho, a remoção de *links* não significa a exclusão do conteúdo da página original em que esteja postado, sendo possível sua replicação em outro endereço eletrônico.

Como as duas medidas passaram pela primeira etapa, devem ser submetidas à segunda sub-regra, a da necessidade, um teste comparativo em que deve ser aferido se são necessárias quando cotejadas a outras alternativas que poderiam ter sido utilizadas para o mesmo objetivo. Aqui cai a segunda modalidade, a da implementação de filtros

---

<sup>930</sup> VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 179.

<sup>931</sup> Não consideraremos a previsão do art. 21 do Marco Civil da Internet como regra aplicável às hipóteses pelo fato de as imagens em discussão não terem sido captadas em caráter privado.

nos buscadores para impedir que as pesquisas sejam feitas por meio de palavras-chave, pois existe medida menos onerosa para as liberdades comunicativas, no caso, a remoção de *links* específicos (URLs).

Conforme já anotado, apesar da viabilidade técnica da medida, ela não é razoável causando impacto no direito à informação. A imposição de filtros genéricos acaba por restringir muito mais do que o pedido pela parte, pois, além de eventuais conteúdos ilegais obstados – objeto da demanda –, é impedido o acesso a *sites* com conteúdo informativo, como notícias jornalísticas, debates, críticas e opiniões sobre o assunto censurado pela medida. No mais, no caso de a palavra-chave ser o nome próprio da pessoa, haveria restrição ao direito de homônimos, ou até mesmo o risco de revisionismo histórico no caso de o lesado ser uma pessoa pública, pois, além da desvinculação do conteúdo lesivo aos seus direitos da personalidade, a coletividade ficaria impossibilitada de acessar materiais que contenham registros de sua trajetória, sejam laudatórios ou desabonadores. Ademais, conteúdos futuros, que sequer poderiam ter sido objeto da ação, mas passíveis de localização pelas mesmas palavras-chave, seriam impedidos de localização pela determinação judicial, caracterizando verdadeira censura.

Já a remoção de *links*, também denominada como desindexação, além da menor prejudicialidade às liberdades comunicativas, é medida mais eficaz quando comparada à implementação de filtros. O conteúdo não é expurgado da *Web*, alterando-se apenas o índice do motor de buscas, que não apresentará mais determinada URL (o endereço na Rede) quando feita a pesquisa na interface do provedor. A efetividade da medida somente seria superada pela indisponibilização do material na Internet, via demanda contra o editor original do conteúdo, mas, conforme já estudamos, esta é uma medida que se revela na maioria das vezes de difícil, senão impossível, implementação, não somente pela impossibilidade, em diversos casos, da identificação do responsável ou pela sua não localização quando identificado, mas também pela possibilidade de sua não submissão à jurisdição nacional; pela exigência de cautela de urgência em virtude da gravidade da ofensa; pelas postagens em números espantosos de páginas, sendo impossível demandar contra todos, mesmo em litisconsórcio passivo; e pela recusa do ofensor em cumprir a determinação judicial de retirada do conteúdo da *Web*. Ou ainda, pela afronta à liberdade de imprensa, no caso das hemerotecas digitais que contenham notícias ou reportagens jornalísticas.

No mais, como já salientamos, são raras as pessoas que pesquisam na Internet por meio de URLs, valendo-se quase todos os internautas de buscadores digitais, sendo o *Google* soberano.

Logo, a desindexação de buscadores digitais como o *Google*, que coleta, trata e armazena dados com as características e preferências de seus usuários, de materiais descontextualizados ou desatualizados, pode se revelar favorável, na análise do caso concreto, aos direitos fundamentais da personalidade do ofendido.

Na análise da sub-regra da proporcionalidade, devemos realizar o sopesamento entre os princípios colidentes que se revelam *prima facie* incompatíveis: as liberdades comunicativas e os direitos fundamentais da personalidade, sendo que a informação desatualizada que lastreia o pretense “direito ao esquecimento” deve ser considerada como uma das condições fáticas na análise do caso concreto.

Assim, forte em ROBERT ALEXY, “quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”<sup>932</sup>, servindo para avaliação desse grau de não satisfação ou de afetação o modelo triádico, identificado pelos termos “leve”, “moderado” e “sério”. No mais, é imperiosa uma fundamentação racional dos enunciados que estabeleçam as preferências condicionadas, encontrando-se, entre as razões para argumentação à referência a fatos, regularidades empíricas e juízos normativos<sup>933</sup>.

Sopesando os princípios envolvidos no caso “Xuxa”, podemos considerar que: (i) há interesse público na divulgação das imagens da apresentadora, visto que integrantes da história do cinema nacional; (ii) as resenhas, críticas, opiniões e imagens sobre a película apresentam um fato veraz: a dramatização de cenas de sexo com um menor de idade, à época com 12 anos; não olvidamos que o destaque do longa-metragem até os dias atuais somente ocorre pela presença de Xuxa em seu elenco, à época uma desconhecida e hoje pessoa pública, e também pelas cenas ousadas envolvendo um infante, ficando tal trama do filme como mais importante do que a própria obra e, por isso, passível de comentários; (iv) não há se falar em expectativa de privacidade da apresentadora, visto que atuou como atriz no filme, sendo remunerada pela exposição de sua imagem; (v) na atualidade, Xuxa é pessoa pública, gozando de grande visibilidade na

---

<sup>932</sup> ROBERT ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 167 e 599-600.

<sup>933</sup> *Ibidem*, p. 172.

mídia, o que instiga a curiosidade de telespectadores em geral sobre sua biografia, incluindo o início de sua carreira.

Logo, revela-se séria a restrição às liberdades comunicativas com a remoção de *links*, pois seria obstado o acesso pelos buscadores às imagens do filme, inclusive a *webpages* que apenas apresentem informações neutras, como resenhas imparciais ou comentários sobre a história do cinema nacional; quanto à importância da satisfação dos direitos da personalidade, a consideramos leve, especialmente pelo fato de a retratada ser pessoa pública e atuar como atriz na película. A medida deve ser reprovada no teste da proporcionalidade em sentido estrito, pois os motivos que fundamentam sua adoção não têm peso para justificar a restrição do direito fundamental atingido, no caso a liberdade de expressão *lato sensu*.

No caso do *website* com imagens não autorizadas de nudez, (i) não há interesse público na divulgação de tais fotografias, visto que, por mais que constituam o acervo de um trabalho profissional (estamos conjecturando, pois não temos maiores informações sobre o caso), a pessoa retratada é comum do povo e não representa, pelo menos no momento presente, nenhum interesse à mídia, a não ser os puramente comerciais; (ii) inexistente atualidade ou pertinência na postagem das imagens na Rede, o que poderia ocorrer caso a retratada viesse a se transformar em pessoa pública, por exemplo concorrendo a um cargo eletivo; (iii) inexistente autorização da retratada para divulgação das fotos na Rede; (iv) há expectativa atual de privacidade, inclusive por não ser figura pública, hipótese que se diferencia do caso “Xuxa”; (v) embora o conteúdo informativo de uma imagem de nudez possa ser avassalador, como na icônica fotografia de autoria de Nick Ut, de 1972, da menina correndo nua com o corpo queimado por napalm após o bombardeio de seu vilarejo na Guerra do Vietnã, o mesmo não pode ser dito das imagens da autora da ação, nas quais o conteúdo informativo pode ser considerado mínimo.

Logo, a afetação das liberdades comunicativas em consequência da remoção de *links* pode ser considerada de moderada a leve, e a importância da satisfação do direito fundamental à privacidade da autora séria, pela nítida afronta à sua intimidade. Assim, há prevalência dos direitos fundamentais da personalidade.

## 5.6 Projetos de lei em trâmite sobre o “direito ao esquecimento”: equívocos

Atualmente tramitam projetos de lei na Câmara dos Deputados versando sobre o “direito ao esquecimento”, sendo que nenhuma das propostas apresenta uma regra pautada em critérios que assegurem a ponderação entre as liberdades comunicativas e os direitos fundamentais da personalidade. A bem da verdade, nenhum dos PLs menciona a liberdade de expressão *lato sensu* em seus textos.

De autoria do ex-deputado federal Eduardo Cunha, o PL 7881/2014 é um dos mais problemáticos em tramitação, visto que seu art. 1º – praticamente o único dispositivo, já que o art. 2º reza que “esta Lei entra em vigor na data de sua publicação” – dispõe ser “obrigatória a remoção de *links* dos mecanismos de busca da internet que façam referência a dados irrelevantes ou defasados, por iniciativa de qualquer cidadão ou a pedido da pessoa envolvida”, utilizando expressões vagas e polissêmicas, como “irrelevantes ou defasados”, não prevendo a apreciação pelo Judiciário para fins de exclusão dessas URLs e possibilitando que qualquer pessoa solicite a remoção do conteúdo, abrindo espaço para o cometimento de arbitrariedades. Três comissões da Câmara dos Deputados – (i) Defesa do Consumidor, (ii) Cultura, (iii) Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática – já aprovaram pareceres pela sua rejeição.

O PL 1676/2015, de autoria do deputado federal Veneziano Vital do Rêgo, tipifica os atos de fotografar, filmar ou captar a voz de pessoa, sem autorização ou sem fins lícitos, prevendo qualificadoras para as diversas formas de sua divulgação, e dispõe sobre a garantia de desvinculação do nome, imagem e demais aspectos da personalidade, publicados na rede mundial de computadores, relativos a fatos que não possuem, ou não possuem mais, interesse público. Em seu art. 3º, trata especificamente do “direito ao esquecimento”, considerando-o uma expressão da dignidade da pessoa humana e prevendo no parágrafo único do dispositivo que seus titulares podem exigir dos meios de comunicação social, dos provedores de conteúdo e dos sítios de busca da *Web*, independentemente de ordem judicial, que deixem de veicular ou excluam material ou referências que os vinculem a fatos ilícitos ou comprometedores de sua honra. O PL também prevê que os meios de comunicação social, os provedores de conteúdo e os sítios de busca da Internet, devam criar departamentos especializados para tratar do direito a ser esquecido. Na Comissão de Ciência e Tecnologia, Informática e Comunicação, o relator

já emitiu parecer pela rejeição da proposta, bem como ao PL 2712/2015, em apenso. Atualmente, o PL aguarda a deliberação pelos integrantes do colegiado.

O PL 2712/2015, apensado ao PL supracitado, foi apresentado pelo deputado federal Jefferson Campos, e propõe a alteração do art. 7º da Lei nº 12.965/2014, o Marco Civil da Internet, com a inserção do inciso XIV, com a seguinte disposição:

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

[...]

XIV – remoção, por solicitação do interessado, de referências a registros sobre sua pessoa em sítios de busca, redes sociais ou outras fontes de informação na internet, desde que não haja interesse público atual na divulgação da informação e que a informação não se refira a fatos genuinamente históricos.

O PL 215/2015, de autoria do deputado federal Hildo Rocha, apresenta proposta de alteração do Código Penal, precisamente com a inserção do inciso V ao art. 141 do Diploma Legal, punindo com maior rigor os crimes contra a honra praticados com a utilização de redes sociais. O PL 1589/2015, cuja proposição é da parlamentar Soraya Santos, apensado ao PL 215/2015, é a fonte original do excerto sobre o direito ao esquecimento, pois, entre inúmeras alterações propostas, como o agravamento das penas de crimes como calúnia e difamação que usem a *Web* como meio de propagação, pretende adicionar o § 3º-A e alterar a redação do § 4º do art. 19 do Marco Civil da Internet, que teriam a seguinte forma:

§ 3º-A O indivíduo ou seu representante legal poderá requerer judicialmente, a qualquer momento, a indisponibilização de conteúdo que ligue seu nome ou sua imagem a crime de que tenha sido absolvido, com trânsito em julgado, ou a fato calunioso, difamatório ou injurioso.

§ 4º O juiz, inclusive nos procedimentos previstos nos §§ 3º e 3ºA, poderá antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, existindo prova inequívoca do fato e considerado o interesse da coletividade na disponibilização do conteúdo na internet, desde que presentes os requisitos de verossimilhança da alegação do autor e de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

O projeto de lei foi apelidado de “PL Espião” e representa um retrocesso significativo ao texto do Marco Civil da Internet por possuir um caráter altamente afrontoso ao direito à informação, já que vai além da desindexação de mecanismos de busca, propondo a retirada definitiva da informação dos provedores de conteúdo.

Em uma análise global dos projetos de lei em trâmite, apenas uma das proposições limita a aplicação da lei aos motores de busca, voltando-se todos os outros aos provedores de conteúdo, em patente afronta às liberdades comunicativas.

Com exceção de um dos PLs, todos os outros admitem a indisponibilização de conteúdo por ordem extrajudicial, tirando do Poder Judiciário a aferição a respeito do que é ou não afrontoso aos direitos da personalidade, comprometendo as necessárias independência, imparcialidade e transparência que devem estar no bojo de uma decisão que afete direitos fundamentais.

Apesar de alguns projetos mencionarem a imprescindibilidade de interesse público na informação e ressaltarem aquelas referentes a “fatos genuinamente históricos”, observa-se uma posição preferencial conferida aos direitos fundamentais da personalidade. Nenhuma das proposições faz referência às figuras públicas, como os políticos, que, conforme já abordamos no Capítulo 3 deste estudo, sofrem a mitigação de seus direitos da personalidade, tampouco as informações constantes de registros públicos e, com exceção do PL 215/2015, não exigem a demonstração de danos para fins de solicitação do pedido de exclusão de informações.

Quanto ao aspecto temporal da informação, os PLs falam sobre dados “defasados”, sobre aqueles que não apresentam mais interesse público devido à passagem do tempo, permitindo que seja solicitado o esquecimento de “fatos afrontosos” sem adentrar no critério da fluência temporal.

## 6

**CONCLUSÃO**

Toda pretensão de um direito ao esquecimento é alicerçada na ausência de contemporaneidade da informação divulgada, seja nas mídias tradicionais ou digitais. Tal informação pode ser atual, lembrando um fato do passado, ou mesmo pretérita, como ocorre no acesso pela *Web* de fatos noticiosos de outrora.

A falta de atualidade da informação, entretanto, não permite, por si só, a proibição de sua veiculação ou alteração, não havendo que se falar em um “direito fundamental ao esquecimento”, independente e autônomo, algo como uma prerrogativa do titular em modificar ou expurgar dados e informações, devendo o transcurso temporal ser considerado apenas como uma das circunstâncias fáticas, no caso concreto, para a ponderação entre as liberdades comunicativas e os direitos fundamentais da personalidade.

Caracterizados como princípios, conforme o referencial teórico adotado neste estudo, as liberdades comunicativas e os direitos fundamentais da personalidade são mandamentos de otimização aplicados na maior medida possível diante dos vários elementos fáticos e jurídicos do caso concreto. Levando-se em conta o suporte fático amplo, a teoria externa e a impossibilidade de delimitar aprioristicamente e de forma abstrata o conteúdo essencial de tais direitos, tais princípios, frequentemente, entram em rota de colisão, sendo a realização de um deles restringida pela do outro.

Conforme previsão constitucional, tais direitos fundamentais possuem o mesmo peso abstrato e não permitem que soluções sejam formuladas sem a análise do caso concreto e suas circunstâncias peculiares, sendo essa a ideia que fundamenta o conceito de relações condicionadas de precedência, a ser estabelecida, de forma racional, por meio da aplicação da lei do sopesamento e da fórmula do peso. O modelo busca uma teoria da argumentação jurídica racional, visto que do enunciado sobre uma relação condicionada de preferência decorrerá uma regra.

Em virtude da inviabilidade do debate sobre parâmetros abstratos para solução dos casos de colisão entre direitos fundamentais em que seja aventado um direito a ser esquecido, procuramos elencar neste estudo certas circunstâncias fáticas comuns em tais hipóteses, além da natureza pretérita do conteúdo, e demonstrar alguns critérios argumentativos.

Entre eles, foi dada especial atenção ao direito à memória e à verdade, circunstância fática relevante para homenagear as liberdades comunicativas em detrimento de um eventual direito a ser esquecido. A constatação pelo aplicador do Direito da pretensão em reescrever a história há de ser considerado importante fator a privilegiar o livre fluxo de informações.

No tocante às mídias tradicionais, em especial a televisão, tecemos críticas à decisão proferida pelo STJ, que considerou o direito ao esquecimento aplicável no Brasil, sem apresentação, entretanto, de critérios objetivos. Isto porque, ainda se encontram em aberto questões como: o lapso temporal para a caracterização do direito ao olvido; a abrangência de sua proteção; a titularidade para pleitear o esquecimento; a insuficiência da argumentação para sustentar que em determinado caso há interesse público e no outro não; a imprecisão na definição e nos contornos do “novo” direito, considerado independente e autônomo pela Corte; a incoerência com a decisão proferida no âmbito do STF, no caso das “biografias não autorizadas”; e, por fim, a ausência de sopesamento dos direitos em colisão.

Pendente de julgamento em nossa Suprema Corte, o ARE 833.248, sobre o caso “Aída Curi”, em relação ao qual foi realizada audiência pública em 12 de junho de 2017 sobre o “direito ao esquecimento na esfera cível”, tem como conteúdo debatido o audiovisual. No entanto, a decisão a ser prolatada certamente causará impacto na *Web*, ambiente que pede um estudo de maior complexidade devido às peculiares características da replicação de informação, da instantaneidade e de sua perenidade.

O “direito ao esquecimento digital” apresenta como um dos aspectos distintivos das mídias analógicas circunstâncias fáticas concernentes ao conjunto de elementos constitutivos da Internet e seu modo de funcionamento, a chamada arquitetura. Por não atentarem a tais fatores afetos às especificidades da Rede, muitas das pretensões fundadas no direito ao esquecimento na *Web* têm se revelado tecnicamente inexecutáveis.

Na mesma linha adotada na decisão do caso “Costeja González” pelo TJUE, sustentamos que motores de busca como o *Google* realizam tratamento de dados na coleta de informação. Por isso, a viabilidade do pedido de remoção de *links* específicos (URLs) dos resultados de pesquisas em buscadores digitais, a chamada desindexação.

A medida pode ser aplicável, a depender das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto, à tormentosa questão da manutenção de notícias antigas nos arquivos digitais da imprensa, visto que a pretensa eliminação ou alteração das matérias das hemerotecas digitais, mesmo que afrontosas aos direitos fundamentais da personalidade, denota revisionismo histórico, sendo a integridade de tais arquivos protegida pela liberdade de imprensa. Assim, a dificuldade de acesso a tal conteúdo por meio da sua retirada dos resultados de busca caracteriza medida menos restritiva às liberdades comunicativas, uma vez que a informação não será apagada do seu *website* original.

No entanto, conforme demonstrado no transcorrer da pesquisa, mais comuns do que as demandas propostas contra os editores de *sites*, como no caso dos arquivos *online* da imprensa, são aquelas direcionadas aos motores de busca com pedidos de remoção de *links* específicos, as chamadas URLs; ou o pedido de implementação de filtros nos buscadores digitais obstando que pesquisas sejam realizadas por palavras-chave; ou, conforme apontado neste estudo, as inexecutáveis pretensões da remoção de *links* sem qualquer especificação para sítios que apresentem conteúdo ilícito ou ofensivo; e ainda, a remoção global de conteúdo, não se restringindo o pedido à chave de busca nacional.

Na análise de dois casos concretos envolvendo o direito ao esquecimento digital no Brasil, julgados pelo STJ (visto que até o presente momento inexistiu decisão no STF sobre o assunto), foi observada a utilização de uma regra geral para solução das colisões entre as liberdades comunicativas e os direitos fundamentais da personalidade, apesar de as circunstâncias fáticas serem absolutamente distintas. A Corte considerou, de forma questionável, que qualquer remoção de conteúdo da *Web* por meio de motores de busca é afrontosa às liberdades comunicativas, sem realizar uma análise casuística. No entanto, conforme demonstrado, nem sempre a exclusão de determinadas informações de buscadores digitais é violadora das liberdades comunicativas, pois pode haver proporcionalidade na aplicação da medida, em homenagem aos direitos fundamentais da personalidade.

Optamos por aplicar a regra da proporcionalidade às medidas tecnicamente exequíveis no ambiente digital, e concluímos que a implementação de filtros em motores de busca impedindo que pesquisas sejam realizadas por meio de palavras-chave é adequada, porém não necessária, tendo em vista a existência de medida menos onerosa para as liberdades comunicativas, no caso, a remoção de *links* específicos (URLs).

Na análise da sub-regra da proporcionalidade referente à medida de remoção de *links* específicos, foi realizado o sopesamento entre os princípios colidentes que se revelaram *prima facie* incompatíveis, sendo que a informação desatualizada, que embasa o direito ao esquecimento, foi considerada uma das circunstâncias fáticas presentes no âmbito dos recursos interpostos perante o STJ, bem como: o interesse público na divulgação da notícia; a pertinência da exposição do fato ou da informação; sua veracidade; a forma como houve a exposição; a essencialidade do conteúdo para transmissão da notícia; a expectativa de privacidade do retratado; o lugar onde ocorreu o fato; e o papel desempenhado pela pessoa retratada na vida pública.

Mesmo em contraposição ao modelo decisionista, a regra da proporcionalidade não exclui por completo o subjetivismo na interpretação e aplicação do direito, não estando livre de juízos de valor, que, no entanto, podem ser objetivados. Assim, não há um único resultado possível, uma resposta a ser considerada “a correta”, pois o procedimento é aberto. O importante é que a fundamentação seja adequada para que haja controle sobre a argumentação.

Conforme já apontado alhures, do enunciado de preferência acerca de uma relação condicionada de precedência decorre uma regra, e seu grau de concretude relativamente alto possibilita que, por meio dos sopesamentos realizados, surja uma miríade de regras concretas atribuídas às diferentes colisões de direitos jusfundamentais, que servirá tanto como paradigma para solução de casos futuros como objeto da dogmática. E a teoria vem ao encontro dos arts. 489, § 1º, incs. V e VI<sup>934</sup>, e § 2º<sup>935</sup>, e

---

<sup>934</sup> “Art. 489. São elementos essenciais da sentença: [...] § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.”

<sup>935</sup> “§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.”

927<sup>936</sup> do novo Código de Processo Civil, que preveem a formação de precedentes formalmente vinculantes, verdadeira *stare decisis*<sup>937</sup>, garantindo, assim, a racionalização e a coerência das decisões judiciais.

---

<sup>936</sup> “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II – os enunciados de súmula vinculante; III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. § 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, §1º, quando decidirem com fundamento neste artigo. § 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. § 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.”

<sup>937</sup> Poder vinculante dos precedentes judiciais. A expressão provém do adágio *stare decisis et non quieta movere* (“aquilo que foi decidido deve ser respeitado”).

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ABRAMO, Perseu. *Padrões de manipulação da grande imprensa*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2003.

ACUNHA, Fernando José Gonçalves. Democracia e transconstitucionalismo: “direito ao esquecimento”, extraterritorialidade e conflito entre ordens jurídicas. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 12, n. 3, p. 748-775, set./dez. 2016.

ADAMY, Pedro Augustin. *Renúncia a direito fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2015.

\_\_\_\_\_. La formula del peso. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). *El principio de proporcionalidade em el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. p. 15-49.

\_\_\_\_\_. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. Revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira: Claudia Toledo. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ALVES, Martha; HERNANDES, Raphael. PM interrompe peça de teatro em praça e prende ator em Santos. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 31 out. 2016. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/10/1827987-pm-interrompe-peca-de-teatro-em-praca-e-prende-ator-em-santos.shtml>>. Acesso em: 30 mar. 2017.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional da própria imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

ARTICLE XIX. *Declaração final da missão ao Brasil sobre a situação da liberdade de expressão*. São Paulo; Londres, ago. 2007. Disponível em: <<https://www.article19.org/data/files/pdfs/publications/brazil-mission-statement-port.pdf>>. Acesso em: 18 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. “Direito ao esquecimento” no Brasil: subsídios ao debate legislativo. Disponível em: <<http://artigo19.org/wp-content/blogs.dir/24/files/2017/06/Direito-ao-Esquecimento-no-Brasil-%E2%80%93-sub%ADdios-ao-debate-legislativo.pdf>>. Acesso em: 4 jul. 2017.

ASSANGE, Julian. *Quando o Google encontrou o Wikileaks*. Tradução: Cristina Yamagami. São Paulo: Boitempo, 2015.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE JORNALISMO INVESTIGATIVO. *Ctrl+X*. Disponível em: <<http://www.ctrlx.org.br/#/noticias>>. Acesso em: 21 jun. 2017.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARBOSA, Gustavo; RABAÇA, Carlos Alberto. *Dicionário de Comunicação*. São Paulo: FTD, 2004.

BARBOSA, Kleyson. Mistérios da Deep Web, parte 1: O que é a Deep Web. *Mundo Estranho*, São Paulo, 13 nov. 2015. Disponível em: <<http://mundoestranho.abril.com.br/tecnologia/misterios-da-deep-web-parte-1-o-que-e-a-deep-web/>>. Acesso em: 29 jun. 2017.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996.

\_\_\_\_\_. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

\_\_\_\_\_. Liberdade de expressão *versus* direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *Direitos Fundamentais, informática e comunicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 63-100.

\_\_\_\_\_. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade: critérios de ponderação: interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 235, p. 1-36, jan./mar. 2004.

BAUMAN, Zygmunt. *Danos Colaterais: Desigualdades sociais numa era global*. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

BENTO, Leonardo Valles. Parâmetros internacionais do direito à liberdade de expressão. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 53, n. 210, p. 93-115, abr./jun. 2016.

BERTONI, Eduardo. *El Derecho al Olvido: un insulto a la historia latino-americana*. Disponível em: <[www.ebertoni.blogspot.com.br/2014/09/el-derecho-al-olvio-un-insulto-la.html](http://www.ebertoni.blogspot.com.br/2014/09/el-derecho-al-olvio-un-insulto-la.html)>. Acesso em: 7 abr. 2017.

BINENBOJM, Gustavo. Direito ao esquecimento: a censura no retrovisor. *Jota*, 16 out. 2014. Disponível em: <<http://jota.info/artigos/direito-ao-esquecimento-censura-retrovisor-16102014>>. Acesso em: 25 jan. 2017.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BORGES, Jorge Luís. *Ficções*. Tradução: David Arrigucci Jr. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos da personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BROCK, George. *The Right to be forgotten: Privacy and the media in the Digital Age*. London/New York: I.B. Tauris, 2016.

BUCAR, Daniel. Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento. *Revista Eletrônica de Direito Civil*, Rio de Janeiro, ano 2, n. 3, 2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Bucar-civilistica.com-a.2.n.3.2013.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2017.

BUCCI, Eugenio. *Sobre ética e imprensa*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

BURGOS, Pedro. A mulher que nunca esquece. *Superinteressante*, São Paulo, 31 jul. 2008. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/comportamento/a-mulher-que-nao-consegue-esquecer/>>. Acesso em: 4 set. 2017.

CADWALLADR, Carole. Google, democracy and the truth about internet search. *The Guardian*, London, 4 dec. 2016. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/technology/2016/dec/04/google-democracy-truth-internet-search-facebook>>. Acesso em: 26 fev. 2017.

CALDAS, Edson. Google concorda em dar o direito de seus usuários serem “esquecidos”. *Galileu*, Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://revistagalileu.globo.com/Tecnologia/noticia/2014/05/google-concorda-em-dar-o-direito-de-seus-usuarios-serem-esquecidos.html>>. Acesso em: 24 jan. 2017.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

CARELLO, Clarissa; CACHAPUZ, Maria Claudia. A doutrina do *right to be forgotten* pela perspectiva das relações entre particulares. *Revista Ajuris*, Porto Alegre, v. 43, n. 140, p. 55-73, jun. 2016.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito de informação e liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

\_\_\_\_\_. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Tradução: Roneide Venacio Majer com a colaboração de Klauss Brandini Gerhardt. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2006. v. 1.

CENDÓN, Beatriz Valadares. Ferramentas de busca na Web. *Ci. Inf.*, Brasília, v. 30, n. 1, p. 39-49, jan./abr. 2001. Disponível em: <[http://www.esmal.tjal.jus.br/arquivosCursos/2011\\_05\\_16\\_22\\_51\\_53\\_Apostila%20%20de%20Inform%Etica%20-%20Ferramentas\\_de\\_Busca.pdf](http://www.esmal.tjal.jus.br/arquivosCursos/2011_05_16_22_51_53_Apostila%20%20de%20Inform%Etica%20-%20Ferramentas_de_Busca.pdf)>. Acesso em: 15 set. 2017.

CHADE, Jamil. Brasil é denunciado à ONU após TST vetar “lista suja” do trabalho escravo. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 20 mar. 2017. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,brasil-e-denunciado-a-onu-apos-tst-vetar-lista-suja-do-trabalho-escravo,70001707090>>. Acesso em: 22 mar. 2017.

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

CIFUENTES, Santos. *La responsabilidad frente al derecho personalísimo de los datos personales*. Disponível em: <<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/72-73-74/la-responsabilidad-frente-al-derecho-personalissimo-de-los-datos-personales.pdf>>. Acesso em: 14 mar. 2017.

COLUCCI, Cláudia. Dados de Marisa no WhatsApp mostram que ódio venceu ética médica. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 2 fev. 2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/colunas/claudiacollucci/2017/02/1855365-dados-de-marisa-no-whatsapp-mostram-que-odio-venceu-etica-medica.shtml>>. Acesso em: 23 fev. 2017.

CONSALTER, Zilda Mara. *Direito ao esquecimento*. Proteção da intimidade e ambiente virtual. Curitiba: Juruá, 2017.

COSTA, André Brandão Nery. Direito ao esquecimento na Internet: a *scarlet letter* digital. In: SCHEIBER, Anderson (Coord.). *Direito e Mídia*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 184-206.

\_\_\_\_\_. Direito ao esquecimento no ambiente digital: estratégia para otimização dos interesses em jogo. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 67, p. 79-102, jul./set. 2016.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

CRUZ, Juan. Umberto Eco: “A Internet pode tomar o lugar do mau jornalismo”. *El País Brasil*, 30 mar. 2015. Disponível em:

<[https://brasil.elpais.com/brasil/2015/03/26/cultura/1427393303\\_512601.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2015/03/26/cultura/1427393303_512601.html)>. Acesso em: 7 jul. 2017.

CUNHA, Sérgio Sérulo da. *Princípios constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CURI, Mauricio. *Aída Curi: O preço foi a própria vida!*. São Paulo: Ave Maria, 1978.

\_\_\_\_\_. *Aída Curi: A jovem heroína de Copacabana*. São Paulo: Paulinas, 1960.

CURY NETO, David. *Tutela civil do direito ao esquecimento*. Dissertação de Mestrado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015. 205 f.

CYMBALUK, Fernando. Trump anula ações contra o aquecimento global. *UOL*, São Paulo, 28 mar. 2017. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/confere/ultimas-noticias/2017/03/28/uol-confere-trump-contradiz-estudos-ao-defender-economia-antes-do-clima.htm>>. Acesso em: 15 jul. 2017.

DANTAS, Fabiana Santos. *Direito Fundamental à memória*. Curitiba: Juruá, 2010.

DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Quórum, 2008.

D'ELBOUX, Sonia Maria. O fantasma da censura volta a assombrar a imprensa brasileira. *Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia – OAB/SP*, São Paulo, ano IV, n. 9, p. 131, Verão 2012. Disponível em: <<http://esaoabsp.edu.br/revista/edicao09/index.swf>>. Acesso em: 11 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade: Tensões e limites*. Tese de Doutorado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005. 240 f.

DEUTSCHE WELLE. 1933: Grande queima de livros pelos nazistas. Disponível em: <<http://www.dw.com/pt-br/1933-grande-queima-de-livros-pelos-nazistas/a-834005>>. Acesso em: 6 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. *Tribunal alemão condena função “autocomple” do Google*. Alemanha, 14 maio 2013. Disponível em: <<http://www.dw.com/pt-br/tribunal-alem%C3%A3o-condena-fun%C3%A7%C3%A3o-autocomplete-do-google/a-16812032>>. Acesso em: 25 jan. 2017.

DIAS, Roberto; PASSOS, Ana Beatriz Guimarães. Entre lembrança e olvido: uma análise das decisões do STJ sobre o direito ao esquecimento. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 16, n. 109, p. 397-420, jun./set. 2014.

DICK, Philip K. O relatório minoritário. In: *Realidades Adaptadas*. São Paulo: Aleph, 2012.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1.

DONEDA, Danilo. A proteção de dados pessoais como um direito fundamental. *Espaço Jurídico*, Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 91-108, jul./dez. 2011.

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DOTTI, René Ariel. *Casos Criminais Célebres*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_. *Proteção da vida privada e liberdade de informação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

\_\_\_\_\_. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. *O império do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

\_\_\_\_\_. Why must speech be free?. In: *Freedom's Law: the moral reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996. p. 195-213.

FERRAZ, Lucas. Os militares nunca foram intrusos na história brasileira. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 28 mar. 2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2014/03/1432148-os-militares-nunca-foram-intrusos-na-historia-brasileira-diz-general.shtml>>. Acesso em: 7 jun. 2017.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão dominação*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2013.

FISS, Owen. *A ironia da liberdade de expressão*. Estado, regulação e diversidade na esfera pública. Tradução e prefácio: Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FOLHA DE S. PAULO. *Justiça censura reportagem da Folha sobre extorsão a Marcela Temer*. São Paulo, 13 fev. 2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/02/1858249-justica-censura-reportagem-da-folha-sobre-extorsao-a-marcela-temer.shtml>>. Acesso em: 24 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. *Google vai parar de ler e-mails para propaganda*. São Paulo, 24 jun. 2017. Caderno Mercado, p. A24.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de direito civil*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

FREIRE, Paulo. *Educação como prática da liberdade*. 15. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1984.

FREITAS, Ciro Torres. *Liberdade de Informação Jornalística e censura na Internet*. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014. 229 f.

FUNAI. Portaria n. 177/ PRES, de 16 de fevereiro de 2006. Disponível em: <[http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/cogedi/pdf/LEGISLACAO\\_INDIGENISTA/Cultura/portariadireitoautoral.PDF](http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/cogedi/pdf/LEGISLACAO_INDIGENISTA/Cultura/portariadireitoautoral.PDF)>. Acesso em: 7 mar. 2017.

FUNDER, Anna. *Stasilândia: como funcionava a polícia secreta alemã*. Tradução: Sérgio Tellaroli. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

GARATTONI, Bruno. Página revela os dados que o Google tem sobre você; confira. *Superinteressante*, São Paulo, 27 jun. 2016. Disponível em: <<http://super.abril.com.br/blog/rebit/pagina-revela-os-dados-que-o-google-tem-sobre-voce-confira/>>. Acesso em: 25 jan. 2017.

GASPARI, Elio. *A ditadura escancarada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

\_\_\_\_\_. *A ditadura envergonhada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Rui Barbosa e a polêmica queima dos arquivos da escravidão. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 13 set. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-13/embargos-culturais-rui-barbosa-polemica-queima-arquivos-escravidao>>. Acesso em: 17 abr. 2017.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *A Liberdade de Imprensa e os Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; CHUEIRI, Miriam Fecchio. *Direito de Imprensa e Liberdade de expressão: soluções teóricas e práticas após a revogação da Lei nº 5.250, de 09.02.1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GONÇALVES, Luciana Helena *O Direito ao esquecimento na era digital: desafios da regulação da desvinculação de URLs prejudiciais a pessoas naturais nos índices de pesquisa dos buscadores horizontais*. Dissertação de Mestrado. Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2016. 144 f.

GOULART, Thelma Suely de Farias. *Parecer da Advocacia-Geral da União referente a Adin 4.815*. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/manifestacao-agu.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2017.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

GRILLO, Cristina. Livro escrito por Pádua está proibido. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 24 ago. 1996. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/1996/8/24/cotidiano/4.html>. Acesso em: 6 fev. 2017.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Princípio da proporcionalidade e teoria do direito*. In: GRAU, Eros Roberto; \_\_\_\_\_. *Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo, Malheiros, 2003.

GURGEL, Roberto. *Parecer da Procuradoria-Geral da República na ADPF nº 130*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2644116>>. Acesso em: 15 set. 2017.

HALBWACHS, Maurice. *A memória coletiva*. Tradução: Beatriz Sidou. 2. ed. São Paulo: Centauro, 2013.

HART, H.L.A. *O conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HEYLLIARD, Charlotte. *Le droit à l'oubli sur Internet*. Disponível em: <<https://www.lepetitjuriste.fr/wp-content/uploads/2013/01/MEMOIRE-Charlotte-Heylliard2.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

IBOPE. *TV aberta segue como o meio de maior penetração na América Latina*. 22 ago. 2013. Disponível em: <<http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/paginas/tv-aberta-segue-como-o-meio-de-maior-penetracao-na-america-latina.aspx>>. Acesso em: 28 mar. 2017.

INTRONA, Lucas D.; NISSEMBAUM, Helen. Shaping the web: Why the politics of search engines matters. *The Information Society*, 16, p.169-185, 2000. Disponível em: <<https://www.nyu.edu/projects/nissenbaum/papers/ShapingTheWeb.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

ISTAMATI, Gisela Barroso. *Liberdade de expressão: humor e política*. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. 108 p.

JÄÄSKINEN, Niilo. *Processo C-131/12 – Conclusões do Advogado-Geral N. Jääskinen*. Parecer de 25 de junho de 2013. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:62012CC0131>>. Acesso em: 24 jan. 2017.

JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

JANOT, Rodrigo. *Parecer da Procuradoria-Geral da República Exarado no ARE 833.248*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4623869>>. Acesso em: 17 abr. 2017.

KEHL, Maria Rita. Tortura e Sintoma Social. In: TELLES, Edson; SAFATLE, Vladimir. *O que resta da ditadura*. São Paulo: Boitempo, 2010. p. 123-132.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KENNEDY, Duncan. *Izquierda y derecho: ensaios de teoría jurídica crítica*. Buenos Aires: Siglo Veinteuno, 2013.

KHAMIS, Renato Braz Mehanna. *Da proporcionalidade à razoabilidade: entre a técnica e o princípio*. Tese de Doutorado em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013. 169 f.

KISS, Jemima. Dear Google: open letter from 80 academics on “right to be forgotten”. *The Guardian*, London, 14 May 2015. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/technology/2015/may/14/dear-google-open-letter-from-80-academics-on-right-to-be-forgotten>>. Acesso em: 26 jan. 2017.

KUCINSKI, Bernardo. A primeira vítima: a auto-censura durante o regime militar. In: CARNEIRO, Maria Luiza Tucci (Org.). *Minorias silenciadas: História da censura no Brasil*. São Paulo: Universidade de São Paulo; Imprensa Oficial; Fapesp, 2002.

LACERDA, Dennis Otte. *Direitos da personalidade na contemporaneidade: a repactuação semântica*. Porto Alegre: Fabris, 2010.

LE GOFF, Jacques. *História e Memória*. Tradução: Bernardo Leitão, Irene Ferreira e Suzana Ferreira Borges. 7. ed. rev. Campinas: Unicamp, 2013.

LEMOS, Ronaldo. *Direito, tecnologia e cultura*. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

LEONARDI, Marcel. *Tutela e Privacidade na Internet*. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. Controle de conteúdos na Internet: filtros, censura, bloqueio e tutela. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 67, ago. 2009. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6317](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6317)>. Acesso em: 13 jul. 2017.

LESSIG, Lawrence. *Code and other laws of cyberspace*. New York: Basic Books, 1999.

LEWIS, Anthony. *Liberdade para as ideias que odiamos: uma biografia da Primeira Emenda à Constituição americana*. Tradução: Rosana Nucci. São Paulo: Aracati, 2011.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. Direito ao esquecimento e internet: o fundamento legal no direito comunitário europeu, no direito italiano e no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 103, n. 946, p. 77-109, 2014.

LIMA, Erik Noleta Kirk Palma. Direito ao esquecimento: discussão europeia e sua repercussão no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 199, p. 271-283, jul./set. 2013.

LIMA, Sandro. Justiça censura edição do “Correio Braziliense” a pedido de Roriz. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 24 out. 2002. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u41097.shtml>>. Acesso em: 14 mar. 2017.

LIMA, Venício A. de. A censura disfarçada. In: \_\_\_\_\_; GUIMARÃES, Juarez (Org.). *Liberdade de expressão: as várias faces de um desafio*. São Paulo: Paulus, 2013. p. 87-109.

\_\_\_\_\_. Existe concentração na mídia brasileira? Sim. *Observatório da Imprensa*, São Paulo, 1º jul. 2003. Disponível em:

<<http://www.observatoriodaimprensa.com.br/artigos/plq010720031.htm>>. Acesso em: 17 abr. 2017.

LIMA, Venício A. de. Sete teses sobre a relação Mídia e Política. *Revista USP*, São Paulo, n. 61, p. 48-57, mar./maio 2004. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/revusp/article/viewFile/13317/15135>>. Acesso em: 2 fev. 2017.

LOPES, Marcelo Frullani. Juízes devem reconhecer que Google influencia resultado de pesquisas. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 22 maio 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-mai-22/juizes-reconhecer-google-influencia-resultado-pesquisas>>. Acesso em: 29 jun. 2017.

MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MACHADO DE ASSIS. *Quincas Borba*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1975.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros. *Direito Constitucional: curso de direitos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Método, 2008.

MAIA, Lucas de Abreu. Em dois anos, 17 casos de censura judicial no país. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 30 jul. 2011. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,em-dois-anos-17-casos-de-censura-judicial-no-pais,751825>>. Acesso em: 18 abr. 2017.

MARTINS, Alexandre. Tribunal Europeu reconhece “direito ao esquecimento” na Internet. *Público*, 13 maio 2014. Disponível em: <<https://www.publico.pt/2014/05/13/mundo/noticia/tribunal-europeu-defende-direito-a-ser-esquecido-na-internet-1635712>>. Acesso em: 23 jan. 2017.

MARTINS, Antonio. Censura política no Facebook?. *CartaCapital*, São Paulo, 18 set. 2015. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/blogs/outras-palavras/censura-politica-no-facebook-554.html>>. Acesso em: 24 ago. 2017.

MARTINS NETO, João dos Passos. *Fundamentos da Liberdade de Expressão*. Florianópolis: Insular, 2008.

MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. *Delete: the virtue of forgetting in the digital age*. New Jersey: Princeton University Press, 2009.

MAZZINI, Leandro. Major Curió confessa à Justiça que matou prisioneiros no Araguaia. *Coluna Esplanada*, 15 out. 2015. Disponível em: <<http://colunaesplanada.blogosfera.uol.com.br/2015/10/15/major-curio-confessa-a-justica-que-matou-prisioneiros-no-araguaia/>>. Acesso em: 31 maio 2017.

MELO, Mariana Cunha e. O significado do Direito ao Esquecimento. *Jota*, 22 nov. 2016. Disponível em: <<http://jota.info/artigos/o-significado-direito-ao-esquecimento-22112016>>. Acesso em: 25 jan. 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem. *Revista de Informação Legislativa*, v. 31, n. 122, p. 297-301, abr./jun. 1994.

\_\_\_\_\_; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENEGUETTI, Pamela Gabrielle. *Os mecanismos de busca na Web e as colisões entre o direito à informação e os direitos da personalidade*. Dissertação de Mestrado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014. 201 f.

MIERES MIERES, Luis Javier. *El derecho al olvido digital*. Disponível em: <[http://www.fundacionalalternativas.org/public/storage/laboratorio\\_documentos\\_archivos/e0d97e985163d78a27d6d7c23366767a.pdf](http://www.fundacionalalternativas.org/public/storage/laboratorio_documentos_archivos/e0d97e985163d78a27d6d7c23366767a.pdf)>. Acesso em: 31 jul. 2017.

MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Tradução: Denise Bottmann. Porto Alegre: L&PM, 2016.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2000 (Tomo IV – Direitos Fundamentais).

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014 (Tomo IV – Direitos Fundamentais).

MORAES, Maria Celina Bodin de. *O princípio da dignidade da pessoa humana*. Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MOREIRA, Rodrigo Pereira; ALVES, Rubens Valtecidos. Direito ao esquecimento e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa transexual. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 64, p. 81-102, out./dez. 2015.

MORENO, João Brunelli. Assassinos processam Wikipedia na tentativa de serem esquecidos e viram notícia. *Tecnoblog*, 2009. Disponível em: <<https://tecnoblog.net/9626/na-tentativa-de-serem-esquecidos-assassinos-processam-wikipedia-e-viram-noticia/>>. Acesso em: 31 maio 2017.

NAVARRO, Ana Maria Neves de Paiva. *O direito fundamental à autodeterminação informativa*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=86a2f353e1e6692c>>. Acesso em: 14 jun. 2017.

NEIVA, Eduardo. *Dicionário Houaiss de Comunicação e multimídia*. São Paulo: Publifolha/Houaiss, 2013.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

\_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Direito e jornalismo*. São Paulo: Verbatim, 2011.

O ESTADO DE S. PAULO. *Após críticas, YouTube anuncia plano para acabar com a censura a conteúdo LGBT*. São Paulo, 21 mar. 2017. Disponível em: <<http://cultura.estadao.com.br/blogs/radar-cultural/apos-criticas-youtube-anuncia-plano-para-acabar-com-censura-a-conteudo-lgbt/>>. Acesso em: 24 ago. 2017.

O GLOBO. *Justiça do DF censura reportagens do Globo e “Folha” sobre extorsão de hacker a Marcela Temer*. Rio de Janeiro, 13 fev. 2017. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/justica-do-df-censura-reportagens-do-globo-folha-sobre-extorsao-de-hacker-marcela-temer-20917339>>. Acesso em: 24 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. *Prisão de Pinochet foi caso mais famoso de aplicação da jurisdição universal*. Rio de Janeiro, 12 fev. 2014. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/mundo/prisao-de-pinochet-foi-caso-mais-famoso-de-aplicacao-da-jurisdicao-universal-11576896>>. Acesso em: 13 fev. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Promoção, proteção e desfrute dos direitos humanos na Internet*. Disponível em: <[http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/HRC/32/L.20](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/HRC/32/L.20)>. Acesso em: 10 abr. 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Marco Jurídico Interamericano sobre o direito à liberdade de expressão*. Aprovado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 30 de dezembro de 2009. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/marco%20juridico%20interamericano%20del%20derecho%20a%20la%20libertad%20de%20expresion%20esp%20final%20portada.doc.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. *Liberdade de expressão e Internet*. Aprovado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 31 de dezembro de 2013. Disponível em: <[http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/docs/publicaciones/2014%2008%2004%20Liberdade%20de%20Express%C3%A3o%20e%20Internet%20Rev%20%20HR\\_Rev%20LAR.pdf](http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/docs/publicaciones/2014%2008%2004%20Liberdade%20de%20Express%C3%A3o%20e%20Internet%20Rev%20%20HR_Rev%20LAR.pdf)>. Acesso em: 10 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. *Leis de desacato e difamação criminal*. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/showarticle.asp?artID=533&IID=4>>. Acesso em: 8 mar. 2017.

ORTEGA GUTIERREZ, David. *Manual del derecho de la información*. Madrid: Centro de Estudios Ramon Areces, 2003.

ORWELL, George. 1984. Tradução: Alexandre Hubner e Heloisa Jahn. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

OST, François. *O tempo do Direito*. Tradução: Elcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005.

PASQUALE, Frank. Asterisk revisited: debating a right of reply on search results. *J. Bus. & Tech. L.*, v. 3, 2008. Disponível em: <<http://digitalcommons.law.umaryland.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1091&context=jbtl>>. Acesso em: 19 jul. 2017.

PEGUERA, Miquel. No more right to be forgotten for Mr. Costeja, says Spanish Data Protection Authority. *The Center for Internet and Society*, Stanford Law School, 3 Oct. 2015. Disponível em: <<http://cyberlaw.stanford.edu/blog/2015/10/no-more-right-be-forgotten-mr-costeja-says-spanish-data-protection-authority>>. Acesso em: 29 jun. 2017.

PESTON, Robert. Why has Google cast me into oblivion?. *BBC NEWS*, London, 2 July 2014. Disponível em: <<http://www.bbc.com/news/business-28130581>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

PINHEIRO, Denise. *A liberdade de expressão e o passado: desconstrução da ideia de um direito ao esquecimento*. Tese de Doutorado, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016. 287 f.

PINHEIRO, Patricia Peck. *Direito Digital*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

PINTO, Julia Kertezs Renault. *O Direito à memória e à verdade e os direitos humanos: o caso “Guerrilha do Araguaia”*. Ensaio, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra/Portugal, 2011. Disponível em: <[http://www.fd.uc.pt/hrc/pdf/papers/JuliaKertesz\\_Ensaio\\_VF\\_PG2011.pdf](http://www.fd.uc.pt/hrc/pdf/papers/JuliaKertesz_Ensaio_VF_PG2011.pdf)>. Acesso em: 15 set. 2017.

PIOVESAN, Flavia. Direito Internacional dos Direitos Humanos e lei de anistia: o caso brasileiro. In: SOARES, Inês Virgínia Prado; KISHI, Sandra Akemi Shimada (Coord.). *Memória e verdade: a justiça de transição no Estado Democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 197-211.

PORCIÚNCULA, André Ribeiro. *Biografias não autorizadas: colisão entre liberdade de expressão e proteção à privacidade à luz do direito ao esquecimento: controvérsias pós-decisão do Supremo Tribunal Federal*. Dissertação de Mestrado, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016. 329 f.

POWLES, Julia. Why the BBC is wrong to republish “right to be forgotten” links. *The Guardian*, London, 1 July 2015. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/technology/2015/jul/01/bbc-wrong-right-to-be-forgotten>>. Acesso em: 26 jan. 2017.

PRADO, Maeli. Supremo Argentino anula leis de anistia. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 15 jun. 2005. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/ft1506200501.htm>. Acesso em: 9 fev. 2017.

PÜSCHELL, Flavia Portella; GONÇALVES, Luciana Helena. Direito ao esquecimento: dois contextos, dois debates. *Jota*, 26 ago. 2016. Disponível em: <https://jota.info/artigos/direito-ao-esquecimento-dois-contextos-dois-debates-26082016>. Acesso em: 13 jul. 2017.

RABAÇA, Carlos Alberto; BARBOSA, Gustavo Guimarães. *Dicionário de comunicação*. Colaboração de Muniz Sodré. São Paulo: Ática, 1987.

RAMONET, Ignácio. Controle social, do Grande Irmão ao *Big Data*. *Outras Palavras*, São Paulo, 7 out. 2015. Disponível em: <http://outraspalavras.net/posts/controle-social-do-grande-irmao-ao-big-data/>. Acesso em: 4 jul. 2017.

REIMÃO, Sandra. *Repressão e Resistência: Censura a Livros na Ditadura Militar*. São Paulo: Edusp, 2011. Disponível em: <http://livroseoutrasmidias.org/papers/repressao-e-resistencia-censura-a-livros-na-ditadura-militar.pdf>. Acesso em: 5 abr. 2017.

RIEFF, David. *In Praise of forgetting: historical memory and its ironies*. New Haven: Yale University Press, 2016.

ROCHA, Leonardo. Direito ao esquecimento já fez a Google analisar mais de 1 milhão de links. *Tecmundo*, 26 nov. 2015. Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/google-search/90914-direito-esquecimento-google-analisar-1-milhao-links.htm>. Acesso em: 24 jan. 2017.

RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. *A identidade em tempos de Google*. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/noticias/noticias-arquivadas/28397-a-identidadeem-tempos-de-google>. Acesso em: 30 mar. 2017.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Não há tendências na proteção do direito ao esquecimento. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 25 dez. 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-dez-25/direito-comparado-nao-tendencias-protacao-direito-esquecimento>. Acesso em: 1º fev. 2017.

ROMANOFF and Juliet. Direção: Peter Ustinov. EUA: Pavla, 1961. Película (103 min).

ROSEN, Jeffrey. The Web means the end of forgetting. *The New York Times*, 21 July 2010. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2010/07/25/magazine/25privacy-t2.html?pagewanted=all>. Acesso em: 12 jul. 2017.

ROSSI, Marina. O vídeo em que Emílio Odebrecht diz que esquema tem 30 anos e culpa a Imprensa e os Poderes. *El País Brasil*, 17 abr. 2017. Disponível em: [http://brasil.elpais.com/brasil/2017/04/14/politica/1492192630\\_931956.html](http://brasil.elpais.com/brasil/2017/04/14/politica/1492192630_931956.html). Acesso em: 18 abr. 2017.

RULLI JUNIOR, Antonio; RULLI NETO, Antonio. Direito ao Esquecimento e o superinformacionismo: apontamentos no direito brasileiro dentro do contexto de

sociedade da informação. *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*, Lisboa, ano 1, n. 1, p. 419-434, 2012.

SAKATE, Marcelo. Os monstros digitais. *Veja*, edição 2529, ano 50, n. 19, p. 72-75, 10 maio 2017.

SANDEL, Michael J. *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SANTOS, Fernanda Freire dos. O pós-escrito de H.L.A Hart em “O conceito de Direito”: breves comentários às respostas a Ronald Dworkin. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, p. 841-851, set. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

\_\_\_\_\_. Liberdade de expressão e biografias não autorizadas: notas sobre a ADI 4815. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 19 jun. 2015. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2015-jun-19/direitos-fundamentais-liberdade-expressao-biografias-nao-autorizadas#\\_ftn5](http://www.conjur.com.br/2015-jun-19/direitos-fundamentais-liberdade-expressao-biografias-nao-autorizadas#_ftn5)>. Acesso em: 9 abr. 2017.

SARMENTO, Daniel. *Liberdades comunicativas e “Direito ao Esquecimento” na ordem constitucional brasileira* (Parecer). Disponível em: <<http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/21-liberdades-comunicativas-e-direito-ao-esquecimento-na-ordem-constitucional-brasileira/liberdades-comunicativas-e-direito-ao-esquecimento-na-ordem-constitucional-brasileira.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2017.

\_\_\_\_\_. *Livres e iguais*. Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCHAWARTZ, John. Two German Killers Demanding Anonymity Sue Wikipedia’s Parent. *The New York Times*, 12 Nov. 2009. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2009/11/13/us/13wiki.html>>. Acesso em: 31 maio 2017.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

SILVA, Aluízio Ferreira da. *Direito à informação, Direito à comunicação: direitos fundamentais na Constituição brasileira*. Tese de Doutorado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 1997. 242 f.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. ed. São Paulo, Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. *Comentário contextual à Constituição*. 8. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Sistema protetivo dos direitos da personalidade. In: \_\_\_\_\_; SANTOS, Manoel J. Pereira dos (Coord.). *Responsabilidade Civil na Internet e nos demais meios de comunicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 27-75.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2014.

\_\_\_\_\_. *A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, v. 798, p. 23-50, abr. 2002.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti; BENEVIDES, Nauani Schades. O papel do Google na eficácia do direito ao esquecimento – análise comparativa entre Brasil e Europa. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 70, p. 99-122, out. 2016.

SÓFOCLES. *Antígona*. Tradução: Maria Helena da Rocha Pereira. Coimbra: Fundação Calouste Gulbenkian, 1992.

SOLOVE, Daniel. J. *The future of reputation: gossip, rumor and privacy on the Internet*. New Haven: Yale University Press, 2007.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Os dez dilemas sobre o chamado direito ao esquecimento. *ITS Rio*, Rio de Janeiro, 12 jun. 2017. Disponível em: <<https://feed.itsrio.org/dez-dilemas-sobre-o-chamado-direito-ao-esquecimento-b0ba9ff83357>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

SOUZA, Felipe Oliveira de. O raciocínio jurídico entre princípios e regras. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 192, p. 95-109, out./dez. 2011.

SOUZA, Marcos Sampaio de. *O conteúdo essencial dos direitos sociais no constitucionalismo brasileiro*. Dissertação de Mestrado, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011. 268 f.

STEINMETZ, Wilson Antonio. *Colisão de Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lênio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

STROPPIA, Tatiana. *As dimensões constitucionais do direito de informação e o exercício da liberdade de informação jornalística*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

TAMÓ, Aurelia; GEORGE, Damian. Oblivion, erasure and forgetting in the digital age. *JIPITEC*, p. 71-87, 2014. Disponível em: <<https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-5-2-2014/3997/oblivion%20%20erasure%20and%20forgetting%20in%20the%20digital%20age.pdf>>. Acesso em: 18 jul. 2017.

TEFFÉ, Chiara Antonia Spadaccini de. Responsabilidade civil e liberdade de expressão no marco civil da Internet: a responsabilidade civil dos provedores por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiro. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 63, p. 59-83, jun./set. 2015.

\_\_\_\_\_; BARLETTA, Fabiana Rodrigues. O direito ao esquecimento: uma expressão possível do direito à privacidade. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 105, p. 33-64, maio/jun. 2016.

TELLES, Edson; SAFATLE, Vladimir. *O que resta da ditadura*. São Paulo: Boitempo, 2010.

TELLES, Janaína de Almeida. Os familiares de mortos e desaparecidos políticos e a luta por “verdade e justiça” no Brasil. In: TELLES, Edson; SAFATLE, Vladimir. *O que resta da ditadura*. São Paulo: Boitempo, 2010. p. 253-298.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TORRES, Sergio. Justiça absolve 3 acusados de chacina. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 11 dez. 1996. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/1996/12/11/cotidiano/34.html>>. Acesso em: 2 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Acusado da Candelária quer indenização. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 10 dez. 1996. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/1996/12/10/cotidiano/16.html>>. Acesso em: 6 fev. 2017.

UOL. Moro recua e decide tirar nome de fonte de blogueiro que vazou notícia sobre Lula. 23 mar. 2017. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2017/03/23/moro-recua-e-decide-tirar-nome-de-fonte-de-blogueiro-que-vazou-noticia-sobre-lula.htm#comentarios>>. Acesso em: 30 mar. 2017.

VALOR ECONÔMICO. *Justiça derruba censura contra “O Globo” por texto sobre Marcela Temer*. Rio de Janeiro, 17 fev. 2017. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/politica/4873922/justica-derruba-censura-contr-a-%3Foglobo%3F-por-texto-sobre-marcela-temer>>. Acesso em: 14 mar. 2017.

VEJA. *EUA checarão e-mails e redes sociais de solicitantes de vistos*. São Paulo, 1º jun. 2017. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/mundo/eua-checarao-e-mails-e-redes-sociais-de-solicitantes-de-visto/>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. *Governo do Chile quer revogar a lei de anistia do país*. São Paulo, 12 set. 2014. Disponível em: ><http://veja.abril.com.br/mundo/governo-do-chile-quer-revogar-a-lei-de-anistia-do-pais/>>. Acesso em: 13 fev. 2017.

VIANA, Silvia. *Rituais de sofrimento*. São Paulo: Boitempo, 2013.

VOORHOOF, Dirk. Ban on RTL-TVI programme containing images of prisoner. *IRIS Merlin*, 2001. Disponível em: <<http://merlin.obs.coe.int/iris/2001/10/article8.en.html>>. Acesso em: 1º fev. 2017.

WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. The right to privacy. In: *Harvard Law Review*, v. IV, n. 5, Dec. 1890. Disponível em: <<http://faculty.uml.edu/sgallagher/Brandeisprivacy.htm>>. Acesso em: 1º ago. 2017.

WEBER, Rolf H. The right to be forgotten: more than a Pandora's box?. *JIPITEC*, p. 120-121, 2011. Disponível em: <<https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-2-2-2011/3084>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

WIKIPEDIA. Verbete *Bomba do Google*. Disponível em: <[https://pt.wikipedia.org/wiki/Bomba\\_do\\_Google](https://pt.wikipedia.org/wiki/Bomba_do_Google)>. Acesso em: 24 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Verbete *Deep Web*. Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Deep\\_web](https://pt.wikipedia.org/wiki/Deep_web)>. Acesso em: 29 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Verbete *Efeito Streisand*. Disponível em: <[https://pt.wikipedia.org/wiki/Efeito\\_Streisand](https://pt.wikipedia.org/wiki/Efeito_Streisand)>. Acesso em: 30 maio 2017.

\_\_\_\_\_. Verbete *Linha Direta*. Disponível em: <[https://pt.wikipedia.org/wiki/Linha\\_Direta](https://pt.wikipedia.org/wiki/Linha_Direta)>. Acesso em: 2 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Verbete *Page Rank*. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/PageRank>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Saraiva, 2011.

### Sites consultados

ACADEMIA BRASILEIRA DE DIREITO REGISTRAL IMOBILIÁRIO. *Observatório do Registro*. Disponível em: <<https://cartorios.org/2010/01/25/penhor-de-escravos-e-queima-de-livros-de-registro/>>. Acesso em: 17 abr. 2017.

BRASIL. Presidência da República. Ato Institucional n. 5, de 13 de dezembro de 1968. Brasília, *DOU* de 13.12.1968. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/AIT/ait-05-68.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm)>. Acesso em: 18 mar. 2017.

CANALTECH. Disponível em: <<https://canaltech.com.br/internet/eua-cedem-seu-controle-sobre-a-internet-a-entidade-global-sem-fins-lucrativos-81389/>>. Acesso em: 13 jul. 2017.

CARTA MAIOR. Disponível em: <<http://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Midia/Janelas-Fechadas-para-Regulacao-da-Midia/12/37227>>. Acesso em: 22 mar. 2017.

GOOGLE. Disponível em: <<https://support.google.com/webmasters/answer/70897?hl=pt-BR>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. Disponível em: <<https://history.google.com/history/>>. Acesso em: 16 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. Disponível em: <[https://support.google.com/legal/contact/lr\\_eudpa?product=websearch&hl=pt](https://support.google.com/legal/contact/lr_eudpa?product=websearch&hl=pt)>. Acesso em: 24 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Disponível em: <<https://www.google.com/transparencyreport/removals/europeprivacy/>>. Acesso em: 24 jan. 2017.

HUFFINGTON POST. Disponível em: <[http://www.huffingtonpost.com/2009/11/12/walter-sedlmayr-convicted\\_n\\_355063.html](http://www.huffingtonpost.com/2009/11/12/walter-sedlmayr-convicted_n_355063.html)>. Acesso em: 10 jul. 2017.

IG. Disponível em: <<http://odia.ig.com.br/rio-de-janeiro/2017-02-27/motorista-de-carro-alegorico-que-bateu-na-sapucaia-se-apresenta-em-delegacia.html>>. Acesso em: 7 mar. 2017.

INTERNET LIVE STATS. Disponível em: <<http://www.internetlivestats.com/>>. Acesso em: 18 jul. 2017.

MARKETING DE BUSCA. Disponível em: <<http://www.marketingdebusca.com.br/google-bombing/>>. Acesso em: 24 jan. 2017.

MEMÓRIA GLOBO. Disponível em: <<http://memoriaglobo.globo.com/erros/debate-collor-x-lula.htm>>. Acesso em: 28 mar. 2017.

MIGALHAS. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI254047,81042-TJDF+suspende+censura+a+Folha+sobre+divulgacao+de+chantagem+a+Marcela>>. Acesso em: 14 mar. 2017.

SERVAT UNIBE. Disponível em: <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/c2109353.html>>. Acesso em: 1º fev. 2017.

STATCOUNTER. Disponível em: <<http://gs.statcounter.com/search-engine-market-share/all/brazil>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

TECH CZAR. Disponível em: <[http://www.techczar.com/po/RPC\\_Content.aspx?CSID=2\\_22&NID=216&Action=Login](http://www.techczar.com/po/RPC_Content.aspx?CSID=2_22&NID=216&Action=Login)>. Acesso em: 26 jan. 2017.

YOUTUBE. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=msWtXN1NrNo>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

YOUTUBE. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=QMnmpP88WXo>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

### **Jurisprudência e sentenças nacionais consultadas**

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 956.058, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* 28.04.2017.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. AgRgAI 864.874, 1ª Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, *DJ* 18.11.2016.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. HC 130.793, 2ª Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, *DJ* 11.10.2016.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. ARE AgR 947.843, 2ª Turma, Rel. Dias Toffoli, *DJ* 04.08.2016.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. RMS 33.911, 2ª Turma, Rel. Ministra Cármen Lúcia, *DJ* 20.06.2016.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. ADIn 2.418, Plenário, Rel. Teori Zavascki, *DJ* 17.11.2016.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. HC 83.996, 2ª Turma, Rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, *DJ* 26.08.2005.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. ADPF 130, Plenário, Rel. Ministro Carlos Ayres Britto, *DJ* 06.11.2009.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. HC 82.424-2, Plenário, Rel. p/ o acórdão Min. Maurício Corrêa, *DJ* 19.03.2004.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. ADPF 187, Plenário, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 29.05.2014.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. ADIn 4.815, Plenário, Rel. Ministra Cármen Lúcia, *DJ* 1º.02.2016.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. ADIn 1856, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 14.10.2011.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. RE 511.961, Plenário, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* 13.11.2009.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. ADIn 3.741, Plenário, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJ* 23.02.2007.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. RMS 23.036, 2ª Turma, Rel. p/ o acórdão Min. Nelson Jobim, *DJ* 25.08.2006.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Rcl 18.638/MC, decisão monocrática, Rel. Min. Roberto Barroso, *DJ* 19.09.2014.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. RE 683.751, decisão monocrática, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 1º.07.2015.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Referendo na ADIn/MC 4.451, Plenário, Rel. Min. Ayres Britto, *DJ* 24.08.2012.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Repercussão Geral. ARE 833.248, Plenário, Rel. Min. Dias Toffoli, *DJ* 20.02.2015.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. MS 24832 MC, Plenário, Rel. Min. Cezar Peluso, *DJ* 18.08.2006.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. AI 679.343 AgR, 2ª Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, *DJ* 1º.02.2013.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. ADPF 153, Plenário, Rel. Min. Eros Grau, *DJ* 06.08.2010.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Rcl/AgRg 15.955, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, *DJe* 12.02.2016.
- \_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.334.097, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, *DJe* 10.09.2013.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. REsp. 801.109, 4ª Turma, Rel. Min. Raul Araújo, *DJe* 12.03.2013.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. REsp 36.493, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, *DJ* 18.12.1995.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. REsp 984.803, 3ª Turma, Rel. Ministra Nancy Andrighi, *DJe* 19.08.2009.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. REsp 1.335.153, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, *DJe* 10.09.2013.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Ag. 851.325, decisão monocrática, Rel. Min. Ari Pargendler. *DJ* 15.06.2007.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. REsp 351.779, 2ª Turma, Rel. Ministra Eliana Calmon, *DJ* 09.02.2004.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. REsp 1.088.866, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, *DJe* 04.02.2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 1.434.498, 3ª Turma, Rel. p/ o acórdão Min. Paulo de Tarso Sanseverino, *DJe* 05.02.2015.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. REsp 1.369.571, 3ª Turma. Rel. p/ o acórdão Min. Paulo de Tarso Sanseverino, *DJe* 28.10.2016.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. REsp 22.337, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, *DJe* 20.03.1995.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. REsp 1.407.271, 3ª Turma, Rel. Ministra Nancy Andrichi, *DJe* 29.11.2013.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. REsp 1.316.921, 3ª Turma, Rel. Ministra Nancy Andrichi, *DJe* 29.06.2012.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. AgIn no REsp 1.593.873, 3ª Turma, Rel. Ministra Nancy Andrichi, *DJe* 17.11.2016.

DISTRITO FEDERAL. 1ª Vara da Fazenda Federal do Distrito Federal. Ação Ordinária 82.00.24682-5.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Ap. Cível nº 1.0024.11.258334-9/001, 11ª Câmara Cível, Des. Marcos Lincoln, Publ. em 27.01.2014.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Ap. Cível 2005.001.54774, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. Milton Fernandes de Souza, J. em 28.03.2006.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. AgIn 0017448-40.2007.8.19.0000, 15ª Câmara Cível, Desa. Helda Lima Meireles, J. em 24.10.2007.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Ap. 0007541-43.2004.8.19.0001, 10ª Câmara Cível, Des. José Carlos Varanda dos Santos, J. em 28.03.2007.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Ap. 0092308-14.2004.8.19.0001, 16ª Câmara Cível, Des. Siro Darlan de Oliveira, J. em 24.01.2006.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Ap. Cível 0123305-77.2004.8.19.0001, 15ª Câmara Cível, Rel. Des. Ricardo Rodrigues Cardozo, J. em 17.08.2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Ap. Cível 70054612916, 9ª Câmara Cível, Rel. Des. Miguel Ângelo da Silva, *DJ* 18.07.2014.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Ap. 70000860312, 9ª Câmara Cível, Rel. Desa. Mara Larsen Chechi, J. em 29.08.2001.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. AgRg 70053191797, 9ª Câmara Cível, Rel. Desa. Iris Helena Medeiros Nogueira, J. em 13.03.2013.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. AgIn 70062705405, 10ª Câmara Cível, Rel. Des. Túlio de Oliveira Martins, J. em 26.03.2015.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Criminal n. 2012.016841-9, 4ª Câmara Criminal, Des. Jorge Schaefer Martins, J. em 23.05.2013.

SÃO PAULO. 10ª Vara Cível do Fórum de Guarulhos. Processo 4032154-59.2013.8.26.0224.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo. Ap. 1.370.791-7, Rel. Juiz Figueiredo Gonçalves, J. em 4.11.2003.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Ap. Cível 575.762.4/0-00, 4ª Câmara de Direito Privado, Des. Francisco Loureiro, J. em 18.12.2008.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Ap. 9000007-78.2007.8.26.0037, 9ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Alexandre Lazzarini, J. em 24.02.2015.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Ap. Cível 95.250-5, 3ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Alfredo Migliore, J. em 06.06.2000.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Ap. 1113869-27.2014.8.26.0100, 10ª Câmara de Direito Privado, Des. Cesar Ciampolini, J. em 17.05.2016.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. AgIn 2059415-21.2016.8.26.0000, 4ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Natan Zelinschi de Arruda, J. em 11.08.2016.

### Sentenças estrangeiras consultadas

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/sentencas-da-corte-interamericana/sentenca-araguaia-24.11.10-1>>. Acesso em: 9 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_75\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_75_esp.pdf)>. Acesso em: 10 maio 2017.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. 249 US 47 (1919). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/249/47/case.html>>. Acesso em: 5 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. 250 US 616 (1919). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/250/616/case.html>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. 274 US 357 (1927). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/274/357/case.html>>. Acesso em: 24 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. 279 US 644 (1929). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/279/644/case.html>>. Acesso em: 24 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. 283 US 359 (1931). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/283/359/case.html>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. 283 US 697 (1931). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/283/697/case.html>>. Acesso em: 27 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. 403 US 713 (1971). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/403/713/case.html>>. Acesso em: 22 mar. 2017.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. 376 US 254 (1964). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/376/254/case.html>>. Acesso em: 22 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. 304 US 144 (1938). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/304/144/case.html>>. Acesso em: 29 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. 323 US 516 (1945). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/323/516/case.html>>. Acesso em: 5 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. 443 US 157 (1979). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/443/157/case.html>>. Acesso em: 1º fev. 2017.

\_\_\_\_\_. *Time Inc. vs. Hill* 385 US 374 (1967). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/385/374/case.html>>. Acesso em: 31 maio 2017.

\_\_\_\_\_. 280 F. 3d 1163 (7th Circuit, 2002). *Willan vs. Columbia County*. Disponível em: <<https://casetext.com/case/willan-v-columbia-county>>. Acesso em: 1º fev. 2017.

\_\_\_\_\_. 420 US 469 (1975). *Broadcasting Corp. vs. Cohn*. Disponível em: <<https://casetext.com/case/cox-broadcasting-corporation-v-cohn-8212-938>>. Acesso em: 1º fev. 2017.

\_\_\_\_\_. 491 US 524 (1989). *The Florida Star vs. B.J.F.* Disponível em: <<https://casetext.com/case/cox-broadcasting-corporation-v-cohn-8212-938/case/the-florida-star-v-b-j-f#cited-link-1>>. Acesso em: 1º fev. 2017.

\_\_\_\_\_. United States District Court. Southern District of New York. Case 11 Civ. 3388 (JMF). Disponível em: <<https://casetext.com/case/jian-zhang-v-baiducom-inc/case/zhang-v-baiducom-inc>>. Acesso em: 29 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. 113 F. 2d 806 (2nd Circuit, 1940). Disponível em: <<http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/113/806/1509377/>>. Acesso em: 31 maio 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Processo C-131/12. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=163494&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=568461>>. Acesso em: 7 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. *Comunicado de Imprensa nº 70/14*. Luxemburgo, 13 de maio de 2014. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-05/cp140070pt.pdf>>. Acesso em: 23 fev. 2017.