



Centro Universitário de Brasília - Uniceub  
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

**MARCELO MASSAMBANI**

**DIREITO AO ESQUECIMENTO: a efetividade (ou não) da tutela à intimidade e  
à vida privada na sociedade da informação**

**BRASÍLIA**

**2018**

**MARCELO MASSAMBANI**

**DIREITO AO ESQUECIMENTO: a efetividade (ou não) da tutela à intimidade e  
à vida privada na sociedade da informação**

Monografia apresentada como requisito parcial para  
a obtenção de grau em bacharel em Direito pela  
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS do  
Centro Universitário de Brasília (UniCEUB)

Orientador: Prof. Edgard Francisco Dias Leite

**BRASÍLIA**

**2018**

**MARCELO MASSAMBANI**

**DIREITO AO ESQUECIMENTO: a efetividade (ou não) da tutela à intimidade e  
à vida privada na sociedade da informação**

Monografia apresentada como requisito parcial para  
a obtenção de grau em bacharel em Direito pela  
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS do  
Centro Universitário de Brasília (UniCEUB)

Orientador: Prof. Edgard Francisco Dias Leite

**BRASÍLIA, DATA**

**BANCA AVALIADORA**

---

**Professor Orientador**

---

**Professor Examinador**

Dedico o esforço de elaboração deste trabalho a meu pai, falecido antes do seu término, cujos exemplos mais do que as palavras me mostraram que caráter e força moral são uma escolha consciente que se faz a cada dia que nasce.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, aos colegas da Divisão de Redes e Segurança da Diretoria de Tecnologia do Banco do Brasil, que me acompanharam nessa longa jornada de meia década e que, de todas as formas que foram possíveis para eles, me ajudaram a chegar ao final da estrada, tolerando as alterações de humor oriundas das infindáveis horas de estudo necessárias para conseguir assimilar todo o conteúdo de uma nova e intrigante ciência. Agradeço também ao meu orientador, Professor Edgard Francisco Dias Leite, que precocemente anuiu em patrocinar este esforço criativo, sempre se mostrando à disposição para fornecer as orientações necessárias e indicando de forma precisa o caminho que eu deveria trilhar, o que facilitou demasiadamente o meu trabalho. E, finalmente, meus mais calorosos, efusivos e profundos agradecimentos à minha querida esposa Gizelle que, mais uma vez, segurou minha mão durante todo o percurso sinuoso que percorri nesses cinco anos, suportando lado a lado, e muitas vezes conduzindo sobre seus ombros, este estudante cansado e já passado em anos, rumo ao final feliz que tanto esperávamos. *Draco dormiens nunquam titillandus!*

If we are correct in this conclusion, the existing law affords a principle which may be invoked to protect the privacy of the individual from invasion either by the too enterprising press, the photographer, or the possessor of any other modern device for recording or reproducing scenes or sounds.

WARREN, Samuel D.  
BRANDEIS, Louis D. **The Right to Privacy**. Harvard Law Review, v. 4, n. 5, p. 206, dez. 1890.

## RESUMO

Este trabalho teve como objetivo verificar até que ponto o ordenamento pátrio é efetivo na tutela da intimidade e vida privada, mais especificamente na aplicação do direito ao esquecimento frente aos novos desafios da moderna sociedade da informação. Para tanto foi analisado o desenvolvimento dos direitos fundamentais em seu contexto histórico, e especificamente os dois direitos em conflito na aplicação do direito ao esquecimento, ou seja, o direito à liberdade de expressão e o direito à intimidade e vida privada. Também foi analisada a evolução do direito ao esquecimento, inicialmente como instituto de direito penal passando para direito fundamental de cunho civil-constitucional quando inserido dentro dos novos desafios do desenvolvimento de novos padrões sociais surgidos a partir do hiperinformacionismo digital. Em seguida foi analisado o desenvolvimento do direito ao esquecimento na legislação estrangeira e na legislação pátria e efetuada uma análise da eficiência da legislação existente e do posicionamento dos Tribunais quando instigados a se pronunciar sobre a aplicação do Direito ao Esquecimento no caso em concreto.

Palavras-chave: Direito ao esquecimento. Direitos fundamentais. Sociedade da informação. Lei do Marco Civil da Internet. Constituição Federal.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>1 DIREITOS FUNDAMENTAIS .....</b>	<b>12</b>
<b>1.1 Conceitos gerais .....</b>	<b>12</b>
<b>1.1.1 Evolução histórica.....</b>	<b>12</b>
<b>1.1.1.1 Gerações de direitos.....</b>	<b>14</b>
<b>1.1.2 Características dos direitos fundamentais .....</b>	<b>16</b>
<b>1.1.3. Funções dos direitos fundamentais .....</b>	<b>19</b>
<b>1.1.4. Limitações aos direitos fundamentais.....</b>	<b>22</b>
<b>1.1.4.1 Restrições aos direitos fundamentais.....</b>	<b>25</b>
<b>1.1.4.2 Os limites dos limites .....</b>	<b>28</b>
<b>1.1.4.2.1 O núcleo essencial .....</b>	<b>29</b>
<b>1.1.4.2.2 A proporcionalidade e a razoabilidade.....</b>	<b>31</b>
<b>1.1.4.2.3 A colisão.....</b>	<b>34</b>
<b>1.1.4.2.3.1 A teoria de ponderação de princípios de Robert Alexy .....</b>	<b>35</b>
<b>1.2 Direito à liberdade de expressão .....</b>	<b>37</b>
<b>1.2.1 Conteúdo.....</b>	<b>38</b>
<b>1.2.2 Sujeitos.....</b>	<b>39</b>
<b>1.2.3 Limites .....</b>	<b>40</b>
<b>1.3 Direito à intimidade e vida privada .....</b>	<b>42</b>
<b>1.3.1 Conteúdo.....</b>	<b>42</b>
<b>1.3.2 Sujeitos.....</b>	<b>44</b>
<b>1.3.3 Limites .....</b>	<b>44</b>
<b>2 SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E DIREITO AO ESQUECIMENTO .....</b>	<b>46</b>
<b>2.1 A sociedade da informação .....</b>	<b>46</b>
<b>2.1.1 Evolução .....</b>	<b>47</b>
<b>2.1.2 A Internet .....</b>	<b>49</b>
<b>2.1.3 O ciberespaço .....</b>	<b>52</b>
<b>2.1.4 As redes sociais.....</b>	<b>53</b>
<b>2.2 O direito ao esquecimento.....</b>	<b>56</b>
<b>2.2.1 Noções gerais .....</b>	<b>59</b>
<b>2.2.2 Evolução histórica.....</b>	<b>60</b>

2.2.3 O desenvolvimento no direito europeu .....	62
2.2.4 A construção no ordenamento brasileiro .....	67
2.2.4.1 O Recurso Especial nº 1.334.097/RJ – “A chacina da Candelária” .....	69
2.2.4.2. O Recurso Especial nº 1.335.153/RJ – “O caso Aida Curi” .....	71
2.2.4.2.1 O Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 833.248/RJ .....	73
2.2.4.3 O Marco Civil da Internet .....	74
2.2.4.4 O Recurso Especial nº 1.660.168/RJ .....	76
2.3 A tutela do direito ao esquecimento no Brasil .....	78
2.3.1 Liberdade de expressão <i>versus</i> intimidade e vida privada .....	79
2.3.1.1 Um novo paradigma sobre os parâmetros de ponderação de princípios .....	80
2.3.2 A ineficácia da tutela inibitória .....	81
2.3.3 O vácuo legislativo da proteção dos dados pessoais .....	84
CONCLUSÃO.....	85
REFERÊNCIAS.....	87

## INTRODUÇÃO

No primeiro dia de janeiro de 1983, o TCP/IP (*Transmission Control Protocol/Internet Protocol*) foi adotado como o protocolo padrão de comunicação na ARPANET. Os especialistas da área de Tecnologia da informação consideram essa a data de criação do que hoje conhecemos como a Internet. É pouco provável que, à época do acontecimento, existisse a consciência do impacto que esse momento teria para o mundo. Passados 35 anos dessa data histórica, a Internet é onipresente nas vidas das pessoas, tendo passado a definir, de várias formas, o modo como a sociedade se organiza.

Mais do que uma tecnologia de informação, a Internet criou todo um novo estilo de organização social, alterando profundamente o modo como as interações entre as pessoas, tanto físicas como jurídicas, acontecem. Novos modos de comunicação e divulgação de informações, como as redes sociais e os aplicativos de comunicação instantânea, acrescentaram uma complexidade nos relacionamentos sociais que nunca antes houve na história da humanidade. A informação passou a transitar em uma velocidade sem precedentes, rompendo barreiras físicas a uma tal velocidade que impõem um gigantesco desafio para os Estados-Nações. Estes, passaram a ser pressionados a adaptar seus ordenamentos jurídicos para, ao mesmo tempo em que garantem a livre transmissão de dados, o pilar básico sobre o qual se assenta a ideia da Internet, também efetuem a tutela dos direitos fundamentais, adquiridos por um alto custo na evolução da sociedade humana.

O objetivo deste trabalho é demonstrar a evolução do direito ao esquecimento, sua construção no ordenamento jurídico pátrio, a forma como essa construção é afetada pela ascensão da moderna Sociedade da Informação e em qual medida o ordenamento pátrio está preparado para a efetuar a sua tutela. Para tanto, será estudada a evolução dos direitos fundamentais no mundo e, especificamente, no Brasil. Esse estudo estará, necessariamente, centrado nos direitos fundamentais à liberdade de expressão e à intimidade e vida privada, por serem os que, costumeiramente, se chocam na aplicação do direito ao esquecimento, objeto deste trabalho. Na sequência, estudaremos a ascensão da moderna Sociedade da Informação, com a criação da Internet e dos aplicativos que criaram novas formas de interação social, com o conseqüente impacto para o ordenamento jurídico.

Finalmente, analisaremos a forma como o direito ao esquecimento, originalmente um instituto do direito penal, acabou se tornando o centro da discórdia na Sociedade da

Informação. Veremos como se deu o desenvolvimento desse direito fundamental nos ordenamentos estrangeiros, e como se dá a sua tutela fora de nosso país. Em seguida analisaremos a construção do direito ao esquecimento dentro do ordenamento brasileiro, as decisões judiciais que criaram os paradigmas de aplicação e os dispositivos normativos que dizem respeito ao instituto. Finalmente, analisaremos em que medida a tutela ao direito ao esquecimento é efetiva no Brasil.

# **1 DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Os direitos fundamentais são uma construção que contínua de institutos jurídicos considerados como garantias básicas que foram, no decorrer da história humana, sendo acrescentadas ao arcabouço protetivo do ser humano.

## **1.1 Conceitos gerais**

O primado da Constituição como instrumento máximo de estruturação do Estado e de suas relações com a sociedade que o legitima caminha paralelamente ao desenvolvimento dos direitos fundamentais. Ao mesmo tempo em que se elege um documento político que dará orientação e validade a todo um ordenamento jurídico, se verifica que essa força vinculante e organizativa é fundamental para garantir proteção ao arcabouço normativo. Esse arcabouço tem por função o estabelecimento de normas assecuratórias mínimas de proteção do cidadão perante o Estado, dando a elas eficácia e força executória. Misturam-se, então, o desenvolvimento de um documento que se demonstra, nas palavras de Mendes e Branco (2014, p. 135) “[...] norma suprema do ordenamento jurídico [...]” com a ideia de que certos valores constantes desse documento devem “[...] estar resguardados em documento jurídico com força vinculativa máxima [...]”. (MENDES; BRANCO, 2014).

### **1.1.1 Evolução histórica**

A busca por elementos que indiquem que a construção da ideia de um grupo de direitos fundamentais do homem começou na antiguidade clássica demonstra ser infrutífera. As culturas grega e romana tinham for base social a absorção do ser humano em uma entidade coletiva em que não era estimulada a manifestação de nenhum tipo de individualidade (CARVALHO, 2008, p. 670). O conceito de indivíduos que deveriam se adequar a um tipo específico de atividade a ser controlada pelo Estado, assim como a naturalidade com que se encarava o conceito de escravização de um homem pelo outro atestam que a sociedade da época estava longe de intuir a existência de direitos que fosse comuns a todos os homens e que deveriam ser protegidos em mais alto grau (CANOTILHO, 2003, p. 381). Contudo, se observa o embrião da ideia de direitos a serem compartilhados por todos os homens indistintamente nascendo na antiguidade clássica ao

se analisar as ideias de igualdade natural e humanidade dos sofistas gregos e as ideias de universalização dos direitos do homem dos estoicos romanos. (CANOTILHO, 2003).

O cristianismo é considerado o responsável pelo estabelecimento do marco inicial do desenvolvimento dos direitos fundamentais (CARVALHO, 2008, p. 671). O conceito da existência de um direito natural, que a todos os poderes terrenos submete, iniciou um processo de limitação dos poderes dos governantes, e que culminou em um processo de secularização do direito natural que foi o próximo passo lógico a levar a criação de um arcabouço de direitos desvinculados de características transcendentais e esotéricas (CANOTILHO, 2003, p. 382). Essa construção intelectual de um conjunto de normas de aplicação a todos os homens continuou na Inglaterra medieval com concessões pragmáticas de direitos que limitavam o soberano em sua atuação contra seus vassalos. Vem dessa época a edição de diversas cartas de compromisso que estabeleciam limitações nas relações entre o soberano e grupos mais ou menos privilegiados de pessoas, como a *Magna Charta Libertatum* de 1215, *Petition of Rights* de 1628, o *Habeas Corpus Amendment Act* de 1679 e o *Bill of Rights* de 1689 (CARVALHO, 2008).

A universalização dos direitos fundamentais começou a ser construída durante o período da Revolução Francesa com o desenvolvimento das teorias contratualistas, a partir das quais se criou a ideia de que existia um grupo de leis, derivada da natureza humana, que se sobrepunha até mesmo à existência do Estado (MENDES, BRANCO, 2014, p. 136). Esse desenvolvimento levou à edição, em 1789, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, onde se declara em um documento político a separação dos poderes como base de constituição de uma sociedade e também a visão de direitos fundamentais do homem universais e permanentes (CARVALHO, 2008, p. 671). Foi uma declaração gigantesca, com um impacto de proporções nunca antes experimentadas, definindo os direitos do homem como sendo “[...] direitos naturais, inalienáveis e sagrados, direitos tidos também por imprescritíveis, abraçando a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão” (BONAVIDES, 2014, p. 576). Essa Declaração influenciou as edições de diversas cartas de declarações de direitos confeccionadas nos Estados Unidos, acabando por se incorporar de forma definitiva na Constituição Americana de 1787 através da edição de suas primeiras dez emendas, efetuada em 1791. (CARVALHO, 2008, p. 671). Um século e meio depois, em 1948, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão ainda influenciou a Assembleia Geral das Nações

Unidas quando da edição de sua Declaração Universal dos Direitos do Homem, documento de orientação política que inspirou diversos tratados internacionais sobre direitos humanos, como o Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos). (CHIMENTI; et. al., 2004).

#### **1.1.1.1 Gerações de direitos**

A doutrina costuma classificar, para fins didáticos, os direitos humanos em gerações, apesar de parte dessa doutrina considerar isso um erro, uma vez que induz à ideia de que existe uma sucessão de categorias, com as últimas substituindo as anteriores, o que não é o caso (MIRANDA, 2002, P. 24). A primeira geração desses direitos se fundamenta na liberdade, civil e política, consideradas liberdades públicas negativas limitantes do poder do Estado (CHIMENTI; et. al., 2004). Esses primeiros direitos fundamentais são aqueles originalmente tratados durante as revoluções americana e francesa, direitos esses que criaram para o Estado a obrigação de não interferir em uma esfera determinada de autoafirmação do indivíduo. Oriundos de um Estado liberal em formação e autoafirmação, eram direitos que consideravam o homem de forma individual, sem considerar nenhum tipo de desigualdade social em sua formulação. Liberdade de consciência, de reunião, inviolabilidade de domicílio são alguns dos direitos que se firmaram como direitos de primeira geração, o que demonstra o forte caráter patrimonialista do pensamento que os originou. (MENDES; BRANCO, 2014).

A partir do fim da Primeira Guerra Mundial (1914- 1918) se viu o início do desenvolvimento de um novo grupo de direitos fundamentais, os chamados direitos de segunda geração. Enquanto os de primeira geração assentavam sua condição de existência na liberdade, os seguintes se originavam de um desejo por igualdade (CHIMENTI; et. al., 2004, p. 46). A construção desse novo grupo de direitos se originou justamente do desenvolvimento dos direitos de primeira geração, firmados em um desejo de proteção patrimonialista mas sem levar em consideração as desigualdades sociais que o Estado Liberal desenvolvia. Esse Estado liberal não respondia de forma adequada aos anseios por justiça social, por uma efetiva distribuição dos resultados econômicos obtidos com o rápido processo de industrialização que se desenvolvia na economia (MENDES; BRANCO, 2014, p. 137). Passa-se a exigir do Estado não mais uma postura passiva de abstenção de influência na esfera pessoal do cidadão e sim uma postura ativa que pudesse

assegurar os direitos sociais de moradia, alimentação, segurança social, trabalho, lazer. O que se busca é uma efetiva igualdade material para complementar a igualdade formal conquistada com a geração anterior de direitos (CARVALHO, 2008, p. 672). O que se estabelece a partir do desenvolvimento dessa segunda geração de direitos é um profundo intervencionismo do Estado na vida econômica, buscando a efetivação da justiça social. São comumente chamados de direitos sociais, não por qualquer caráter de aplicação coletiva mas sim por expressarem uma necessidade da sociedade por igualdade real (MENDES; BRANCO, 2014, p. 137). É o nascimento do Estado social, contraponto ao Estado liberal, que, passando por um período inicial de fortes questionamentos quanto à efetividade de sua aplicação, viu se tornar em um grupo de direitos com justificação e aplicabilidade dos direitos de primeira geração (BONAVIDES, 2014, p. 579).

Uma terceira geração se desenvolveu em torno do conceito de existência de um grupo de direitos relacionados à solidariedade. Seriam esses o direito à paz, ao desenvolvimento, ao meio ambiente equilibrado, sendo direitos inerentes ao contingente humano de forma coletiva, o que os diferenciaria dos dois anteriores que tem um caráter eminentemente individualista (CARVALHO, 2008, p. 672). Dizem respeito à proteção de direitos inerentes ao corpo social do gênero humano, considerado coletivamente, buscando a proteção do patrimônio comum a todos e que garante o desenvolvimento equilibrado desse corpo social (CHIMENTI; et. al., 2004, p. 47). A origem da construção dessa nova geração de direitos se relaciona à crescente consciência da desigualdade entre povos de diferentes nações, e busca incentivar os Estados a levar em consideração os interesses de outros Estados quando forem tomar decisões que possam afetar as condições econômicas ou ecológicas que ultrapassem a barreira de suas fronteiras. (BONAVIDES, 2014, p. 585).

Alguns autores declaram a existência de uma quarta geração de direitos fundamentais, relacionada aos direitos das minorias, e até mesmo uma quinta geração, relacionadas ao cuidado e compaixão com todas as formas de vida existentes no planeta (CARVALHO, 2014, P. 673). Enquanto alguns autores apontam para um processo interminável de descobrimento e detalhamento de novos direitos que se comporiam em novas gerações (BONAVIDES, 2014, p. 584), outros alertam para o fato de que pode acontecer de se considerar como novos direitos alguns que já existiam mas precisaram se

adaptar às novas condições e exigências do momento (MENDES; BRANCO, 2014, p. 138).

### **1.1.2 Características dos direitos fundamentais**

É trabalho complexo indicar características definidoras dos direitos fundamentais. Contudo, é possível, ainda que trabalhoso, apontar determinadas características que, de forma frequente, são associadas a eles. Costumeiramente se associa aos direitos fundamentais a característica de serem universais. Essa universalidade pode ser a totalidade do gênero humano ou uma parcela suficientemente grande desse gênero que tenha merecido do constituinte originário a definição de um direito específico objetivando sua proteção frente a um problema determinado. Também se associa aos direitos fundamentais a característica de serem absolutos, no sentido de que nenhum tipo de poder poderia limitá-los em sua abrangência e aplicação. Essa é uma característica que tem que ser analisada com prudência, uma vez que a moderna doutrina considera possível a limitação de um direito fundamental, visando proteger liberdades fundamentais de outras pessoas que estejam em choque ou mesmo a segurança, a ordem e a moral dentro do corpo social. (MENDES; BRANCO, 2014).

Outra característica que se associa aos direitos fundamentais é a historicidade, relacionada à condição de evolução histórica desses direitos. É certo que os direitos fundamentais são fruto de uma evolução natural, oriunda de uma resposta à ameaças à liberdade do indivíduo que levam à necessidade do desenvolvimento de novas garantias objetivando limitação aos poderes que executam a coação. É baseado nessa característica que se entende o nascimento e a morte de determinados direitos fundamentais e ainda a evolução de outros de forma a se adaptar às necessidades de uma sociedade em constante evolução. (MENDES; BRANCO, 2014).

A inalienabilidade dos direitos fundamentais é uma restrição que se impõe ao titular do direito, impedindo-o de tomar medidas que tornem o exercício desse direito impossível a si mesmo. Determinados autores consideram que pelo fato de o homem não poder escolher abrir mão de sua dignidade, a não efetivação de determinado direito não pode se fundamentar em mero consentimento do seu titular. Nessa linha, seriam indisponíveis os direitos diretamente relacionados à manutenção da dignidade do homem enquanto homem, como o direito à vida, à saúde, à integridade física. Contudo, mesmo

esses direitos ditos inalienáveis/indisponíveis poderiam ceder lugar temporariamente quando confrontados com outros direitos contra os quais estejam em conflito, o que demonstra que não se trata de uma característica absoluta de nenhuma forma. (MENDES; BRANCO, 2014).

Outra característica dos direitos fundamentais é o fato de estarem expressamente previstos dentro de um documento estruturante de determinado Estado. Diferentemente dos direitos humanos, que se baseiam em uma existência jusnaturalista que estaria acima da necessidade de positivação, os direitos fundamentais têm previsão de existência e aplicação expressa dentro de um texto constitucional. Essa condição de existência impõe à obrigatoriedade de obediência ao disposto no texto constitucional sobre os direitos fundamentais que se estende a todos os ramos do ordenamento que derivam do cume da pirâmide, vinculando inclusive o poder de reforma da constituição. (MENDES; BRANCO, 2014).

Com relação dos direitos fundamentais se considera que vinculam todos os poderes públicos instituídos, devendo por estes ser observados e seguidos. Quando da atuação do poder legislativo este pode ser ver constrangido a atuar dentro de limites determinados, de forma a não contrariar determinado direito previsto constitucionalmente. Ainda, pode o legislador se ver obrigado a legislar em certo sentido pois determinado direito necessidade de legislação infraconstitucional para que possa ser efetivado. Quando da atuação do poder executivo este pode ver anulados atos que infrinjam esses direitos, assim como também pode se ver limitado na execução e aplicação de determinados dispositivos legais, uma vez que estes poderiam atingir o núcleo essencial do direito. Finalmente, quando da atuação do poder judiciário, deve este atuar no sentido de conceder máxima efetividade a esses direitos e também trabalhar no sentido de não aceitar a aplicação de preceitos que possam limitá-los ou impossibilitar seu exercício de qualquer forma. (MENDES; BRANCO, 2014).

Uma última característica que se aponta estar frequentemente presente quando se trata de direitos fundamentais é sua aplicabilidade imediata. Essa característica é extraída diretamente do que consta no Art. 5º, §1º da Constituição Federal de 1988<sup>1</sup> e tem como base o desejo do constituinte originário de criar os meios de aplicar os direitos

---

<sup>1</sup> Constituição Federal de 1988, Art. 5º, § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

fundamentais sem a necessidade de intervenção de qualquer esfera normativa inferior à constituição. Essa previsão se fundamenta na ideia de que os direitos fundamentais são:

[...] obra do poder constituinte originário, expressão da soberania de um povo, achando-se acima dos poderes constituídos, não podendo, portanto, ficar sob a dependência absoluta de uma intermediação legislativa para produzir efeitos. (MENDES; BRANCO, 2014, p. 154-155).

Na forma da previsão anterior, a lei deve se movimentar para dar validade e cumprimento às disposições relativas à direitos fundamentais constantes da constituição, assim como os magistrados, na sua atuação jurisdicional, devem aplicar a lei levando em consideração a aplicação ponderada e prática das previsões constitucionais. Contudo, alguns dispositivos com previsão constitucional e que constam como direitos fundamentais não tem auto aplicabilidade, uma vez que foram incluídos no texto constitucional de forma tal que aparentam depender de forma determinada para sua aplicação. (MENDES; BRANCO, 2014).

Parte da doutrina considera que efetivamente a previsão do Art. 5º, §1º da CF/88 não teria a capacidade de criar automaticamente os meios para a aplicação direta de todos os direitos fundamentais. Essa aparente limitação da aplicação de determinados direitos fundamentais aconteceria em duas situações: quando existe previsão expressa na Constituição da necessidade de regulamentação infraconstitucional para que o direito se efetive; e quando a previsão do direito no texto constitucional não reunir os elementos mínimos necessários para sua auto implementação. (SARLET, 2012, p. 264).

No sentido contrário, existem doutrinadores que consideram que as normas definidoras de direitos fundamentais têm sim aplicação imediata, isso por duas razões: primeiro, pela previsão expressa do art. 5º, §1º da CF/88, e; segundo, pelo fato de a Constituição trazer em seu bojo instrumentos processuais, como o mandado de injunção<sup>2</sup> e a ação direta de inconstitucionalidade<sup>3</sup>, que permitiram o exercício direto e imediato

---

<sup>2</sup> Art. 5º [...]

[...]

LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

[...]

<sup>3</sup> Art. 103 [...]

[...]

mesmo de direitos que possuem previsão expressa de regulação infraconstitucional ou que não possuam os elementos necessários para sua auto implementação. Para os defensores dessa linha doutrinária, mesmo que, no caso em concreto, não se aplicasse os institutos descritos acima, mesmo assim, por conta da previsão do art. 5º, §1º da CF/88, as esferas administrativa e judiciária estariam aptas a aplicar imediatamente os direitos fundamentais, sem necessidade de qualquer forma específica. (SARLET, 2012, p. 265).

Para aqueles doutrinadores que defendem a existência de normas de direitos fundamentais que carecem de aplicação direta e imediata, a existência dos institutos processuais do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade apenas demonstraria a realidade de que existem normas de direitos fundamentais que não podem ser aplicadas diretamente. Na visão desta linha doutrinária a mera existência desses institutos demonstra que o constituinte original efetivamente criou dispositivos de direitos fundamentais com aplicação restrita, tanto que criou meios para que pudessem se efetivar no caso de ocorrer um vácuo legislativo na definição da regulação infraconstitucional que permitiria o exercício desses determinados direitos fundamentais. (SARLET, 2012, p. 264).

Discussões doutrinárias à parte, fica claro que algumas normas de direitos fundamentais dependerão de outros meios para sua implementação, uma vez que não reúnem os elementos mínimos necessários que garantam sua aplicação imediata, sem necessidade de intervenção do legislador infraconstitucional. (MENDES; BRANCO, 2014). A posição que parece ser a mais equilibrada seria considerar o texto do art. 5º, §1º da CF/88 como um dispositivo principiológico, com uma intenção de otimização que transferiria às esferas administrativa e judiciária a obrigação de agir no sentido de aproximar ao máximo a efetiva aplicação das normas definidoras de direitos fundamentais do que está previsto no texto da Constituição. (SARLET, 2012, p. 270).

### **1.1.3 Funções dos direitos fundamentais**

Os direitos fundamentais previstos no texto da Constituição criam um inter-relacionamento intenso e variável entre o indivíduo, detentor do direito, e o Estado,

---

§ 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.  
[...]

entidade que tem a função de prover o direito ou se abster de intervenção. Cada direito fundamental possui particularidades que fazem com que essa interação entre indivíduo e Estado varie. Como cada um desses direitos carrega peculiaridades em sua aplicação que o tornam único, algum esforço deve ser feito para, de alguma forma, agrupar esses direitos de forma que seja possível extrair desses agrupamentos alguma indicação de quais seriam as funções dos ditos direitos fundamentais dentro do ordenamento constitucional. Uma das principais tentativas de ordenar e extrair informação das previsões de direitos fundamentais foi efetuada por Georg Jellinek (1851-1911) com sua Teoria dos Quatro Status. (DIMOULIS; MARTINS, 2014).

Para Jellinek, o inter-relacionamento entre o indivíduo e o Estado deve ser pensado em termos de duas esferas, uma representando o indivíduo e outra representando o Estado, esferas estas que estão em constante interação. Essas interações colocariam o indivíduo em um de quatro status em relação ao Estado: o *status* passivo, em que o indivíduo se acha em condição de subordinação aos poderes estatais, tendo para com este último deveres; o *status* negativo, que garante ao indivíduo alguma amplitude de decisão em relação ao Estado, que não pode interferir nas decisões do indivíduo por estarem essas decisões dentro do escopo da liberdade individual; o *status* positivo, ou *status civitatis*, onde o indivíduo se encontra em uma posição de exigir do Estado determinadas prestações; e, o *status* ativo, onde as decisões do indivíduo interferem nas ações do Estado. (MENDES; et. al., 2002).

O status negativo está relacionado a uma função dos direitos fundamentais de defesa da pessoa humana e de sua dignidade frente aos poderes instituídos do Estado. Essa função impõe uma obrigação ao Estado de se omitir de infringir as garantias previstas pelo direito, ao mesmo tempo que permite ao indivíduo que vê seu direito constrangido atuar de forma positiva ou negativa, exigindo o cumprimento de determinado direito ou a cessação do constrangimento desse mesmo direito (CANOTILHO, 2003, p. 407). Se associa esse status negativo a um direito de defesa do indivíduo frente ao Estado, direito esse que garantiria que determinadas ações tomadas não poderiam ser controladas ou disciplinadas pelo Estado, uma vez que estas ações estão dentro da esfera de decisão individual do indivíduo, não criando relações jurídicas que possam interessar ser tuteladas pelo Estado (ALEXY, 2012, p. 258-259). De outra forma, também pode se entender esse status mais do que um dever impingido ao Estado, mas

também um direito de o indivíduo exigir do Estado que cumpra esse dever. Cria para o indivíduo um direito de resistir à interferência do Estado dentro do que é considerada sua esfera pessoal de decisão, resistir às arbitrariedades que o Estado, detentor de um poder desproporcional em relação ao indivíduo, pode eventualmente cometer. (DIMOULIS; MARTINS, 2014).

O *status* positivo, ou *status civitatis*, seria aquele que permitira ao indivíduo utilizar de meios para garantir do Estado uma prestação positiva, criando para o Estado uma obrigação de prestar determinada ação em prol do indivíduo (ALEXY, 2012, p. 263). Estaria esse *status* relacionado a uma obrigatoriedade do Estado de garantir determinados direitos e um direito do indivíduo de exigir que o Estado garanta esse exercício. Diz respeito a determinadas prestações que são devidas ao indivíduo por constarem em previsão constitucional expressa, e que devem ser prestadas pelo Estado na hipótese de o indivíduo não poder provê-las per se. Também pode se entender dentro desse *status* uma obrigação de proteção do indivíduo diante de outros indivíduos, uma atuação coercitiva do Estado para evitar agressão a direitos fundamentais de um indivíduo por outro. no caso deste indivíduo não possuir condições de prover por sua conta essas necessidades, pode compelir o Estado a provê-las para si. Ainda, teria o Estado a obrigação de criar as condições para garantir que todos os indivíduos seriam tratados em condições de igualdade (CANOTILHO, 2003. P. 408-409). Pode se dizer que seriam direitos de prestação jurisdicional ou prestação material: os primeiros destinados a garantir que o Estado possa interferir para garantir ao indivíduo tratamento justo e igualitário frente a outros indivíduos; e o segundo para garantir ao indivíduo a realização de determinadas necessidades, relacionadas aos direitos sociais (MENDES, et. al., 2002, p. 142-150). Contrariamente ao *status* negativo, o *status* positivo cria para o Estado uma obrigação de interferir na esfera pessoal de uns indivíduos de forma a garantir a segurança da esfera pessoal de outros. (DIMOULIS, MARTINS, 2014).

O *status* ativo está relacionado a um direito de participação do indivíduo na formação da vontade do Estado (ALEXY, 2012, p. 268). Esse direito de participação possuiria características mistas entre os direitos de defesa e os direitos de prestação, e segundo as visões de parte significativa da doutrina, não constituiriam uma categoria independente de direitos fundamentais (MENDES.; et. al., 2002, p. 151). Isso porque quando o indivíduo interfere dentro da esfera estatal, alterando a formação de sua vontade,

também altera o relacionamento do Estado com outros indivíduos. Dessa forma, a vontade desse indivíduo acaba por afetar a forma como o Estado se relaciona com outros indivíduos, tanto negativamente quanto positivamente. (DIMOULIS; MARTINS, 2014).

Inúmeras são as críticas a essa forma de estruturação dos direitos fundamentais desenvolvida por Jellinek, basicamente fundadas sobre um posicionamento analítico desses direitos que não levaria em consideração um indivíduo real, mas sim uma versão idealizada e formalizada de relacionamento entre o indivíduo e o Estado. Contudo, tem esse posicionamento de Jellinek uma função de sistematizar um tema complexo, servindo de base para ponderações e discussões que tenham o condão de aprofundar as discussões em torno do assunto. (ALEXY, 2012).

#### **1.1.4 Limitações aos direitos fundamentais**

A aplicabilidade de um direito fundamental está relacionada a amplitude de proteção que esse direito proporciona ao seu titular. A definição do núcleo de proteção do direito, ou seja, qual o objeto de proteção, é essencial para se verificar até que grau vai a autonomia de proteção do direito, e a partir de qual ponto esse direito pode sofrer limitações. De forma geral, se considera que quanto mais ampla a definição do direito, ou seja, quanto mais amplo o núcleo de proteção definido pelo constituinte originário, maior a possibilidade de ocorrer um conflito entre Estado e indivíduo por conta desse direito. Da mesma forma e em sentido contrário, quanto mais restrito o objeto, menor a possibilidade de esse conflito acontecer. (MENDES; BRANCO, 2014). A dimensão da proteção do direito fundamental é primordial para que se possa determinar qual o limite mínimo de intervenção do Estado, abaixo do qual a intervenção não seria uma agressão ao direito fundamental, mas mero dissabor provocado pelo Estado no regular exercício de suas funções. Assim:

[...] devemos admitir a existência de um limite mínimo de intensidade da intervenção. Se esse limite não for atingido, não há intervenção juridicamente relevante. É tarefa da doutrina e da jurisprudência elaborar esse limite que depende de fatores relacionados com a situação fática em determinada sociedade e momento, indicando o que dever ser considerado como simples inconveniente. (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 147).

Como se vê, é de extrema importância que se entenda do que trata e quais as dimensões do núcleo de proteção de determinado direito, de forma a entender sua

abrangência. Não se trata de procedimento simples, envolvendo, diversas vezes, a análise do direito em estudo em conjunto com outros direitos, ou seja, depende de uma análise sistemática de diversos dispositivos constitucionais. Contudo, de forma mais analítica, se pode dizer que a análise do âmbito de proteção de determinado dispositivo constitucional que se revele um direito fundamental se sedimenta em torno da identificação de quais bens jurídicos são protegidos e a amplitude da sua proteção, além da verificação de quais são as limitações ao exercício desse direito previstas no texto constitucional e na legislação infraconstitucional. (MENDES; BRANCO, 2014, p. 193-194). De forma geral, a intervenção do Estado não será bem vinda quando se tratar de direitos de defesa, sendo esperada para os direitos de prestação. Contudo, poderá o Estado intervir no exercício de direitos fundamentais em situações específicas e para objetivos específicos. Segundo Dimoulis e Martins (2014, p. 149-151) são quatro os casos em que o Estado poderá intervir de forma justificada no exercício de um direito fundamental: se o comportamento do indivíduo se situar fora do núcleo de proteção determinado no texto constitucional ou se, situando-se o comportamento dentro da esfera do núcleo essencial de proteção, a pessoa que o comete não seja titular natural do direito; se existir a previsão no texto constitucional, ao tratar da definição do direito, de que existe reserva legal para o exercício do dito direito; se a atuação do Estado estiver dentro dos limites constitucionalmente estabelecidos, e; se acontecer colisão entre direitos fundamentais de indivíduos ou se o direito fundamental de um indivíduo se chocar contra um princípio de interesse geral.

Quanto à intervenção baseada em reserva legal expressa, se trata, *in casu*, do que se denomina na doutrina de limitações genéricas, aquelas que são estabelecidas em abstrato por norma geral, sem a necessidade da existência de um conflito entre indivíduos que tenham a intenção do exercício de direitos fundamentais antagônicos. (DIMOULIS; MARTINS, 2014).

Essas limitações ao exercício de determinados direitos fundamentais estão espalhadas pelo texto constitucional, estabelecendo limitações legais ao exercício do direito. Efetivamente se trata de parâmetros estabelecidos em legislação infraconstitucional e que limitam o exercício de determinado direito<sup>4</sup> (MENDES;

---

<sup>4</sup> Como exemplos dessa previsão de limitação infraconstitucional temos:  
Art. 5º [...] [...] [...]

BRANCO, 2014, P. 194). Se trata do efetivo do exercício do legislador que buscou estabelecer dentro da previsão constitucional do direito que determinada relação fática tinha interesse a ponto de necessitar ser regulamentada. E ainda, que tratamento o legislador considerou como sendo o adequado para essa situação fática. Dessa forma, se estabelece os limites da proteção constitucional, com a determinação de situações onde essa proteção não será garantida. Dessa forma, existe uma limitação do exercício de determinados direitos fundamentais previstos constitucionalmente, sendo que esses direitos “apresentam possibilidades de cerceamento de condutas e situações que fazem parte da área de proteção do direito fundamental”. (DIMOULIS; MARTINS, p. 135-136).

Alguns direitos dependem expressamente de normatização infraconstitucional para que possam ter garantido o seu exercício, ou então dependem dessa construção normativa para alcançar certa densidade na sua aplicação. (MENDES; BRANCO, 2014, p. 194). Isso acontece porque a previsão constitucional do direito traz uma construção genérica ou abstrata, o que, associada à natural baixa densidade normativa desse tipo de previsão, leva à necessidade de confecção de legislação complementar para o exercício do direito (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 152). A esses dispositivos costuma se atribuir a definição de direitos com âmbito de proteção estritamente normativo<sup>5</sup>. A

---

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 a suas liturgias;

[...]

XII - é inviolável o sigilo da 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;

[...]

XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;

[...]

LVIII - o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei;

[...]

<sup>5</sup> Como exemplos dessas previsões normativas temos:

Art. 5º [...]

[...]

XXVI - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento;

XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;

b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;

[...]

doutrina trata esse tipo de direitos como direitos que dependem de concretização, ou ainda, como direitos que dependem de conformação/regulação. Portanto, para esse tipo de direito, além do dever criado para o legislador de preservar o direito, surge outro, ou seja, o direito de legislar para que o direito possa ser alcançado na sua plenitude (MENDES; BRANCO, 2014, p. 195-197). Essa legislação complementar ao texto constitucional, nas palavras de Dimoulis e Martins (2014, p. 153) “[...] dá forma, concretiza e configura a área de proteção de direitos fundamentais definidos de maneira parcimoniosa pelo texto constitucional”.

#### **1.1.4.1 Restrições aos direitos fundamentais**

Buscando analisar a realização dos direitos fundamentais a doutrina brasileira se alinha com a dogmática alemã ao entender o estudo como sendo a apreciação de três aspectos dos direitos fundamentais. O primeiro deles tem relação com o âmbito de proteção, que detalha o conteúdo e o alcance da previsão de proteção constitucional. O segundo, diz respeito aos limites que essa proteção pode sofrer, tanto diretamente dentro do texto constitucional quanto indiretamente, através de legislação infraconstitucional. E o terceiro, os limites que as próprias limitações ao direito fundamental podem sofrer, de forma a não tornar inepta a sua previsão (SARLET, 2012, p. 395). Como visto anteriormente, os direitos fundamentais podem ter aplicação direta e imediata quando reunirem dentro da sua previsão constitucional as condições mínimas de auto executoriedade. Contudo, a norma de direito fundamental pode sofrer restrições na sua execução, por uma de duas razões: ou porque possui previsão expressa de limitação no próprio texto constitucional, ao que a doutrina dá o nome de restrição direta; ou porque possui uma previsão em seu texto constitucional que remete à legislação infraconstitucional, o que a doutrina, por sua vez, chama de restrição indireta. Essa última pode acontecer por conta de uma limitação legal, que estabelece limites para o exercício do direito, ou por conta de uma necessidade de legislação infraconstitucional que estabeleça critérios para a execução do direito. (MENDES; BRANCO, 2014).

Ainda, a doutrina busca compreender o fenômeno da restrição à direitos fundamentais analisando a possibilidade lógica de se restringir algo que não deveria sofrer restrições. Dessa forma, ao analisar direito fundamental e restrição ao direito fundamental, a doutrina identifica duas teorias: a teoria interna das restrições aos direitos

fundamentais e a teoria externa aos direitos fundamentais. A primeira, considera que não existem duas categorias independentes quando se trata de direitos e restrições, sendo ambas componentes do conteúdo de determinada norma constitucional (MENDES; BRANCO, 2014, p. 198). Nas palavras de Sarlet (2012, p.397) “[...] um direito fundamental existe desde sempre com seu conteúdo determinado, afirmando-se mesmo que o direito já “nasce” com seus limites”. Ou seja, o direito fundamental já nasce com seus limites definidos internamente, sendo desnecessária a discussão, para os defensores dessa linha de pensamento, a respeito das restrições.

A segunda, a teoria externa, considera que direito fundamental e restrições ao direito fundamental são duas categorias distintas, não existindo uma relação necessária entre as duas, mas sim a aplicação nos casos específicos em que se necessite adequar o entendimento de determinado direito frente a outro (MENDES, BRANCO, 2014, p. 198). A posição dos defensores dessa teoria é de que o direito possui um caráter inicial, antes da sua limitação, e outro, que surge após a aplicação das restrições previstas no texto constitucional ou na legislação infraconstitucional. Novamente, nas palavras de Sarlet (2012, p. 398) “[...] existe inicialmente um direito em si, ilimitado, que, mediante imposição de eventuais restrições, se converte em um direito limitado”. Também, como a teoria considera coisas distintas o direito *prima facie* (antes de sua restrição) e a restrição em si, cabe dentro de sua previsão a existência de direitos sem nenhum tipo de limitação, o que, de certa forma, é uma dificuldade da teoria interna. Além disso, a teoria interna, ao permitir um certo grau de reconstrução cognitiva do direito, quando defrontado com uma restrição, se adequa melhor à solução de choques entre princípios constitucionais.

Dessa forma a doutrina considera que existem restrições diretamente constitucionais e restrições indiretamente constitucionais, com alguns doutrinadores considerando que as restrições impostas por choques entre princípios constitucionais seria uma terceira forma de restrição (SARLET, 2012, p. 400-401). A análise das normas que possuem restrições diretamente constitucionais do ponto de vista da teoria interna das restrições trabalha com a ideia de que a restrição faz parte do conteúdo definidor da norma, o que a tornaria uma restrição de plenos efeitos. Isso resultaria em que a cláusula estabelecida estaria totalmente protegida de alterações no seu conteúdo, mesmo quanto à retirada de restrições ao exercício do direito, uma vez que a dita restrição dá forma ao direito. Contudo, se a análise desse tipo de norma acontece segundo a ótica da teoria

externa o que se tem é uma restrição ao texto constitucional que estabelece um direito. Sendo, assim, a restrição uma entidade independente, não estaria sujeita às mesmas restrições de alteração que cabem para o direito em si, o que permitira, em tese, suprimir essa restrição, ampliando a esfera do direito. (ALEXY, 2012).

As restrições indiretamente constitucionais são autorizações que o texto constitucional traz, quando da previsão do direito fundamental, para que o legislador infraconstitucional edite normas que restrinjam a amplitude do direito. É o que a doutrina chama de “reserva legal”, sendo dividida em reserva legal simples e reserva legal qualificada. A reserva legal simples atribui uma amplitude maior de liberdade para que o legislador crie limites ao direito, enquanto que a reserva legal qualificada parte do princípio do estabelecimento de pressupostos que devem ser observados pelo legislador ao criar a legislação que irá limitar o dito direito (SARLET, 2012, p. 401-402). Esse entendimento se reflete nas palavras de Mendes e Branco (2014, p. 203), ao tratar da reserva legal simples e da reserva legal qualificada:

No primeiro caso, limita-se o constituinte a autorizar a intervenção legislativa sem fazer qualquer exigência quanto ao conteúdo ou à finalidade da lei; na segunda hipótese, eventual restrição deve-se fazer tendo em vista a persecução de determinado objetivo ou o atendimento de determinado requisito expressamente definido na Constituição.

Ao analisar as restrições indiretamente constitucionais a doutrina traz a importância de se analisar a delimitação dessas restrições. Além de se analisar a forma de criação da legislação limitadora do direito fundamental deve também se analisar o que ALEXY (2012, p. 292) chama de “sopesamento”. Na visão do mestre alemão, ao definir a legislação infraconstitucional deve se observar, além do fato de esta legislação ser pouco submissa ao direito definido na carta constitucional, também a hipótese da mesma ser muito submissa. Esse último é o caso exato do que se prevê na teoria interpretativa das reservas, que determina que a legislação infraconstitucional somente detalha restrições que já existem dentro do texto constitucional. Isto acontecendo haveria um esvaziamento das restrições indiretamente constitucionais, uma vez que estas estariam obrigatoriamente submissas às restrições diretamente constitucionais.

Contudo, se assim fosse então se deixaria a descoberto a explicação de determinadas restrições que aparecem no texto constitucional cuja determinação de efetuar ou não a edição de norma infraconstitucional limitadora consta como uma

discricionariedade do legislador. Assim se dá com a previsão constitucional da liberdade do exercício profissional<sup>6</sup>, desde que limitada às restrições que a lei, caso exista, possa impor. Dessa forma, se verifica que as normas que possuem restrições indiretamente constitucionais também deixam ao critério do legislador infraconstitucional uma capacidade constitutiva de imposição destas restrições. Se o legislador se quedar silente, não editando nenhum tipo de norma, apesar de a restrição existir como previsão, não se efetivará, o que contraria a teoria interpretativa das reservas. Seria então, o que a doutrina entende como uma restrição real ao direito e não meramente uma expressão interpretativa de restrição a ser efetuada pelo legislador. (ALEXY, 2012).

#### 1.1.4.2 Os limites dos limites

Como visto anteriormente, os direitos fundamentais previstos no texto constitucional podem sofrer restrições diretamente do texto constitucional ou indiretamente, por remeter o texto constitucional à limitações legais do exercício do direito ou à necessidade de legislação infraconstitucional para a efetividade do seu exercício. Contudo, apesar de existirem restrições aos direitos, alguma forma de limitação deve acontecer, de forma a assegurar que as garantias previstas constitucionalmente não se tornem inócuas. A essas limitações a doutrina, de uma forma mais ou menos generalizada, dá o nome de limites dos limites, ou seja, a proibição da limitação de um direito fundamental além do necessário (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 167). Segundo a doutrina e a jurisprudência constitucionais brasileiras, alinhadas à doutrina e jurisprudência alemãs, para que uma limitação a um direito fundamental seja considerada justificável ela deve se adequar formal e materialmente à Constituição. É um tipo de controle de constitucionalidade da restrição que, nas palavras de Sarlet (2012, p. 404):

[...] implica, no plano formal, a investigação da competência, do procedimento e da forma adotados pela autoridade estatal. Já o controle material diz essencialmente com a observância da proteção do núcleo (ou conteúdo) essencial destes direitos, bem como com o atendimento das exigências da proporcionalidade e da razoabilidade [...].

---

<sup>6</sup> Art. 5º [...]

[...]

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

[...]

Apesar de aderente à doutrina alemã, ao considerar que a análise dos limites das restrições à direitos fundamentais engloba tanto a questão da razoabilidade/proporcionalidade, existe debate na doutrina brasileira a respeito da proteção ao núcleo essencial. (DIMOULIS; MARTINS, 2014).

#### 1.1.4.2.1 O núcleo essencial

Não existe em nossa constituição uma disposição expressa que preveja a proteção do núcleo essencial do direito fundamental como existe na Constituição alemã (art. 19, 2)<sup>7</sup>, na portuguesa (art. 18, n° 3)<sup>8</sup> e na espanhola (art. 53, n. 1)<sup>9</sup>. Apesar disso, a doutrina brasileira adota, de uma forma ou de outra, a ideia da proteção ao núcleo essencial, apesar de serem acirradas as discussões em torno do tema. (SARLET, 2012).

Ao tratar da proteção do núcleo essencial do direito fundamental, tendo como pano de fundo a forma como se apresenta na Constituição portuguesa de 1976, Canotilho (2003, p. 458- 461) considera que ao avaliar o que seria o núcleo essencial devem ser observados três aspectos: qual seria o objeto de proteção, que é estudado segundo os pontos de vista das teorias objetiva e subjetiva; qual seria o valor da proteção, analisado segundo os pontos de vista das teorias absoluta e relativa; e qual seria a melhor forma de enquadrar a análise dentro da específica previsão constitucional.

---

<sup>7</sup> Lei Fundamental alemã de 1949. Disponível em <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em 07 mar. 2018.

art. 19 [...]

[...]

(2) Em nenhum caso, um direito fundamental poderá ser violado em sua essência.

[...]

<sup>8</sup> Constituição portuguesa. Disponível em

<<https://www.parlamento.pt/parlamento/documents/crp1976.pdf>>. Acesso em 07 mar. 2018.

Art. 18º

[...]

3. As leis restritivas dos direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

<sup>9</sup> Constitución española. Disponível em

<[http://www.lamoncloa.gob.es/documents/constitucion\\_es1.pdf](http://www.lamoncloa.gob.es/documents/constitucion_es1.pdf)>. Acesso em 07 mar. 2018.

Art. 53

1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a).

[...]

Sob a análise do objeto da proteção, se verifica que a teoria objetiva considera que a proteção ao conteúdo do direito fundamental se dá em caráter objetivo, levando em consideração a previsão em abstrato do direito como se apresenta no texto constitucional, e não levando em consideração a aplicação do direito para o caso real, aplicação em concreto. Já a teoria subjetiva considera o direito dentro do âmbito de aplicação do mesmo à situação em concreto, de forma que a pessoa que busca sua realização não seja privada, por uma limitação, da totalidade da garantia prevista constitucionalmente. (CANOTILHO, 2003).

Sob a análise do valor da proteção, quando se trata da teoria absoluta se considera que existe dentro do direito fundamental um núcleo que tem unidade substancial autônoma, não podendo ser, em hipótese alguma, limitado. Para os adeptos dessa teoria, haveria dentro da formatação constitucional do direito um espaço que permitira a limitação e outro que estaria imune a qualquer tipo de limitação. Já na teoria relativa se considera que o núcleo essencial insuscetível de alteração seria definido após a aplicação de técnicas de ponderação, de forma a definir quais aspectos da previsão constitucional do direito seriam insuscetíveis de limitação (MENDES; BRANCO, 2014, p.213). Segundo essa teoria, o núcleo essencial do direito fundamental seria aquilo que restasse após a aplicação da técnica da ponderação, de tal forma que se após o a aplicação da ponderação nada restasse do direito isso não violaria as disposições de proteção ao conteúdo essencial do direito. Contudo, quanto maior for a intensidade da aplicação da ponderação sobre um direito, mais resistente se tornaria o núcleo restante do mesmo, o que acabaria, em certa medida, a se aproximar da visão da teoria absoluta, de que nenhuma limitação mais seria possível. (ALEXY, 2012).

Apesar de todas as teorias acima serem amplamente discutidas na doutrina brasileira, a falta de previsão expressa da proteção do núcleo essencial na nossa Constituição leva à constatação de que essa garantia se firmaria, em nosso ordenamento, na visão garantística geral prevista pelo constituinte originário. O mais próximo de uma cláusula de proteção de núcleo essencial que se pode retirar de nossa Constituição é a previsão do art. 60, §4º, IV da CF/88, que veda ao legislador infraconstitucional a

possibilidade de propor emenda à Constituição visando abolir direitos fundamentais<sup>10</sup>. (MENDES; BRANCO, 2014).

#### 1.1.4.2.2 A proporcionalidade e a razoabilidade

As decisões judiciais estão intrinsecamente ligadas à ideia de atos cuja execução é orientada de forma proporcional e razoável, buscando a justiça e equidade na aplicação da lei. (SARLET, 2012, p. 404-405). Assim como na aplicação da lei, também em sua confecção deve se buscar orientar-se dentro dos limites previstos constitucionalmente. A avaliação sobre os limites de determinado ato, de forma a verificar se existiu excesso do poder legislativo que venha a afrontar direito fundamental, vem a ser efetiva censura judicial ao poder de legislar. (MENDES; BRANCO, 2014, p. 224). Essa limitação do ato observaria a intensidade da intervenção, orientada em uma escala que consideraria a intervenção válida até certa medida. Além de um certo ponto, a intervenção se demonstra exagerada, o que torna o ato eivado de inconstitucionalidade. (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 181). Diferentemente da Constituição portuguesa que abarca o Princípio da Proporcionalidade de forma expressa no seu art. 18º, 2<sup>11</sup>, em nossa carta constitucional não existe previsão expressa a respeito da aplicação da razoabilidade na atuação legislativa, visando corrigir excessos. Contudo, sucessivas manifestações da Corte Constitucional levam a considerar que doutrina e jurisprudência consideram a mesma como um princípio geral do direito. (MENDES; BRANCO, 2014, p. 225). E, segundo a doutrina, apesar de não existirem expressamente na Carta Constitucional, a proporcionalidade e a razoabilidade podem ser intuídas de dispositivos constitucionais. Assim:

[...] de acordo com a vertente germânica, o ponto de referência é o Princípio do Estado de Direito (art. 1º, CF), notadamente naquilo que veda o arbítrio, o excesso de poder, entre outros desdobramentos. Já para quem segue a orientação do direito norte-americano, a proporcionalidade guarda relação com

---

<sup>10</sup> Art. 60 [...]

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

[...]

IV - os direitos e garantias individuais.

[...]

<sup>11</sup> Art. 18º

[...]

2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

[...]

o art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, no que assegura um devido processo legal substantivo. (SARLET, 2012, p. 405).

Contudo, a aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade ultrapassa a esfera do controle do excesso dos atos legislativos. A sua atuação também acontece nos excessos dos atos estatais, restringindo direitos fundamentais por interesses inerentes à administração da máquina estatal ou por conta de excesso na atuação visando garantir direitos fundamentais de indivíduos diversos que se encontrem em rota de colisão. E, mais além, também se verifica na doutrina e jurisprudência a concordância sobre os ditos princípios serem aplicáveis para corrigir uma falha de atuação, o que se convencionou chamar de proibição de insuficiência. Assim, considera-se na doutrina que os Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade possuem uma característica dupla, atuando:

[...] simultaneamente como critério para o controle da legitimidade constitucional de medidas restritivas do âmbito de proteção de direitos fundamentais, bem como para o controle da omissão ou atuação insuficiente do Estado no cumprimento dos seus deveres de proteção. (SARLET, 2012, p. 406).

A doutrina divide o princípio da proporcionalidade em três elementos (também chamados de subcritérios ou subprincípios constitutivos por parte da doutrina: a adequação ou conformidade, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito (SARLET, 2012, p. 406-407). Essa divisão analisa a proporcionalidade como um processo que tem: “sucessivamente, natureza classificatória (adequação), eliminatória (necessidade) e axiológica (proporcionalidade em sentido estrito, caracterizado por um afinilamento progressivo” (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 182).

O subprincípio da adequação analisa se o ato restritivo ao direito fundamental poderá alcançar o objetivo desejado e também se é adequado e necessário (MENDES; BRANCO, 2014, p. 227). O que se busca é um ato que, visando determinado objetivo, se fundamente em contestações práticas que demonstrem que pode atingir o fim desejado sem exceder a limitação a ser imposta. Em outras palavras:

Adequando será um meio se houver uma conexão fundada em hipóteses comprovadas sobre a realidade empírica entre o estado de coisas conseguido pela intervenção e o estado de coisas no qual o propósito puder ser considerado realizado. (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 203).

O subprincípio da necessidade analisa de o objetivo pretendido pode ser alcançado por outro meio que se demonstre menos oneroso do que aquele que está restringindo o direito fundamental. Essa análise se demonstra mais relevante do que a análise da adequação, uma vez que, determinado esteja que o ato é necessário, se torna irrelevante a avaliação quanto à adequação do mesmo (MENDES; BRANCO, 2014, p. 227). A alta relevância da necessidade, sendo o fator preponderante que irá definir a aplicação ou não de determinada medida, deve levar em consideração, ao avaliar a necessidade do meio a ser empregado ou de meio alternativo, duas condições:

a) O meio alternativo dever ser menos gravoso para o titular do direito que sofre a limitação de seu direito fundamental. Isso permite descartar os meios igualmente ou mais gravosos que são adequados (*requisito da menor gravidade*).

b) O meio alternativo deve ter eficácia semelhante ao meio escolhido pela autoridade estatal, que passou pelo crivo da adequação, permitindo alcançar o estado de coisas no qual o propósito possa ser considerado realizado. Dito de outra maneira, o meio alternativo menos gravoso deve ser adequado da mesma forma que o meio mais gravoso escolhido pela autoridade e também tão adequado quanto os eventuais outros meios menos gravosos que o escolhido pela autoridade estatal (*requisito da igual adequação*). (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 211).

O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito está relacionado, em certa medida, à razoabilidade. Sua avaliação leva em consideração o impacto que o ato terá para o atingido pelo mesmo. No caso em concreto, mesmo o ato que seja necessário e adequado pode ser revelar desnecessariamente irrazoável quando aplicado ao atingido. (MENDES; BRANCO, 2014, p. 227). Assim como se aplica essa tripartição da proporcionalidade na análise dos excessos cometidos contra o direito fundamental, também se pode aplicar na deficiência da aplicação. Assim, deve ser observar se o ato que se deseja compelir a ser efetuado é adequado para atingir o objetivo e se sua aplicação é o melhor meio para atingir o fim sem agredir interesses coletivos. Finalmente, deve ser verificado se o atingimento do fim que se deseja através do ato, adequado e necessário, não irá se demonstrar excessivamente oneroso quando confrontado com as necessidades de outros detentores de direitos. (SARLET, 2012).

Cabe uma análise sobre uma eventual fungibilidade entre proporcionalidade e razoabilidade. A recepção do princípio da proporcionalidade no ordenamento brasileiro se deu a partir da construção desse conceito no ordenamento português. Contudo, essa construção aconteceu a partir de tradições jurídicas distintas. A tradição continental

européia orientou o desenvolvimento do princípio da proporcionalidade a partir do princípio do Estado de direito, com orientação do *civil law*. De forma paralela, na Inglaterra, o *common law* construiu a proporcionalidade mais como um objetivo de razoabilidade. Essa construção sincrética a partir de tradições jurídicas distintas trouxe ao Brasil, quando da recepção dessa teoria, dificuldades de ordem prática. A aplicação do princípio da proporcionalidade muitas vezes se demonstra mais um exercício de razoabilidade do que um método ordenado de solução de conflitos entre direitos fundamentais (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 184). Contudo, e para fins práticos de aplicação quando for necessário avaliar situações em que direitos fundamentais colidentes de apresentam, se verifica que, independentemente das discussões doutrinárias, ambos os princípios devem se encontrar quando da utilização do método da ponderação, detalhado por Robert Alexy, e que será tratado a frente. (SARLET, 2012).

#### 1.1.4.2.3 A colisão

Quando o titular de um direito fundamental, ao exercer esse direito, interfere no âmbito de proteção de outro direito fundamental se diz que ocorreu colisão de direitos fundamentais. Esse conflito pode se dar: “[...] entre (a) direitos individuais, (b) direitos individuais e bens jurídicos da comunidade, e (c) entre bens jurídicos coletivos” (MENDES; BRANCO, 2014, p. 236). Além disso, se fala em colisão de direitos em sentido amplo, que se dá entre outros princípios que tenham como objetivo a proteção de interesses da coletividade, e em colisão de direitos em sentido estrito, que se dá entre direitos fundamentais. Essa última pode se dar entre direitos fundamentais diversos ou entre direitos fundamentais idênticos, sendo este último composto por quatro tipos básicos de colisão:

- a) Colisão de direito fundamental enquanto direito liberal de defesa [...].
- b) Colisão de direito de defesa de caráter liberal e o direito de proteção [...]
- c) Colisão do caráter negativo de um direito com o caráter positivo desse mesmo direito [...]
- d) Colisão entre o aspecto jurídico de um direito fundamental e o seu aspecto fático [...]. (MENDES; BRANCO, 2014, p. 237).

A colisão entre direitos fundamentais idênticos é assunto espinhoso em se tratando de desenvolvimento de uma sistemática para seu tratamento. Para que se possa privilegiar determinado direito em detrimento de outro sem que se faça uma análise minuciosa do caso em questão seria necessário estabelecer uma hierarquia rigorosa que

colocasse determinados direitos em posição de supremacia em relação a outros. Parte da doutrina considera plausível que, em situações extremamente excepcionais, se possa estabelecer que um princípio constitucional tem prevalência sobre outros. Seria o caso do princípio da dignidade humana e do direito à vida, a partir dos quais derivam diversos outros direitos. Ora, na visão dessa parcela da doutrina, seria aceitável se considerar que ocorresse uma hierarquia entre direitos originários e direitos derivados (MENDES; BRANCO, 2014, p. 238). Contudo, essa ideia encontra resistência em outra parcela da doutrina, que considera que qualquer tentativa de hierarquização dos direitos fundamentais esbarraria na falta de critério para se definir uma prevalência entre direitos. (DIMOULIS; MARTINS, 2014).

Outra forma de análise da questão seria considerar que direitos fundamentais que possuem reserva legal simples ou qualificada estariam em desvantagem em uma pretensa hierarquia em relação àqueles que não possuem nenhum tipo de reserva legal. Contudo, esse tipo de raciocínio atribui aos direitos com reserva legal um juízo de desvalor que não é o objetivo do constituinte ao instituir a reserva. Na verdade, o estabelecimento de reserva para determinado direito não estaria ligado a um relacionamento de desigualdade do mesmo em relação a outros, mas sim ao seu potencial de geração de conflito quando de ser exercício. (MENDES; BRANCO, 2014).

#### **1.1.4.2.3.1 A teoria de ponderação de princípios de Robert Alexy**

Em verdade, a questão é saber se direitos fundamentais que não possuem previsão de reserva legal expressa poderiam ter restrição *a priori*. Isso estabeleceria que um direito fundamental, criado para ser irrestrito, teria a possibilidade de limitação em abstrato. Ora, a doutrina, em um esforço de tratar a questão de forma sistematizada, considera que a limitação a determinado direito fundamental em relação a outro deve observar a análise do caso em concreto. Seria o que Robert Alexy chama de uma ponderação de princípios, efetuada de forma a estabelecer uma prevalência temporária e pontual de um direito frente a outro. Essa ponderação:

[...] realiza-se em três planos. No primeiro, há de se definir a intensidade da intervenção. No segundo, trata-se de saber a importância dos fundamentos justificadores da intervenção. No terceiro plano, então se realiza a ponderação em sentido específico e estrito. (MENDES; BRANCO, 2014, p. 240-241).

A atribuição de uma escala hierarquizada, que definiria a precedência entre os princípios constitucionais, de forma a lidar com a sua colisão, poderia ser tratada pela mera atribuição de valores numéricos de pesos diferentes a cada princípio. Isso levaria a uma análise em abstrato que justificaria qualquer medida para garantir o exercício do direito precedente, o que criaria uma “tirania dos valores” (SCHMITT apud ALEXY, 2012, p. 160). Ainda, na visão do mestre alemão, para corrigir essa sistemática de atribuição de valores numéricos que representariam a importância de um dado princípio frente a outro, seria possível atribuir um outro valor numérico que representaria a intensidade de aplicação do dito direito. Através de operações matemáticas seria possível aferir a precedência de um direito em relação ao outro. Contudo, toda essa sistemática de cálculos ainda estaria sujeita à questão da atribuição de valores em abstrato, que definiriam uma hierarquia em que um determinado direito fundamental teria precedência sempre sobre outro.

Ao contrário da atribuição de valores em abstrato para os direitos, o que criaria uma ordenação estática com todos os problemas apresentados anteriormente, também é possível efetuar uma ordenação flexível dos direitos, que podem ser feitas: “(1) por meio de preferências *prima facie* em favor de um determinado princípio ou valor; e (2) por meio de uma rede de decisões concretas sobre preferências” (ALEXY, 2012, p. 163). Esses dois métodos de criação de uma hierarquia flexível de direitos estão ligados à ideia de sopesamento, que é a avaliação em concreto de um choque entre princípios feita a partir de enunciados de preferências condicionadas que podem ser assentados em diversos fundamentos, assim sendo: “à vontade do constituinte, às consequências negativas de uma fixação alternativa das preferências, a consensos dogmáticos e a decisões passadas” (ALEXY, 2012, p. 166). Essa avaliação deve seguir o que Alexy (2012, p. 167) chama de lei do sopesamento, segundo a qual “[...] a medida permitida de não-satisfação ou de afetação de um princípio depende do grau de importância da satisfação do outro”. A aplicação dessa “lei” leva à conclusão de que qualquer peso que seja atribuído a princípios terá uma atribuição temporária e específica de um caso em concreto, sem refletir um juízo de valor em abstrato da importância de determinado princípio em relação a outro.

Parte da doutrina pátria considera que a ponderação, ou sopesamento, não é uma solução válida para se resolver colisões de direitos fundamentais. Argumentam que a decisão tomada sempre será subjetiva, independentemente de quanto se dispenda de

tempo na criação de critérios objetivos para balizar essa decisão. Outra argumentação dos críticos da teoria da ponderação é que a decisão sobre intervir ou não no exercício de determinado direito é de cunho legislativo e nunca judiciário. Essa linha doutrinária afirma que:

[...] a proporcionalidade *stricto sensu* na acepção principiológica não só carece de “critérios seguros que possam afastar a discricionariedade de seu aplicador”, mas também é uma construção irracional, dada a impossibilidade jurídica de quantificar e comparar os direitos fundamentais, decidindo qual possui maior “peso” ou importância no caso concreto. (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 222-223).

A despeito desse posicionamento de parte da doutrina, a orientação doutrinária majoritária é no sentido de utilizar a teoria da ponderação para o tratamento dos casos de colisões entre direitos. Essa orientação doutrinária majoritária vai ao encontro do entendimento de nossos tribunais, sendo inúmeros os casos em que técnicas de ponderação de princípios foram utilizadas na resolução de colisões dentro do Supremo Tribunal Federal. (MENDES; BRANCO, 2014).

## 1.2 Direito à liberdade de expressão

A comunicação está no cerne do desenvolvimento do ser humano enquanto ser social. É da natureza do ser humano a troca constante de informações, sendo componente essencial da construção da sociedade. Dessa forma, quando o constituinte originário elencou os direitos fundamentais a serem protegidos dentro do texto constitucional, foi natural que a liberdade de expressão estivesse dentro desse rol. O direito à liberdade de expressão está solidamente assentado na Constituição Federal em diversos dispositivos, tomando como exemplo as disposições do art. 5º, IV E XIV<sup>12</sup>. (MENDES; BRANCO, 2014, p. 264). Parte da doutrina trata o inciso IV do art. 5º da CF/88 como uma cláusula geral relativa à liberdade de expressão, guardando relação com uma série de outros dispositivos espalhados pelo texto constitucional e que formam a estrutura de proteção do direito, além de limitar, dentro de parâmetros constitucionais, o seu exercício. Esses dispositivos tratam da liberdade da pessoa humana, em sua manifestação enquanto sujeito

---

<sup>12</sup> Art. 5º [...]

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

[...]

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

[...]

com direito à expressar-se e também da liberdade no âmbito da comunicação social, como instrumento do controle do Estado visando a garantia do Estado democrático. (SARLET; et al., 2016).

A liberdade de expressão já existia no ordenamento brasileiro, com um grau maior ou menor de proteção dependendo do contexto político-social, no art. 179, IV da Constituição de 1824, no art. 72, §12 da Constituição de 1891, no art. 113, n. 9 da Constituição de 1934, no art. 122, n. 14 da Constituição de 1937, no art. 141, §5º da Constituição de 1946 e no art. 150, §8º da Constituição de 1967, tornado o art. 153, §8º pela Emenda Constitucional 1/1969. (SARLET; et al., 2016).

### 1.2.1 Conteúdo

A liberdade de expressão é um direito de defesa, que busca estabelecer os limites da atuação do poder coercitivo do Estado. Seu objetivo último é garantir que todo tipo de manifestação esteja protegido da interferência prévia do Estado em seu conteúdo, de forma que este conteúdo chegue ao destinatário da mensagem livre de edições efetuadas de forma arbitrária, conforme disposto no art. 220, §2º da CF/88<sup>13</sup>. (MENDES; BRANCO, 2014, p. 264). Por se compor de um direito complexo, a doutrina costuma dividir, para efeitos didáticos, o direito à liberdade de expressão, sendo:

(a) liberdade de manifestação do pensamento (incluindo a liberdade de opinião); (b) liberdade de expressão artística; (c) liberdade de ensino e pesquisa; (d) liberdade de comunicação e de informação (liberdade de “imprensa”); (e) liberdade de expressão religiosa. (SARLET; et al., 2016, p. 495).

Como dito anteriormente, se trata de pressuposto do Estado democrático que todos possam expressar livremente suas ideias, opiniões, convicções e julgamentos sobre qualquer assunto ou qualquer pessoa (MENDES; BRANCO, 2014. P. 264). A proteção constitucional para garantir a efetividade do direito deve abarcar, portanto, tanto os fatos quanto as liberdades espirituais, incluindo expressões não verbais, se materializando na proteção a todo juízo de valor efetuado pelo indivíduo a respeito de ideias e opiniões emitidos por terceiros (SARLET; et al., 2016, p. 498). Contudo, apesar desse pressuposto,

---

<sup>13</sup> Art. 220 [...]

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.  
[...]

é um direito que possui uma série de limitações ao seu exercício dentro do próprio texto constitucional, algumas diretamente constitucionais como a previsão da vedação ao anonimato do inciso IV, o sigilo da fonte da informação do inciso XIV, ambos do art. 5º, e outras indiretamente constitucionais, como os incisos I e II, do §3º do art. 220<sup>14</sup>. (MENDES; BRANCO, 2014, p. 265). Outra limitação ao direito à liberdade de expressão se relaciona ao dever de verdade, que trata da negativa de fatos históricos e também dos delitos de opinião, onde a liberdade de expressão pode ferir de morte garantias constitucionais. (SARLET; et al., 2016)

O alcance dessa liberdade ultrapassa a manifestação de ideias e opiniões, englobando também o direito de não se manifestar. Como se vê, o estabelecimento de uma obrigação negativa para o Estado, de não intervir na expressão do pensamento e ideias, não cria para o titular do direito uma obrigação de nenhum tipo, podendo se abster de qualquer manifestação. Esse direito de não manifestação, juntamente com o direito de manifestação, também configura a proteção que é dada ao indivíduo quanto à liberdade de expressão. (MENDES; BRANCO, 2014).

### 1.2.2 Sujeitos

O sujeito passivo típico do direito à liberdade de expressão é o Estado, uma vez que, como visto anteriormente, se trata de uma previsão constitucional que visa impedir o exercício arbitrário de censura por parte do Estado contra a manifestação de pensamento de particulares. Apesar de não ser típica a imposição da liberdade de expressão entre particulares, podem existir situações em que isso seja possível. (MENDES; BRANCO, 2014).

Com relação ao relacionamento entre o jornalista e a empresa de comunicação à qual se veja vinculado, a doutrina entende não ser possível a imposição de liberdade de expressão forçando o meio de comunicação a publicar matéria que não seja do interesse

---

<sup>14</sup> Art. 220 [...]

§ 3º Compete à lei federal:

I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada;

II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

[...]

da empresa. Contudo, na mesma linha, o jornalista não pode ser obrigado a participar da veiculação de matéria que contradiga suas convicções pessoais, o que autorizaria a rescisão de seu vínculo com a empresa de comunicação. (MENDES; BRANCO, 2014).

### 1.2.3 Limites

Conforme dito anteriormente, ao mesmo tempo em que a Constituição abriga e ampara a liberdade de expressão, garantindo que não deverá ser alvo de nenhuma lei que tenha o objetivo de embaraçar esse direito, também traz diversas previsões de restrições diretamente e indiretamente constitucionais. Uma série de interferências legislativas possui previsão no texto constitucional, sendo:

[...] para proibir o anonimato, para impor o direito de resposta e a indenização por danos morais e patrimoniais e à imagem, para preservar a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, e para que se assegure a todos o direito de acesso à informação. Prevê, também, a restrição legal à publicidade de bebidas alcoólicas, tabaco, medicamentos e terapias (art. 220, §4º). Impõe, ainda, para a produção e a programação das emissoras de rádio e de televisão o “respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família”, confiando à lei federal a tarefa de estabelecer meios para a defesa desses valores (art. 220, §3º, II). (MENDES; BRANCO, 2014, p. 270).

Parte significativa da doutrina considera que o direito à liberdade de expressão teria uma posição preferencial quando defrontado com outros direitos, por ser um dos fundamentos do Estado democrático. Contudo, não se deve entender essa posição preferencial com uma hierarquização prévia da liberdade de expressão, colocando-a em posição de prevalência em relação a outros direitos fundamentais. Outrossim, a colisão entre este direito e os demais deve seguir os critérios da proporcionalidade e da razoabilidade, conforme visto anteriormente. (SARLET; et al., 2016).

Diferentemente de outras cartas constitucionais, como a alemã no seu art. 5º (2)<sup>15</sup>, a Constituição Federal não traz nenhuma cláusula que restrinja a liberdade de expressão visando a proteção de crianças e adolescentes. Contudo, a carta constitucional autorizou o poder público a efetuar a classificação da programação a ser exibida nos meios de comunicação por faixa etária e tipo de apresentação. Isso demonstra um

---

<sup>15</sup> Art. 5º [...]

(2) Estes direitos têm por limites as disposições das leis gerais, os regulamentos legais para a proteção da juventude e o direito da honra pessoal.

[...]

interesse do constituinte originário de proteger personalidades em formação, mesmo que para isso tivesse que restringir, de certa forma, a liberdade de expressão. Contudo, não se trata de uma restrição *stricto sensu*, uma vez que é vedada a censura à programação, sendo apenas autorizada a veiculação de informação relativa à sua classificação etária. (MENDES; BRANCO, 2014). Toda e qualquer disposição criando embaraço prévio à manifestação da liberdade de expressão estará eivada de inconstitucionalidade, conforme se depreende do julgamento da ADIn 2.404/2001, que teve como relator o Ministro Dias Toffoli, cujo julgamento estabeleceu a inconstitucionalidade do art. 254 da lei nº 8.069/90 que estabelecia punição para transmissão de espetáculo fora do horário estabelecido na classificação de programação. (SARLET; et al., 2016).

Na mesma linha anterior, seria possível edição de leis restringindo a liberdade de expressão, mesmo sem previsão constitucional expressa para isso, desde que o objetivo da lei fosse proteger bem específico e fossem guardados os critérios de razoabilidade e proporcionalidade na sua confecção. Edição de lei que possuam um caráter apenas neutra, sem uma intenção nítida de proteção a um determinado bem ou valor, podem esconder em si a intenção de mera censura, o que as eivaria de caráter inconstitucional. (MENDES; BRANCO, 2014). O posicionamento do STF é controverso a respeito. Quando do julgamento da ADPF 130 o entendimento era que nenhum tipo de restrição, que não fossem as que já estão presentes no texto constitucional, poderiam restringir à liberdade de expressão. Contudo, quando do julgamento do RE 511.961/SP ficou estabelecido que é possível a restrição à liberdade de expressão frente à outros direitos fundamentais, desde que seguindo rigorosos critérios de proporcionalidade e razoabilidade. (SARLET; et al., 2016).

A doutrina constitucional norte-americana estabeleceu, e foi seguida pelas doutrinas de diversos outros países, uma série de restrições à liberdade de expressão que avaliam a intenção e o contexto de emissão de determinadas palavras ou conteúdos. Seriam incompatíveis com a liberdade de expressão a divulgação de palavras, expressões ou discursos que tivessem somente o objetivo de gerar quebra da ordem, ou que tivessem a intenção clara nesse sentido, mesmo que não conseguindo consumir o objetivo pretendido. Também considera que palavras belicosas, emitidas em um contexto que não permita a contradita de tais palavras, seriam incompatíveis com a garantia constitucional.

Se insere nesse último raciocínio, amparada pela jurisprudência do STF, a propagação do discurso de ódio e as ideias que propagam ideias racistas. (MENDES; BRANCO, 2014).

### **1.3 Direito à intimidade e vida privada**

O direito à intimidade e à vida privada tem previsão no art. 5º, X da CF/88, constituindo limitação diretamente constitucional à liberdade de expressão, conforme previsão do art. 220, §1º. (MENDES; BRANCO, 2014). Apesar de se relacionar com outros direitos fundamentais, sendo um dos de maior relevância para a proteção da dignidade e da personalidade, somente no texto da Constituição Federal de 1988 foi que esse direito encontrou previsão expressa. (SARLET; et al., 2016). Existe uma discussão doutrinária a respeito dos limites do direito de fundamental de proteção à privacidade e se esse direito seria distinto do direito de proteção à intimidade. Quando elencados na Constituição Federal, ao lado de outros direitos da personalidade como a honra e a imagem, intimidade e vida privada recebem termos distintos, como se tivesse sido a intenção do constituinte definir dois direitos distintos a serem protegidos. Em verdade o que parece ocorrer é que, por terem esses direitos recebido assentamento constitucional pela primeira vez na Carta Magna de 1988, optou o constituinte por agir com prudência e elencar expressamente ambos para que não restassem dúvidas a respeito da extensão da tutela. De outra forma, discutir os limites de aplicação de um de outro dos direitos citados seria desviar a atenção da questão principal, ou seja, a tutela desses direitos. Dessa forma, o posicionamento majoritário da doutrina é considerar que o direito à privacidade engloba também o direito à intimidade, por ser aquele mais amplo e genérico do que esse. (NASCIMENTO, 2017).

#### **1.3.1 Conteúdo**

A intimidade pode ser considerada como sendo um componente interno da privacidade, estando em uma esfera interna a este último. (MENDES; BRANCO, 2014, p. 281). Essa é a linha da doutrina constitucional alemã, que, baseada na teoria das esferas, entende que existem três esferas de proteção da vida privada enquanto direito com garantia constitucional. A primeira delas seria uma esfera íntima, onde residiria o núcleo essencial do direito, que não poderia ser objeto de ponderação. A segunda, englobando a primeira, seria uma esfera mais ampla onde residiriam os aspectos da vida privada do

indivíduo, como a convivência familiar por exemplo, e que poderia ser objeto de ponderação frente a colisões com outros direitos fundamentais. Englobando essa segunda esfera existiria uma terceira que seria a esfera social, onde existiria a proteção à imagem e à palavra mas não mais a intimidade e vida privada. (SARLET, 2016).

O direito à privacidade seria um poder que é dado ao indivíduo de constranger outros indivíduos a respeitar uma esfera íntima mínima de decisões e informações que são consideradas fundamentais para o desenvolvimento da personalidade (MENDES; BRANCO, 2014, p. 281). Diferentemente da doutrina constitucional norte-americana, onde o direito à vida privada assumiu proporções de cláusula geral, na doutrina constitucional brasileira o direito à vida privada assume uma posição de direito de personalidade subordinado à uma suposta cláusula geral, sendo esta o princípio da dignidade da pessoa humana. (SARLET, 2016).

Questão fundamental sobre o direito à vida privada é a que está centrada na limitação de acesso a informações pessoais por terceiros. Segundo Prosser (apud MENDES; BRANCO, 2014, p. 282) existiriam quatro maneiras de invadir a privacidade alheia:

1) intromissão na reclusão ou na solidão do indivíduo, 2) exposição pública de fatos privados, 3) exposição do indivíduo a uma falsa percepção do público (false light), que ocorre quando a pessoa é retratada de modo inexato ou censurável, 4) apropriação do nome e da imagem da pessoa, sobretudo para fins comerciais.

Em essência, seria o direito à privacidade um direito de o indivíduo se for fora do foco de interesse de terceiros, mantendo assuntos de sua esfera pessoal de interesse fora da observação do público. (MENDES; BRANCO, 2014, p. 283). De outra forma, pode ser dito que:

[...] o direito à privacidade consiste num direito a ser deixado em paz, ou seja, na proteção de uma esfera autônoma da vida privada, na qual o indivíduo pode desenvolver a sua individualidade, inclusive e especialmente no sentido da garantia de um espaço para seu recolhimento e reflexão [...]. (SARLET, 2016, p. 448).

Dessa forma, se trata de um direito fundamental subjetivo e objetivo ao mesmo tempo. Subjetivo enquanto garante ao indivíduo o direito de não intervenção pelo Estado e por outros indivíduos da sua esfera mais pessoal, sendo assim um direito de

autodeterminação. Objetivo enquanto cria para o Estado a obrigação de criar as condições para o efetivo exercício desse direito. (SARLET, 2016).

### **1.3.2 Sujeitos**

A proteção à vida privada é um direito que a doutrina diz ter eficácia horizontal, repelindo qualquer ação estatal no sentido de atingi-lo como também as ações de particulares. Assim como as pessoas físicas também as pessoas jurídicas podem ser titulares do direito. Assim como no caso da liberdade de expressão, não se trata de uma garantia absoluta. Além das hipóteses constitucionalmente estabelecidas, como a quebra do sigilo de comunicações telefônicas, outras situações podem ensejar a quebra da garantia, desde que aplicadas as técnicas de proporcionalidade e razoabilidade aplicadas às colisões de princípios. (MENDES; BRANCO, 2014, p. 291-292).

### **1.3.3 Limites**

A proteção à intimidade e vida privada é um tipo de direito fundamental que consta na Constituição sem nenhum tipo de cláusula de reserva legal. Assim, quaisquer limitações ao seu exercício deverão ser analisadas, levando em consideração o caso concreto, quando ocorrer colisão com outro direito fundamental do mesmo tipo (SARLET, 2016, p. 450). A doutrina considera que a proteção dada à intimidade de determinada pessoa depende de como a pessoa se conduz na sua vida cotidiana. Mais aplicável seria a flexibilização da proteção no caso de pessoa que cultiva uma imagem pública, ou que torna pública informações pessoais de livre vontade. (MENDES; BRANCO, 2014, p. 283).

Existe uma tendência a considerar que quando se trata de pessoa com vida eminentemente pública haveria uma justificativa de flexibilização da proteção da vida privada, uma vez que restaria à coletividade um interesse público no comportamento daquele indivíduo. Contudo, deve ser definida a linha que separa o interesse público do interesse do público. A justificativa para se divulgar uma notícia com base no dito interesse público deve estar assentada em razões de proteção da saúde ou ordem pública e não em um interesse mórbido do público por atrações bizarras e informações sensacionalistas. E, desaparecendo a notoriedade pública da pessoa objeto da notícia,

deve ser respeitado o seu eventual retiro ao anonimato. (MENDES; BRANCO, 2014, p. 285-286).

Parca é a proteção constitucional quando se trata especificamente dos dados pessoais transitando em ambientes informatizados. Apesar da garantia do art. 5º, XII, a verdade é que a carta constitucional não ampara a livre disposição dos dados pessoais, o que faz com que esses dados não sejam totalmente amparados pela proteção constitucional plena. A definição de um direito à autodeterminação dos dados pessoais abrange várias facetas, como:

(a) o direito ao acesso e conhecimento dos dados pessoais existentes em registros (bancos de dados) públicos ou privados; (b) o direito ao não conhecimento, tratamento e utilização e difusão de determinados dados pessoais pelo Estado ou por terceiros, aqui incluído um direito de sigilo quanto aos dados pessoais; (c) o direito ao conhecimento da identidade dos responsáveis pela coleta, armazenamento, tratamento e utilização dos dados; (d) o direito ao conhecimento da finalidade da coleta e da eventual utilização dos dados; (e) o direito à retificação e, a depender do caso, à exclusão de dados pessoais armazenados em bancos de dados. (SARLET, 2016, p. 473-474).

Esse amplo espectro de problemas potenciais relativos à extração, guarda e manipulação de dados pessoais no ambiente informatizado ganha amplitude e problemática quando defrontada com a complexidade não regulamentada da Internet e da inserção do indivíduo na sociedade da informação. Com isso surge, na doutrina brasileira ainda de forma incipiente mas na doutrina estrangeira já bastante consolidada, uma nova forma de direito de personalidade relacionado ao direito à intimidade e vida privada. Se trata do direito ao esquecimento. (SARLET, 2016, p. 475).

## **2 SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E DIREITO AO ESQUECIMENTO**

A Sociedade da Informação é um conceito pré-digital que surgiu com a revolução francesa. Esse conceito foi modificado com o surgimento da Internet, o que gerou a necessidade de adaptação de institutos jurídicos para que possa ser efetuada a tutela a direitos fundamentais já consolidados.

### **2.1 A sociedade da informação**

A delimitação inicial do que seria o conceito de sociedade da informação foi dada por Norbert Wiener, matemático a serviço do governo norte-americano que chegou à conclusão de que a quantidade de informação era fator fundamental para a determinação da solução de certos problemas militares. Porém, a expressão sociedade da informação foi utilizada pela primeira vez em 1980 em uma conferência internacional da Comunidade Econômica Europeia para tentar delimitar um novo conceito de sociedade com maior circulação de serviços e acesso à informação pelos Estados-membros. Alguns autores argumentam que o termo sociedade em rede seria mais adequado para designar o que realmente surgiu a partir da evolução dos novos meios de tecnologia da informação, ou seja, uma sociedade que se baseia em modelos de infraestruturas de redes sociais e mídias eletrônicas que organizam e expandem dinamicamente, em contraste com os modelos tradicionais de sociedade. (NASCIMENTO, 2017).

Nunca na história da humanidade se produziu tanta informação como nos tempos atuais, a ponto de alguns pesquisadores assumirem que a produção de informação é um fator que define a sociedade moderna. Por conta disso, é costumeiro se atribuir o termo sociedade da informação ao atual arranjo social de nossa época. Contudo, é trabalhoso encontrar um conceito/definição para o que seria uma sociedade da informação. Nas palavras de Gouveia (2004 apud ANTUNES, 2008, p. 2):

A Sociedade da informação está baseada nas tecnologias de informação e comunicação que envolvem a aquisição, o armazenamento, o processamento e a distribuição da informação por meios electrónicos, como a rádio, a televisão, telefone e computadores, entre outros. Estas tecnologias não transformam a sociedade por si só, mas são utilizadas pelas pessoas em seus contextos sociais, económicos e políticos, criando uma nova comunidade local e global: a Sociedade da Informação.

Existe divergência no uso do termo sociedade da informação como sendo equivalente ao termo sociedade do conhecimento. Para uns, pode se afirmar que são termos similares e intercambiáveis, uma vez que informação é um tipo de produção de conhecimento. (ANTUNES, 2008, p. 3). Contudo, para outros, é um erro se afirmar que os termos sociedade da informação e sociedade do conhecimento possam ser usados indiscriminadamente, uma vez que designariam conceitos distintos. Para os seguidores dessa linha de pensamento:

A Sociedade do conhecimento contribui para que o indivíduo se realize na sua realidade vivencial. Compreende configurações éticas e culturais e dimensões políticas. A sociedade da informação, por outro lado, está limitada a um avanço de novas técnicas devotadas para guardar, recuperar e transferir a informação. Em nenhum momento a sociedade da informação pretendeu ser responsável pelo conhecimento gerado na sociedade. Foi sempre uma tecnoutopia e nunca uma utopia para um conhecimento social ampliado. A sociedade da informação, também, agrega as redes de informação, que são conformações com vigor dinâmico para uma ação de geração de conhecimento. (BARRETO, 2008, p.4).

Independentemente dessas discussões pode se dizer que a sociedade da informação está indissociavelmente ligada à forma como a sociedade moderna se organiza.

### **2.1.1 Evolução**

Durante longo tempo a humanidade evoluiu sem ter a condição de transmitir de forma eficiente às gerações que se sucederam o conhecimento gerado. Esse conhecimento somente com muita dificuldade era transmitido, pois muitas vezes parecia com a pessoa que o tinha construído. Contudo, por volta do ano de 700 a.C. ocorreu um evento que, na magnitude de seu impacto sobre a humanidade, demoraria mais de 2000 anos para se repetir. Por volta dessa época, a civilização grega sistematizou o primeiro alfabeto, resultado de uma longa e lenta acumulação de conhecimento verbal e não-alfabético. Com o alfabeto o conhecimento pode ultrapassar a barreira pessoal do seu criador e aumentar a velocidade de acumulação. Contudo, essa acumulação ainda estava longe de poder criar um momento crítico que possibilitaria a criação de um grande volume de informação, suficientemente grande para gerar uma sociedade da informação. Essa acumulação se acentuou no século XV, quando um novo salto tecnológico foi dado em direção a uma sociedade da informação com a criação da imprensa por Johannes Gutenberg. (CASTELLS, 2013, p. 414-415).

A acumulação e geração de conhecimento continuou a acontecer, nem sempre de forma contínua, mas garantida por uma continuidade social que insistiu em preservar uma cultura de conhecimento. Contudo, ainda faltava uma certa familiaridade das massas com o conceito de informação. Faltava uma sensação de naturalidade na presença constante de tanta informação, algo que tornasse essa oferta gigantesca de dados uma coisa comum. A ferramenta para a criação dessa mentalidade social aconteceu por conta da construção de uma cultura de consumo de mídia massificada, centralizada na tecnologia da televisão e difundida de forma progressiva pelo globo nas três décadas seguintes à Segunda Guerra Mundial. O surgimento da TV mudou a forma de transmissão de mensagens, de perfil eminentemente tipográfico e orientado pela ordem fonética do alfabeto, para outro que se baseava muito mais em linguagens visuais para a transmissão de mensagens. (CASTELLS. 2013, p. 415-418).

A televisão foi encarada inicialmente como um meio de comunicação passivo, em que o conteúdo de mídia era gerado e fornecido à revelia da audiência. Contudo, rapidamente as geradoras de conteúdo e emissoras de TV notaram que alguns programas tinham mais retorno financeiro da audiência, na forma de anúncios publicitários veiculados nos intervalos da transmissão. Isso demonstrou que a televisão era um meio de comunicação de massa interativo, ainda que de forma indireta e primitiva, baseada na reação do mercado, o que levou as emissoras a balizarem seus conteúdos de mídia levando em conta o nível cognitivo mínimo da audiência que era público-alvo. Como resultado disso, a qualidade do conteúdo gerado caiu, o que empobreceu a televisão como meio de transmissão de informação. Contudo, na década de 1980 começaram a se difundir uma série de dispositivos tecnológicos que permitiram ampliar a audiência de mídia, enquanto retiravam dos canais tradicionais de televisão o quase monopólio do entretenimento e informação. Foi a época do surgimento do *walkman*, do videocassete, das estações de música temática, das filmadoras de vídeo. Esse movimento de ampliação dos canais de comunicação ganhou ímpeto na década de 1990 com o advento dos canais de transmissão de TV à cabo, o que gerou um aumento dos canais de TV disponíveis. Esse ambiente gerou um desejo latente por informação, traduzida inicialmente pelo conteúdo gerado por uma multiplicidade de mídias. Essa evolução da comunicação pela ampliação das mídias criou as condições para o surgimento da sociedade da informação, evento que repete a magnitude do impacto no mundo tal como aconteceu com a criação do alfabeto. (CASTELLS, 2013, p. 422-426).

### 2.1.2 A Internet

Por volta do ano de 1960 o mundo se divide em dois espectros políticos que disputavam a hegemonia mundial. Os Estados Unidos da América lideravam o bloco de países conhecido como primeiro mundo, enquanto que a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas liderava um outro bloco de países conhecido como segundo mundo. Se tratava, para todos os efeitos, de uma guerra mundial, mas que tinha como pano de fundo menos o uso de armas e mais o desenvolvimento de tecnologia. O objetivo era suplantar o oponente, tornar sua tecnologia suficientemente obsoleta para que o uso da força militar pudesse se impor. Com o objetivo de capitanear essa busca pela supremacia tecnológica, o Departamento de Defesa dos Estados Unidos criou a ARPA (*Advanced Research Projects Agency*). Essa agência tinha como objetivo mobilizar os recursos existentes nas diversas universidades norte-americanas, de forma a conquistar a superioridade tecnológica sobre a União Soviética. Um dos projetos desenvolvidos por essa agência foi aquele que deu origem ao embrião da Internet, a Arpanet. (CASTELLS, 2015, p. 14).

À época da criação da Arpanet a comunicação global era dominada por redes telefônicas. Esse tipo de rede utiliza um tipo de comunicação baseada em comutação de circuitos, que estabelece uma conexão fim-a-fim entre dois pontos remotos. Essa conexão irá se manter pelo tempo total em que a comunicação existir. Se trata de um tipo de tecnologia de comunicação para um tipo de tráfego com constância em sua transmissão, a voz. Contudo, o tráfego de dados é bastante diferente do tráfego de voz, uma vez que tem uma característica de rajada. É esperado que uma das pontas da comunicação envie grandes quantidades de dados e, então, aguarde algum tipo de manifestação da ponta remota. Essas alternâncias entre períodos de alto tráfego seguidos por períodos de inatividade tornava o uso de redes de comunicação baseadas em comutação de circuitos extremamente ineficiente. Era necessário o desenvolvimento de um novo tipo de tecnologia de comunicação que se adequasse e essas novas características. O desenvolvimento dessa nova tecnologia, conhecida como comutação de pacotes, ocorreu de forma totalmente independente em três centros de pesquisa diferentes: no MIT, capitaneado por Leonard Kleinrock; no *Rand Institute*, liderado por Paul Baran; e no *National Physical Laboratory*, conduzido por Donald Davies e Roger Scantlebury. Essa tecnologia toma grandes quantidades de dados e as fragmenta em unidades menores, que poderão ser manejadas no meio do caminho de forma a escolher aqueles que estiverem

menos congestionados. Isso otimiza o uso dos recursos de comunicação, ao mesmo tempo em que torna a comunicação extremamente resiliente a falhas. (KUROSE; ROSS, 2010, p. 44).

Utilizando-se dessa tecnologia revolucionária, a ARPA, através de um de seus departamentos chamado de *Information Processing Techniques Office* (IPTO), buscou criar uma rede de comunicação descentralizada e flexível para interligar os diversos centros de pesquisa das universidades norte-americanas. O objetivo último dessa rede era ser suficientemente robusta para resistir na eventualidade de um ataque nuclear. Para conduzir o projeto da implantação dessa rede, conhecida como Arpanet, foi contratada uma empresa fundada por ex-professores do MIT (Bolt, Beranek e Newman) a BBN. A implementação teve início em 1969 com a implantação de quatro nós de comutação de pacotes, interligando a Universidade de Utah, o *Stanford Research Institute*, e os campus de Los Angeles e Santa Barbara da Universidade da Califórnia. Em 1971 a Arpanet atingiu um total de 15 nós de comutação de pacotes, interligando diversas universidades com a utilização do protocolo de comunicação NCP (*Network Control Protocol*). Em 1972 ocorreu a primeira demonstração bem-sucedida dos serviços da rede. (CASTELLS, 2015, p. 15).

A experiência bem-sucedida da Arpanet levou à criação de diversas outras redes para interligar universidades, como a BITNET, a CSNET e a NSFNET. (KUROSE; ROSS, 2010, p. 48). Contudo, não havia um protocolo de comunicação padronizado, o que inviabilizava que essas redes pudessem se conectar. O desenvolvimento desse protocolo padronizado de comunicação começou a ocorrer em 1973 com a criação do *Transmission Control Protocol* (TCP), se consolidando em 1978 com a criação do *Internet Protocol* (IP), o que gerou o padrão que seria adotado em toda a comunicação da Internet. (CASTELLS, 2015, p. 15). Em 1983 o Departamento de Defesa dos Estados Unidos criou a Milnet, para usos exclusivamente militares, transformando a ARPA-Internet em uma rede exclusivamente de pesquisa. No mesmo ano o protocolo TCP/IP foi adotado como protocolo padrão de comunicação para a Arpanet, substituindo o NCP. (KUROSE; ROSS, 2010, p. 48). A adoção do TCP/IP como protocolo de comunicação permitiu alta flexibilidade na conexão de novos dispositivos na rede, de forma que torna o funcionamento da Internet:

[...] substancialmente mais poderoso do que o de uma tecnologia simples de rede, porque o enfoque permite que novas tecnologias sejam incorporadas ao mesmo tempo sem exigir a substituição das tecnologias antigas como um todo. (COMER, 2016, p. 7).

Contudo, interconectividade não significa interação, no sentido como conhecemos hoje. A realidade do início da Internet era de tentativa de trocar arquivos em formatos e mídias completamente diferentes, muitas vezes em linguagens diferentes, o que dificultava demais as interações dos usuários. A grande mudança aconteceu por conta do trabalho de Tim Berners-Lee, pesquisador que trabalhava no Laboratório Europeu para a Física de Partículas (CERN). Sem ter a efetiva consciência do impacto do seu trabalho, ele criou três tecnologias que mudariam a Internet, sendo: (a) HTML, ou *Hypertext Markup Language*, linguagem universal e livre para formatação de documentos em qualquer tipo de navegador; (b) URI, *Uniform Resource Identifier*, sistema de endereçamento único de páginas na Internet que dispensa o apontamento de endereços numéricos, e que atualmente é conhecida como URL (*Uniform Resource Locator*), e; (c) HTTP, *Hypertext Transfer Protocol*, protocolo de comunicação entre clientes e servidores. Em parceria com Robert Cailliau, Berners-Lee desenvolveu e lançou um navegador (ou *browser* do original em inglês), incorporando essas três novas tecnologias que estavam embarcadas em um software conhecido como WWW (World Wide Web). Esse software foi distribuído gratuitamente em um navegador baseado em linha de comando, totalmente diferente dos modernos navegadores de internet. (KUROSE; ROSS, 2010, p. 48).

Essa distribuição alcançou diversos centros de pesquisa espalhados pelos Estados Unidos. Em um deles, o *National Center for Supercomputer Applications* (NCSA) foi desenvolvido o primeiro navegador com interface gráfica, o Mosaic. O desenvolvimento desse software foi efetuado por Marc Andreessen e Eric Bina em 1992 e, até abril de 1994 já haviam sido distribuídos milhões de cópias. Em 1994 os dois se uniram ao criador da Silicon Graphics, Jim Clark para criar a Netscape, dando origem ao Netscape Navigator, primeiro *browser* confiável. (CASTELLS, 2013, p. 88-89).

Passados trinta e cinco anos da data histórica do dia primeiro de janeiro de 1983, quando se deu a adoção compulsória do protocolo TCP/IP dentro da Arpanet, e que é considerado pelos especialistas da área como a data da criação do que conhecemos por Internet, pode ser visto o legado de sua criação. Uma rede que foi originalmente

financiada com recursos militares e criada com os mesmos objetivos, acabou por escapar completamente a qualquer tipo de controle. Claro que o objetivo era exatamente esse, que a rede não pudesse ser controlada por nenhum ponto específico, de forma a prevenir uma tomada dos meios de comunicação em caso de guerra. Contudo, é de se imaginar que os alcances dessa intocabilidade da rede ultrapassaram em muito o desejo inicial dos seus criadores. (CASTELLS, 2013, p.44).

### 2.1.3 O ciberespaço

Na década de 1940 o físico Norbert Wiener cunhou a palavra cibernética. Partindo do original em grego, o prefixo cyber tinha originalmente o significado de controle, sendo, literalmente, “aquele que governa”, ou ainda, “aquele que conduz”. Dessa forma, cibernética seria a ciência do controle da interação entre os seres vivos e as máquinas. (KELLNER, 2001 apud MONTEIRO, 2007, p.3). Não é possível afirmar com certeza, mas algo na mesma linha de raciocínio pode ter passado pela mente de William Gibson quando, em 1982 no conto *Burning Chrome* e posteriormente em 1984 no romance *Neuromancer*, cunhou o termo ciberespaço. (MONTEIRO, 2007, p.3). Uma indicação de que a ideia de controle pode ter se insinuado na mente de William Gibson pode ser intuída a partir de suas palavras no próprio livro ao definir o que seria o ciberespaço:

Uma alucinação consensual vivenciada diariamente por bilhões de operadores autorizados, em todas as nações, por crianças que estão aprendendo conceitos matemáticos... uma representação gráfica de dados abstraídos dos bancos de todos os computadores do sistema humano. Uma complexidade impensável. Linhas de luz alinhadas no não espaço da mente, aglomerados e constelações de dados. (GIBSON, 2008, p. 77).

Essa “alucinação consensual” de Gibson é um universo de redes digitais onde se trava uma batalha entre multinacionais que detêm controle sobre fortalezas digitais de informações, todas em busca da hegemonia global. Também é cenário de heróis que interagem fisicamente com a rede digital de interação e de uma superinteligência artificial que aspira o domínio do ambiente físico e virtual. Levy (1999, p. 92-93) define o ciberespaço como “[...] o espaço de comunicação aberto pela interconexão mundial dos computadores e das memórias dos computadores”. Para ele, existem características definidoras do ciberespaço, como o fato de ser um meio multimídia, interativo, hipertextual e com característica de atualização em tempo real. Contudo, a característica

principal do ciberespaço seria que no seu ambiente a informação possui um caráter virtual.

Virtual, nesse caso, representaria um desprendimento de qualquer orientação física, podendo existir em qualquer lugar e a qualquer tempo. E, mesmo não podendo ser determinado o seu lugar de forma específica, a informação existe em si mesma. Dessa forma, no ciberespaço a informação está fisicamente sediada em algum lugar específico, estando, contudo, disponível para ser acessada de qualquer outro ponto onde um usuário da rede esteja conectado em sua estrutura. Também, a informação não pode ser acessada fisicamente pelo usuário, mas, de nenhuma forma se pode negar a sua existência. E mais, o uso interativo e simultâneo de acesso à rede permite que diversos usuários atualizem uma base de dados comum no que pode ser considerado, para todos os efeitos, tempo real. Essa interatividade rompe as barreiras do espaço e do tempo, permitindo que o ser humano contorne as limitações dessas dimensões. (LEVY, 1999. p. 48-49).

Em última análise, o advento da sociedade da informação, tendo como base a infraestrutura global da Internet, criou os meios para que um novo tipo de arranjo cultural e social surgisse. O ciberespaço ultrapassa a barreira dos meios de acesso à rede mundial de computadores, para abranger também os seres humanos que acessam a rede, interagem com seus dados e uns com os outros e, dessa forma, alteram o próprio conteúdo das informações que são constantemente acessadas. Cria-se um novo tipo de cultura, a cibercultura, que se fundamenta no acesso livre, instantâneo, interativo e massivo de dados e informações. Resumindo:

O ciberespaço [...] é o novo meio de comunicação que surge da interconexão mundial dos computadores. O termo especifica não apenas a infra-estrutura (sic) material da comunicação digital, mas também o universo oceânico de informações que ela abriga, assim como os seres humanos que navegam e alimentam esse universo. Quanto ao neologismo “cibercultura”, especifica aqui o conjunto de técnicas (materiais e intelectuais), de práticas, de atitudes, de modos de pensamento e de valores que se desenvolvem juntamente com o crescimento do ciberespaço. (LEVY, 1999, p. 17).

#### **2.1.4 As redes sociais**

As redes sociais estão presentes desde sempre na sociedade humana, sendo o ser humano gregário por natureza, o que o leva a buscar interações com outros seres humanos de forma a montar redes de relacionamentos. (RIBEIRO, 2010, p. 22). Essa presença, que recua até os primórdios da raça humana como entidade organizada em sociedade, fez que

com as redes sociais fossem estudadas desde a muito tempo, tendo sido analisadas sob a óptica da teoria dos grafos e gerado uma disciplina independente de estudo, a ciência das redes. O termo rede social aparece como intercambiável com o termo mídia social, e, dessa forma, pode ser dito que uma rede social é uma construção social onde atores de diversos tipos interagem entre si. Dessa forma, o estudo dessa construção social não pode ser feito isolando apenas elementos individuais, devendo, obrigatoriamente, levar em consideração o todo das interações dos elementos da rede. (RECUERO, 2006, p.26). No contexto específico das redes sociais na Internet, o que muda radicalmente é o meio de interação, que passa a depender de uma ampla e sofisticada estrutura tecnológica, estrutura essa que permite que atores situados em posições extremas do globo interajam entre si. (RIBEIRO, 2010, p. 19).

As redes sociais digitais são constituídas de aplicativos, cada qual com características e objetivos particulares. Os atores podem utilizar esses aplicativos (Facebook, Twiter, Instagram, Whatsapp e Youtube, por exemplo) para efetuar uma grande quantidade de interações na rede. Essas interações podem se dar na forma de criação de conteúdo, como postar textos, fotos e vídeos, ou simplesmente consumir conteúdo gerado, interagindo ou não com esse conteúdo. (RIBEIRO, 2010, p. 20). Essa interação pode acontecer de forma síncrona ou assíncrona, dependendo do objetivo declarado do aplicativo sendo utilizado. As interações síncronas simulam uma interação em algo que poderia se chamar de tempo real. Dessa forma, nesse tipo de comunicação, os atores que participam podem esperar receber uma resposta muito rápida a uma postagem efetuada, sendo o caso dos aplicativos de comunicação instantânea. Claro que essa resposta pressupõe que a pessoa com quem se deseja entabular a conversação está conectada no aplicativo ao mesmo tempo em que aquele deseja falar. Já os aplicativos que se baseiam em interações assíncronas trabalham com o conceito de linha do tempo, em que a pessoa efetua a publicação do conteúdo e essa publicação permanece durante um longo intervalo de tempo disponível para interações, à disposição de todos que compartilham de uma mesma rede social. (RECUERO, 2006. p. 75).

O grande diferencial das redes sociais digitais é que possuem por natureza uma característica de interação mútua. Diferentemente da interação reativa, onde a interação com o conteúdo gerado não afeta esse conteúdo, na interação mútua o usuário que acessa a informação acaba por alterar a informação de alguma forma. Isso pode se dar por

acréscimos de informação ao conteúdo, ou simplesmente por reações básicas efetuadas sobre um conteúdo publicado, como um clique em um botão digital demonstrando apreciação pela publicação. (RECUERO, 2006, p. 74). Essa facilidade de interações ampliou as opções de pessoas disponíveis para relacionamento, o que também levou a um aumento dos assuntos que podem ser objeto de interação. Na prática, um indivíduo em uma rede social tem mais opções de pessoas para se relacionar, o que aumenta o rol de assuntos sobre os quais pode emitir opinião. (RIBEIRO, 2010, p. 22). Contudo, ao mesmo tempo em que aumentou a rede de relacionamentos disponíveis, entabular relacionamentos através de redes sociais digitais também criou uma característica de distanciamento entre as pessoas que se relacionam. A ausência de interação física cria uma sensação de anonimato, o que faz que com as relações sejam mais efêmeras, uma vez que as consequências do rompimento desse tipo de relacionamento são muito menos traumáticas do que no relacionamento físico. (RECUERO, 2006, p. 76-77).

Outra consequência das interações dentro das redes sociais é a criação de comunidades, que no seu conceito tradicional seria o agrupamento de pessoas, reunidas em um determinado local, e que, partilhando determinados valores, criam um vínculo de união entre si. À primeira vista pode se confundir o conceito de sociedade e comunidade, contudo, são conceitos distintos e, aparentemente, antagônicos do ponto de vista sociológico. Uma sociedade pressupõe uma interação entre pessoas que necessitam renunciar a determinadas liberdades de forma a poder entabular uma convivência em comum. Ao contrário, uma comunidade se formaria em torno de pessoas que escolhem se reunir em torno de um objetivo em comum. Contudo, em se tratando de comunidades digitais se tem a consolidação de um movimento de desterritorialização das comunidades. A interação utilizando o ciberespaço ampliou o universo de pessoas que podem partilhar dos mesmos interesses, colocando pessoas que, em condições normais jamais interagiriam, em contato. (RECUERO, 2006, p. 102-103). Contudo, essa facilidade de estabelecimento de conexões se baseia em laços fracos, que tem pouca capacidade de resistir a tensões. Se por um lado, e como dito anteriormente, isso permite que se aumente a quantidade de pessoas disponíveis para interação, com múltiplos interesses e características pessoais, por outro lado não cria relacionamentos robustos e com expectativa de serem duradouros. Como não se estabelecem laços fortes que permitam esses relacionamentos resistirem a tensões geradas por comentários infelizes ou mal

colocados, esses laços fracos se rompem com muita facilidade, tornando as relações entre os indivíduos extremamente efêmeras. (CASTELLS, 2013, p. 445).

Como se vê, as redes sociais permitiram um número maior de interações entre pessoas, uma vez que uma infraestrutura tecnológica permite que indivíduos separados geograficamente possam compartilhar informações e montar redes de relacionamentos com pessoas com interesses comuns. Porém, essa facilidade de interação acentua problemas que sempre estiveram presentes nos relacionamentos não digitais. A forma rápida com que as informações são geradas, o que faz com que seu volume se acentue drasticamente, tornam extremamente difícil a verificação da veracidade das informações geradas. Dessa forma, uma quantidade grande de informações falsas pode chegar ao conhecimento de um número indeterminado de pessoas em um intervalo de tempo muito pequeno. (QUEIROGA; et al., 2016, p. 112).

Também, essa geração acentuada de conteúdo torna as informações que são acrescentadas à rede extremamente voláteis. Da forma como os aplicativos em que se baseiam as redes sociais são construídos, uma determinada postagem ficará rapidamente relegada ao passado na linha do tempo, o que faz com que se gere um distanciamento entre o originador do conteúdo e o conteúdo efetivamente gerado. Alguns usuários se sentem desprezados de seus comentários e das consequências que possam advir dos mesmos, o que gera questões controvertidas. Polêmicas envolvendo comentários com cunho racista ou discriminatório são recorrentes, como é o caso das postagens racistas envolvendo a atriz Taís Araújo em 2015 e a cantora Preta Gil em 2016. (QUEIROGA; et al., 2016, p. 115).

## **2.2 O direito ao esquecimento**

A internet é uma incrível ferramenta de propagação do conhecimento e de estabelecimento e manutenção de relacionamentos interpessoais. Mas essa mesma capacidade de propagação de informações tem o potencial para causar extrema angústia e sofrimento nas pessoas. Isso se dá pelo fato de o ambiente da internet ser abstrato e difuso, o que faz com que as informações que são colocadas pelo usuário e por terceiros na internet tenham o potencial de se perpetuarem na rede. Dessa forma, fatos acontecidos no passado, e que não necessariamente refletem a realidade de uma pessoa na atualidade,

acabam por definir de forma perene a sua personalidade, sob o ponto de vista dos usuários que tem acesso a essa informação. (PIMENTEL; CARDOSO, 2015).

A memória individual é construída a partir de um processo de acumulação de conhecimentos que se dá pelo aprendizado e pela troca de experiências entre os indivíduos. De certa forma, essa interação entre os indivíduos acaba por incorporar elementos de uma memória coletiva nos traços da memória individual da pessoa, contribuindo para essa construção. Assim, como o indivíduo se apodera de cotas de informação da memória coletiva para compor sua própria memória individual, é impossível para este indivíduo manter a memória de todos os fatos que o compõem e constroem como membro dessa sociedade de onde emerge essa memória coletiva. Da mesma forma, uma parte da memória do indivíduo é apropriada e mantida pela memória coletiva. Quando se trata de esquecer uma parcela dessa memória surge um novo desafio, que ultrapassa a barreira da memória individual. Esse novo desafio se trata de como garantir que também a memória coletiva da sociedade onde o indivíduo está inserido deixará de se lembrar do fato. (LEITE; RODRIGUES, 2016).

A evolução tecnológica, que deu origem a uma Sociedade da Informação, alterou substancialmente a capacidade da memória coletiva da sociedade. A memória social tendia a proporcionar um esquecimento orgânico, natural de fatos acontecidos no passado. Portanto, antes da Sociedade da Informação e da fantástica capacidade de acumulação de dados e informações, a regra para fatos pretéritos era um eventual esquecimento. Essa regra tem se invertido após o advento das novas tecnologias da Sociedade da Informação, sendo que agora a regra é o não esquecimento (SCHREIBER, 2018, p. 65). Isso se dá porque o armazenamento de informações dentro de um sistema de informações possui uma quantidade maior de retenção do que quando comparado com um cérebro humano. Um paralelo entre essas duas estruturas de armazenamento de dados pode ser traçado entre a forma como funciona a memória do ser humano e a organização das memórias dentro de um computador:

Comparativamente, a memória contida no nível BIOS seria nossa memória genética. Ao ligar o computador, os primeiros acessos realizados são às funcionalidades que dizem respeito às funções vitais da máquina, que em humanos equivaleria às funções vitais realizadas pelo corpo humano e que não são aprendidas por informações oferecidas pelo meio, mas que se fazem presentes desde o nascimento. Já a memória HD poderia ser comparada ao acúmulo de informações ao longo da vida pelo cérebro humano, enquanto a memória RAM equivaleria à memória de informações mais imediatas e atuais.

Relativamente ao esquecimento, os três níveis se comportam de maneira diferente. Ao se desligar o computador, no nível BIOS, a memória permanece inalterada, aguardando ser solicitada quando novamente iniciado o sistema. No nível HD, as informações processadas ao longo de uma sessão de uso do computador permanecem armazenadas mesmo após o desligamento da máquina, podendo inclusive ser recuperadas em caso de perda de dados por programas desenvolvidos com essa finalidade. E, no nível RAM as informações são apagadas por ocasião do desligamento da máquina, motivo pelo qual é também conhecida como memória volátil. Em linhas gerais, a analogia que se realiza acerca da memória e esquecimento em humanos e máquinas encontra-se justamente nas memórias HD e RAM do computador, as quais são capazes de armazenar aquilo que se pode denominar de memória social. Ou seja, ainda que uma ordem judicial determine que um servidor de conteúdo retire determinadas informações de suas páginas ou sistemas de indexação, a cada nova conexão de um computador à rede essas mesmas informações estão potencialmente de novo à disposição. (LEITE; RODRIGUES, 2016, p.108).

É dentro do contexto dessa instantaneidade e perenidade das informações que são colocadas na internet que se situa a tutela ao direito ao esquecimento. Essa velocidade com que se propaga a informação, aliada ao caráter transnacional da difusão e ao custo econômico de se implementar mecanismos que possam garantir a tutela de informações indesejadas, dificulta sobremaneira a tutela do direito ao esquecimento na internet. Toda a infraestrutura sobre a qual se fundamenta a internet facilita a propagação de informações, de forma rápida e barata. A isso se alia a existência, cada vez mais comum, de dispositivos de armazenamento de dados digitais, portáteis e com alta capacidade, além de servidores específicos que fornecem armazenamento gratuito de dados, que dificultam ainda mais a implementação de mecanismos que garantam o direito ao esquecimento. Todos esses fatores transformaram a internet de um mero meio de comunicação em uma construção social onde se vê a formação de uma nova forma de organização social, conhecida, como *cybercultura*, que é caracterizada “[...] pelo excesso de transparência, pela volatilidade da informação e, ao mesmo tempo, por uma espécie de perpetuidade de conteúdos difundidos” (PIMENTEL; CARDOSO, 2015, p. 48). E ao mesmo tempo que essa nova forma de organização social garante facilidade para que se construam relacionamentos e se difunda a informação, também traz uma exposição de dados pessoais, incluídos de forma voluntária ou não na internet, que pode trazer consequências negativas perenes à vida da pessoa.

A partir de uma análise do direito ao esquecimento, pode ser proposto um conceito segundo o qual seria:

[...] a faculdade que o titular de um dado ou fato pessoal tem para vê-lo apagado, suprimido ou bloqueado, pelo decurso do tempo e por afrontar seus

direitos fundamentais. Trata-se de uma espécie de caducidade, onde a informação, pelo decurso do tempo e por sua proximidade com os direitos fundamentais afetos à personalidade, perece ou deveria perecer, ainda que por imposição da lei. (CHEHAB, 2015, p.88).

Contudo, parte da doutrina considera inadequado o uso do termo direito ao esquecimento, uma vez que apontaria para um direito subjetivo de apagar dados a respeito de eventos acontecidos no passado. Dessa forma, o exercício do direito ao esquecimento afrontaria diretamente as garantias da liberdade de expressão previstas no texto constitucional. Então, mais adequado seria dizer que o direito ao esquecimento:

[...] consiste simplesmente no direito da pessoa humana de se defender contra uma recordação opressiva de fatos pretéritos, que se mostre apta a minar a construção e reconstrução da sua identidade pessoal, apresentando-a à sociedade sob falsas luzes [...], de modo a fornecer ao público uma projeção do ser humano que não corresponde à sua realidade atual. (SCHREIBER, 2018, p. 71).

### 2.2.1 Noções gerais

Existe uma relação estreita do direito ao esquecimento com a privacidade, acontecendo a decomposição desta última em quatro partes: solidão, intimidade, anonimato e reserva. Detalhando de forma precisa o que seriam as violações ao direito à privacidade, que afrontariam o direito ao esquecimento tem-se:

[...] (1) intromissão alheia ao direito à reclusão ou solidão, inclusive em assuntos privados (direito de estar só); (2) divulgação de fatos particulares embaraçosos da pessoa; (3) publicidade que põe a vítima sob uma “falsa luz” aos olhos do público e (4) apropriação do nome e da imagem da pessoa. (CHEHAB, 2015, p.90).

A garantia constitucional de proteção à dignidade humana traz, como consequência direta, o nascimento de direitos que se vinculam diretamente à personalidade do sujeito, podendo ser divididos em direitos de garantia à integridade física e direitos de garantia à integridade moral. A Constituição Federal brasileira garante a proteção desses direitos no inciso X do art. 5º, sendo essas garantias constitucionais reguladas infraconstitucionalmente no Código Civil, artigos 11 a 21. Essas garantias de proteção se abrem em um leque protetivo composto por cinco eixos: vida e integridade físico-psíquica; proteção do nome da pessoa física e jurídica; imagem, tanto a física *stricto sensu* como a autoimagem composta pelas qualificações da pessoa e pela visão que a sociedade tem dela; honra, englobando o sentimento que a pessoa tem por si mesma

e também no âmbito de suas relações sociais; e a intimidade, com a proteção da vida privada da pessoa natural. (SILVA, 2017).

A proteção dos direitos da personalidade pode acontecer lastreada em três teorias distintas. A partir da teoria monista a personalidade e sua defesa são consideradas uma unidade não passível de fracionamento, trazendo uma maior facilidade de tutelar direitos não previstos expressamente, mas dificultando o reconhecimento de relações jurídicas imprecisas, o que pode dificultar o enquadramento de uma determinada realidade. A teoria pluralista considera a existência de uma multiplicidade de direitos oriundos da personalidade, facilitando a tutela dos direitos que são explicitamente declarados, mas dificultando a tutela daqueles que não são declarados precisamente. A teoria mista declara a existência de um direito geral da personalidade ao mesmo tempo em considera a existência de múltiplos direitos subjetivos que compõem esse direito geral. Essa terceira teoria protege explicitamente os direitos de personalidade precisamente declarados, ao mesmo tempo em que tutela, sob a proteção de um direito geral de personalidade, aqueles que não tem previsão expressa. Segundo a doutrina, apesar de se tratar de uma teoria que protege melhor os direitos da personalidade, também apresenta questões relacionadas a delimitação do direito da personalidade como um direito subjetivo e, em caso positivo, se essa é a melhor forma de tutelar esses direitos. (SILVA, 2017).

### **2.2.2 Evolução histórica**

Os princípios e valores sobre os quais as sociedades fundamentam sua construção sofrem uma evolução e uma transformação muito mais rápida e dinâmica quando submetidos à sociedade da informação. Com isso, os próprios direitos fundamentais, que são uma construção baseada nos princípios e valores desenvolvidos dentro de uma sociedade, acabam por se ver submetidos a condições de tensão, em um ambiente onde as informações transitam muito mais rapidamente. O impacto das transformações que a sociedade da informação traz afeta o relacionamento público-privado, uma vez que a velocidade com que o poder público coleta dados pode ser monitorada pelos entes privados. Estes, ao mesmo tempo em que buscam a tutela contra os excessos de coleta de dados pessoais para proteger sua esfera privada, também buscam garantir o maior acesso possível às ações da esfera pública. (NASCIMENTO, 2017).

Ao traçar a linha histórica da evolução da privacidade se verifica que aconteceu uma renúncia a um desejo natural do ser humano de viver em isolamento, derivado de sua natureza intrinsecamente animal. Essa renúncia se impôs devido ao desejo do homem de viver em condições mais seguras, associando-se a outros homens com esse fim. A filosofia antiga não encontra relação entre a forma como gregos e romanos encaravam a privacidade e o conceito moderno desta, uma vez que o ser humano era um ser público e que exercia seus direitos de liberdade na atuação de sua vida pública. Essa falta de anseio pela privacidade permanece até o final da idade média, quando se observa um crescimento da individualidade associado à ascensão da classe burguesa, com a utilização da propriedade privada para firmar essa individualidade. A proteção aos direitos de propriedade unida ao surgimento de meios de comunicação de massa, este último sendo a origem da sociedade da informação, levou ao surgimento do que seria o embrião do moderno direito à privacidade amparado como garantia constitucional. Atualmente esse direito fundamental de garantia da proteção à privacidade ampliou sua abrangência, muito devido às alterações radicais que aconteceram na capacidade de armazenamento e propagação de informações que formam a base da moderna sociedade de informação. O citado direito ultrapassou a esfera de garantir a confidencialidade de dados pessoais, se ampliando para o direito de conhecer quem e como armazena essas informações, além também do direito de poder garantir que essas informações permaneçam verídicas e atuais. (NASCIMENTO, 2017).

Pode ser vista uma mudança na forma de tutela dos direitos da personalidade após a Segunda Guerra Mundial, resultado de uma insuficiência normativa nessa área. Dessa forma, as Constituições passaram a ser menos um instrumento político de afirmação de um Estado-nação para se tornar o fundamento da construção de um Estado Social, que tivesse como orientação garantir as bases para o desenvolvimento da personalidade humana. Isso teve um impacto nos ordenamentos infraconstitucionais os quais tiveram que passar a tutelar um rol de relações subjetivas, tarefa para a qual não tinham sido criados. A construção da tutela da pessoa humana pode ser mapeada, segundo alguns doutrinadores, desde a antiguidade greco-romana, tendo tido forte influência do cristianismo e sido aperfeiçoada por Kant. Os principais avanços na área, no entanto, apareceram em 1919, quando da promulgação da Constituição de Weimar. Com essa carta constitucional a relação entre o público e o privado passou a ser reavaliada, o que trouxe repercussão para o Direito Civil, que passou a centrar sua atuação na proteção da

dignidade da pessoa humana. Com isso, a partir de um ponto de vista da instituição dos direitos da personalidade como direito subjetivo da pessoa, o Direito Civil passou a considerar que a sua violação era motivo justo para indenização. Essa construção de um novo modelo de codificação civil esbarrou em uma discussão doutrinária entre os defensores da teoria monista, que considerava a personalidade como uma instituição única que deveria ser protegida de forma mais abstrata, e os defensores da teoria tipificadora, orientada na forma de pensar civilista de antes da Segunda Guerra, que buscava a instituição de uma racionalidade sistêmica no código. A solução em nosso ordenamento, quando da construção de nossa codificação civil, foi fundamentar a proteção dos direitos da personalidade na cláusula geral de proteção à dignidade da pessoa humana presente na Constituição Federal. Essa mesma solução parece ter sido a escolha adotada quando da criação das constituições da Alemanha, de Portugal e da Espanha. (NASCIMENTO, 2017).

### **2.2.3 O desenvolvimento no direito europeu**

Historicamente, a primeira aplicação do direito ao esquecimento foi feita em 1970 pelo Tribunal Constitucional da Alemanha no chamado Caso Lebach. O referido caso tratava da morte, por parte de três homens, de quatro soldados que vigiavam um depósito de munições. Um dos responsáveis pelas mortes foi condenado a uma pena de 6 anos de prisão e, quando se encontrava quase no final do cumprimento da pena, viu um canal de televisão alemão realizar um documentário sobre os fatos ocorridos, inclusive abordando questões relativas à vida íntima dos acusados. Infrutíferas tentativas de impedir a divulgação do documentário levaram o caso até a apreciação da corte constitucional, que decidiu que havia ocorrido violação a um direito de personalidade, uma vez que a forma como as informações foram divulgadas não tinha relevante interesse público. Nova decisão tutelando o direito ao esquecimento foi dada em 1986 pelo Tribunal Constitucional da Espanha em um caso envolvendo a divulgação de vídeos da agonia de um toureiro dentro da enfermaria de um hospital, entendendo a corte que a divulgação desses vídeos extrapolava o interesse público, sendo da esfera privada da pessoa e sua família. Apesar de tutelarem o direito ao esquecimento, as decisões acima não fizeram menção explícita a ele. Somente em 2013 o Tribunal de Justiça da União Europeia emitiu decisão, citando explicitamente o direito ao esquecimento, em uma ação em que a agência espanhola de proteção de dados buscava compelir a Google a retirar de

sua ferramenta de busca na internet referências a Mario Costeja González. Este cidadão espanhol teve dados seus republicados em uma versão eletrônica de uma mídia escrita muitos anos após a publicação original, o que fez com que a corte europeia considerasse que a informação já estava ultrapassada, não mais se justificando sua preservação, e determinasse sua retirada da ferramenta de busca. (NASCIMENTO, 2017).

Em todos os casos ficou evidente que a aplicação do direito ao esquecimento não autorizava a pessoa a reescrever a sua história, mas sim questionar o modo e a finalidade da divulgação de determinada informação a seu respeito. Por óbvio, a tutela do direito ao esquecimento causa conflito entre os direitos protegidos por esse direito e outros direitos de personalidade e também frente ao direito à liberdade de informação. (SILVA, 2017).

O cenário de coleta desenfreada de dados pessoais levou a União Europeia a editar a Diretiva 58 que tratava da privacidade das comunicações eletrônicas, com a previsão do seu art. 6º da responsabilidade do provedor de serviço de comunicação de apagar os dados do usuário sendo o embrião de criação do direito ao esquecimento. Em 2009 foi editada a diretiva 136/EC alterando a diretiva 58 para incluir a previsão de consentimento expresso do indivíduo com relação ao armazenamento de seus dados, cabendo retratação da autorização a qualquer momento. (LIMA, 2014).

Com um histórico de proteção à vida privada desde a década de 1970, o direito italiano fundamenta essa proteção no art. 2º da Constituição italiana, decorrendo o princípio da proteção à inviolabilidade da personalidade do homem, ao mesmo tempo em que também tutela o direito à liberdade de expressão nos arts. 21 e 33 do mesmo diploma legal. Em 1996, ou seja, um ano após a edição original da Diretiva 46, a Itália editou a lei 675, com o objetivo de transpor para o direito italiano as determinações sobre proteção dos dados pessoais. A dita lei foi substituída pelo Decreto Legislativo n. 196 de 2003, ampliando a proteção dos dados pessoais para o contexto de comunicações eletrônicas em alinhamento à edição da diretiva 58 da União Europeia. (LIMA, 2014).

E em 2012 foi alterada a diretiva 46, editada originalmente em 1995, que trata de proteção aos dados pessoais, de forma a tutelar o direito ao esquecimento, dando ao mesmo uma definição vaga o bastante para que possa fazer frente à evolução tecnológica. Seu âmbito continua atual pois previu regras para o tratamento manual ou automatizado de dados pessoais, sendo que no seu art. 3º conseguiu prever a aplicação de proteção aos

dados do que seriam as futuras redes sociais, das ferramentas de buscas e das diversas tecnologias de comunicação. No art. 9º aparece o essencial conflito entre a proteção de dados pessoais e a liberdade de expressão que está no cerne do direito ao esquecimento, com a previsão de ponderação entre os direitos observando o caso em concreto. No art. 12 consta a previsão do indivíduo que tem seus dados tratado de poder acessá-los, retificá-los ou bloqueá-los. Previsão interessante consta nos arts. 28 a 31 que determinada que cada Estado-membro constitua uma ou mais autoridades garantidoras para tratar do cumprimento das regras de proteção aos dados pessoais, ideia engenhosa uma vez que prevê “[...] a desjudicialização de conflitos, na medida em que este órgão tem poderes para fazer cumprir a lei de proteção de dados pessoais, bem como intervir em processos judiciais [...]” (LIMA, 2014, p. 85). A escolha pela eleição de uma autoridade que atua apartada do sistema judiciário é interessante, uma vez que a proteção dos dados pessoais é:

[...] um tema de muita complexidade, ainda mais quando aliado às novas tecnologias, por isso, talvez o Judiciário não seja a melhor instância para a apreciação de conflitos decorrentes de violação da proteção dos dados pessoais, quer em razão da especificidade da matéria, quer em razão da sua urgência para dar uma solução. Isto porque uma atuação demorada no controle de uma informação de determinada pessoa que circula na internet pode ser irremediável. (LIMA, 2014, p.85).

A partir da Diretiva 46 da União Europeia a Itália construiu a lei 675/1996, reestruturando a tutela à vida privada para prevenir interferências ilícitas na vida e intimidade, e dando regramento ao tratamento de dados pessoais com a limitação do tratamento de informações da pessoa. Com isso a legislação italiana ajudou na construção de uma transição na forma de tratar a privacidade da pessoa, com o direito a viver reservadamente e sem interferências indevidas evoluindo para o controle das próprias informações. (LIMA, 2014).

A Diretiva 58 da União Europeia foi aprovada em 2002 para regular a proteção às comunicações pessoais e da vida privada no contexto de comunicações eletrônicas seja qual for a tecnologia adotada, revogando a Diretiva 66 de 1997 que tratava da mesma proteção por este restringir seu escopo ao contexto do setor de telecomunicações. É uma diretiva muito atual pois abrange os atuais meios de comunicação móveis e o armazenamento em nuvem que tem grande capacidade de armazenamento de dados com baixo custo. Seu objetivo principal era o de reduzir o tratamento de dados pessoais e garantir mecanismos de anonimato para o usuário dos serviços de comunicação eletrônica

com a equiparação desse tipo de comunicação às comunicações postais ou telefônicas. A diretiva traz em seu bojo diversas menções ao direito do usuário de excluir dados pessoais e condena expressamente a utilização de aplicativos ou outros meios empregados para se coletar dados pessoais dos computadores dos usuários, sendo aberta exceção para recursos que guardem informações de forma a facilitar a navegação do usuário, desde que autorizado. (LIMA, 2015).

A transposição da diretiva 58 para o direito italiano se deu através do Decreto Legislativo n. 196, editado em 30 de junho de 2003, decreto este que revogou a lei 675/96 ao reunir os dispositivos da lei aos novos dispositivos oriundos da diretiva 58, “criando um verdadeiro microsistema legislativo no Direito Italiano sobre a proteção dos dados pessoais e a privacidade” (LIMA, 2014, p. 88). A lei trata a proteção dos dados pessoais e a garantia da privacidade como fundamentos para a dignidade do interessado, sendo, portanto, direitos fundamentais oponíveis *erga omnes*. No entanto, não trata a lei de direito absolutos, tendo previsões de exceções no caso de segurança nacional e investigação criminal, e ainda a previsão do uso de técnicas de ponderação no caso de conflitos entre os direitos fundamentais previstos na lei e outros existentes na lei, observando o caso em concreto.

Em 2006 a União Europeia editou a Diretiva 136, alterando diversas diretivas, inclusive a Diretiva 58. A referida Diretiva foi alterada em diversos pontos, entre outros:

[...] - elevar o grau de harmonização das regras dos Estados-Membros quanto à proteção de dados pessoais e ao direito à privacidade, já garantidos pela Dir. 2002/58/CE, independentemente da tecnologia adotada (em especial, os dispositivos de identificação ou localização por radiofrequência – RFID devem respeitar estes direitos fundamentais); - impões, aos provedores de acesso à Internet e aplicativos de Internet, a obrigação de adotar medidas para evitar que sejam instalados spyware nas máquinas dos usuários de maneira inadvertida; [...]. (LIMA, 2014, p.90).

A Diretiva 136 da União Europeia foi transposta para o direito italiano pelo decreto 69/2012, que alterou o art. 122 do Decreto Legislativo n. 196. Além dos pontos anteriores também alterou o tratamento dado ao armazenamento de informações do usuário para facilidade de navegação, como previsto na Diretiva 136 além das alterações anteriormente citadas. A uso da tecnologia chamada de cookies foi condicionado, além do já previsto consentimento do usuário, à finalidade da proposta de uso. (LIMA, 2014).

No dia 27 de abril de 2016 o Parlamento Europeu emitiu o Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais (GPDR), entrando em vigor no dia 25 de maio de 2018. Numerado como 2016/679/CE, o novo regulamento revoga expressamente a diretiva 95/46/CE, antigo regulamento geral de proteção de dados. Se trata de um documento extenso, que detalha ricamente as situações em que dados pessoais podem ser manipulados e a forma como isso deve acontecer. Avaliações preliminares de especialistas ainda tem dificuldade para determinar a amplitude do impacto no mundo, uma vez que o regulamento possui âmbito de aplicação territorial que ultrapassa as barreiras geográficas da União Europeia. O artigo 17 do regulamento detalha as situações em que o titular das informações tem o direito de solicitar a sua retirada, o que é chamado de “direito ao apagamento de dados”. Por sua relevância para o presente trabalho segue sua transcrição:

1. O titular tem o direito de obter do responsável pelo tratamento o apagamento dos seus dados pessoais, sem demora injustificada, e este tem a obrigação de apagar os dados pessoais, sem demora injustificada, quando se aplique um dos seguintes motivos:

- a) Os dados pessoais deixaram de ser necessários para a finalidade que motivou a sua recolha ou tratamento;
- b) O titular retira o consentimento em que se baseia o tratamento dos dados nos termos do artigo 6.o, n.o 1, alínea a), ou do artigo 9.o, n.o 2, alínea a) e se não existir outro fundamento jurídico para o referido tratamento;
- c) O titular opõe-se ao tratamento nos termos do artigo 21.o, n.o 1, e não existem interesses legítimos prevalecentes que justifiquem o tratamento, ou o titular opõe-se ao tratamento nos termos do artigo 21.o, n.o 2;
- d) Os dados pessoais foram tratados ilicitamente;
- e) Os dados pessoais têm de ser apagados para o cumprimento de uma obrigação jurídica decorrente do direito da União ou de um Estado-Membro a que o responsável pelo tratamento esteja sujeito;
- f) Os dados pessoais foram recolhidos no contexto da oferta de serviços da sociedade da informação referida no artigo 8.o, n.o 1.

2. Quando o responsável pelo tratamento tiver tornado públicos os dados pessoais e for obrigado a apagá-los nos termos do n.o 1, toma as medidas que forem razoáveis, incluindo de caráter técnico, tendo em consideração a tecnologia disponível e os custos da sua aplicação, para informar os responsáveis pelo tratamento efetivo dos dados pessoais de que o titular dos dados lhes solicitou o apagamento das ligações para esses dados pessoais, bem como das cópias ou reproduções dos mesmos.

3. Os n.os 1 e 2 não se aplicam na medida em que o tratamento se revele necessário:

- a) Ao exercício da liberdade de expressão e de informação;
- b) Ao cumprimento de uma obrigação legal que exija o tratamento prevista pelo direito da União ou de um Estado-Membro a que o responsável esteja sujeito, ao exercício de funções de interesse público ou ao exercício da autoridade pública de que esteja investido o responsável pelo tratamento;
- c) Por motivos de interesse público no domínio da saúde pública, nos termos do artigo 9.o, n.o 2, alíneas h) e i), bem como do artigo 9.o, n.o 3;
- d) Para fins de arquivo de interesse público, para fins de investigação científica ou histórica ou para fins estatísticos, nos termos do artigo 89.o, n.o 1, na medida em que o direito referido no n.o 1 seja suscetível de tornar impossível ou prejudicar gravemente a obtenção dos objetivos desse tratamento; ou

e) Para efeitos de declaração, exercício ou defesa de um direito num processo judicial.

Conforme se verifica, além de declarar as situações em que é possível ao titular retirar registros de ambientes de tratamento informatizado, também são detalhadas as exceções, onde os interesses de ordem pública sobressaem sobre os interesses do particular. O longo histórico de desenvolvimento do direito ao esquecimento no direito europeu permitiu criar critérios claros para aplicação desse direito da personalidade no caso em concreto frente à sociedade da informação.

#### **2.2.4 A construção no ordenamento brasileiro**

A primeira menção ao direito ao esquecimento aparece na expressão “direito de ser deixado sozinho” (1890 apud LIMA, 2014, p. 92, tradução nossa), em um artigo que tratava de privacidade. O desenvolvimento desse direito de personalidade foi maior no direito penal, garantindo “[...] ao condenado o direito de se desvincular da memória do ato criminoso que praticara a fim de que seja efetivamente possível sua ressocialização” (LIMA, 2014, p. 92). No ordenamento jurídico brasileiro essa previsão tem fundamentação constitucional na proibição de pena de caráter perpétuo prevista no art. 5º, III e XLVII da Constituição Federal brasileira, e também tem previsões no art. 202 da Lei de Execuções Penais, no art. 93 do Código Penal e no art. 748 do Código de Processo Penal. Originalmente se tratava de uma opção do indivíduo por selecionar alguns fatos da sua vida para serem lembrados enquanto seleciona outros para serem esquecidos, havendo uma ligação histórica do direito ao esquecimento com os crimes contra a honra. Atualmente, com as legislações que tratam do controle do tráfego de dados, como a Diretiva 58 da União Europeia e o *Codice della Privacy* da legislação italiana, se fala de um fator temporal que delimita a utilidade da informação, criando um direito subjetivo do indivíduo de poder excluir suas informações desde que observado o binômio transcurso de lapso temporal determinado e perda de utilidade da informação.

Nosso ordenamento possui uma cláusula geral de proteção dos direitos da personalidade no art. 1º, inciso III da Constituição Federal, que tutela a dignidade da pessoa humana. A existência dessa cláusula geral se consolida com a previsão do §2º do art. 5º da Constituição Federal que declara expressamente que os direitos e garantias previstos no referido artigo não são um rol taxativo, e na edição do Enunciado 274 da IV Jornada de Direito Civil da Justiça Federal, que trata dos direitos da personalidade no

Código Civil. Especificamente o direito ao esquecimento, ao tutelar direitos que possuem previsão expressa dentro do rol não exaustivo de direitos da personalidade, se fundamenta na cláusula geral de proteção desses direitos, merecendo a defesa como garantia constitucional. A partir desse alicerce constitucional o Conselho da Justiça Federal, na VI Jornada de Direito Civil, aprovou o enunciado 531, incluindo o direito ao esquecimento como uma das formas de proteção da dignidade da pessoa humana. O enunciado reconhece o impacto que as novas tecnologias de informação podem causar, alertando, porém, que o direito ao esquecimento não é uma licença que se concede à pessoa para que possa reescrever o seu passado, mas sim questionar o modo e a finalidade com que são utilizadas informações referentes a ela. A Constituição Federal parece tender a proteger a pessoa humana frente a choques entre liberdade de expressão e os direitos de personalidade que protegem a inviolabilidade da vida privada, da intimidade, da honra e da imagem, mas a aplicação dessa restrição à liberdade de expressão deve sempre observar o caso em concreto. (SILVA, 2017).

Existe uma resistência na doutrina em reconhecer a necessidade de se construir novos paradigmas jurídicos que estejam alinhados com as necessidades da tutela ao direito à privacidade na internet. Durante muito tempo os doutrinadores defenderam a posição de que mais importante seria construir um conhecimento sólido dos princípios do direito, de forma a poder utilizá-los de forma mais acertada quando fosse necessário analisar novas situações que se impusessem pelas alterações sociais trazidas pela evolução tecnológica. Contudo, existe uma tendência doutrinária de considerar a necessidade da construção de novos modelos de princípios, modelos esses que permitam tutelar tanto os ambientes reais como os virtuais. Os defensores dessa ampliação do raio de abrangência da tutela jurisdicional para além do mundo real defendem um direito ao esquecimento como uma forma de garantir a tutela do direito à privacidade na internet. Esse direito ao esquecimento seria lastreado em um conjunto de direitos de base que garantiriam a efetividade da privacidade e dos dados pessoais no ambiente da internet, sendo esses direitos “[...] o direito de navegar com privacidade na internet; o de monitorar quem monitora; o de apagar dados pessoais; e o de proteger a identidade on-line” (BERNAL, 2014 apud NASCIMENTO, 2017, p. 279). Os dois primeiros direitos dizem respeito a uma expectativa de se navegar por páginas na internet com relativo grau de privacidade, sabendo com relativo grau de confiança até que ponto se está sendo monitorado e quais as razões dessa monitoração. O terceiro direito se relaciona

diretamente ao direito ao esquecimento, que costuma ser associado à expressão *right to be alone*, apesar de que o direito ao esquecimento seria muito mais do que uma proteção da vida privada, por garantir ao titular de dados divulgados na internet a possibilidade de apagar esses dados da internet. Dessa forma, o termo mais correto segundo Paul Bernal (2014 apud NASCIMENTO, 2017, p. 279) seria empregar a expressão *right to be forgotten*. O quarto direito se relaciona intimamente ao terceiro, uma vez que a possibilidade de se excluir dados que constam na internet está diretamente relacionada com a capacidade de proteger a identidade que se usa na internet. Com relação a esse direito, a principal questão que vem à tona é sobre se a internet tem caráter público ou privado. Uma corrente doutrinária tende a tratar a internet como um ambiente eminentemente público, enquanto que outra corrente tende a considerar que existem na internet partes públicas e privadas. Para essa segunda corrente, o principal aspecto a ser observado é como tutelar direitos em cada uma dessas partes. Nesse caso, a tutela da privacidade passa da esfera do privado para a esfera do pessoal, surgindo a possibilidade de a pessoa controlar ativamente a circulação, ou não, de determinada informação na internet. Dessa forma, em alguns estudos se fala de um novo direito da personalidade, tipicamente associado a capacidade de controle dos dados que trafegam na internet, que, segundo Iuri Bolesina (2015 apud NASCIMENTO, 2017, p. 282), seria o direito expor voluntariamente informações da sua intimidade a terceiros, gozando ativamente dessa. Essa informação deixaria de ser íntima, não se tornando, contudo, pública, se colocando em uma zona intermediária entre o público e o privado na internet.

#### **2.2.4.1 O Recurso Especial nº 1.334.097/RJ – “A chacina da Candelária”**

Os limites do direito ao esquecimento e sua aplicação prática começaram a ser estabelecidos a partir do julgamento ocorrido no Superior Tribunal de Justiça do Recurso Especial nº 1.334.097/ RJ, que ganhou notoriedade como o caso da Chacina da Candelária. Em verdade é um caso de ampla repercussão, tanto nacional quanto internacional, em que agentes do Estado assassinaram várias pessoas, em atividade típica de extermínio. Dentre as várias pessoas que foram indiciadas e sofreram processo criminal, um deles, em sendo Jurandir Gomes de França, foi julgado inocente por unanimidade pelo Conselho de Sentença do Tribunal do Juri por negativa de autoria. Anos depois, a Rede Globo, emissora de TV de amplitude nacional, tornou a veicular

informações sobre o caso em um programa intitulado “Linha Direta”, citando diretamente o nome de Jurandir, apesar de o mesmo ter se recusado a prestar quaisquer informações.

Sentindo que seu direito ao esquecimento tinha sido violado Jurandir promoveu ação cível de reparação na justiça civil do Rio de Janeiro. Em primeira instância o juízo entendeu por dar maior relevância ao direito à liberdade de expressão, justificando ser o fato de extrema relevância pública. Em grau recursal, a sentença foi reformada sobre o fundamento de que ocorreu abuso ao direito à liberdade de expressão, uma vez que seria possível veicular a mesma notícia sem a necessidade de citar diretamente o nome de Jurandir, que, recordando, tinha sido inocentado no processo criminal resultante original.

O Ministro-Relator Luis Felipe Salomão em seu voto, fez questão de enfatizar que a avaliação a ser feita sobre a aplicação do direito ao esquecimento se restringiria:

[...] especificamente para o caso de publicações na mídia televisiva, porquanto o mesmo debate ganha contornos bem diferenciados quando transposto para internet, que desafia soluções de índole técnica, com atenção, por exemplo, para a possibilidade de compartilhamento de informações e circulação internacional do conteúdo, o que pode tangenciar temas sensíveis, como a soberania dos Estados-nações.

Ainda dentro de seu voto, delimitando o alcance da decisão que iria ser tomada, o Ministro-Relator fez questão de apresentar as razões pelas quais considerava necessário restringir a decisão para a divulgação de informações na mídia televisiva. Segundo ele a Internet é um ambiente: “[...] que, por excelência, não esquece o que nele é divulgado e pereniza tanto informações honoráveis quanto aviltantes à pessoa do noticiado, sendo desnecessário lembrar o alcance potencializado de divulgação próprio desse cyberspaço”. Ainda efetuando a delimitação, o Ministro-Relator fez questão de enfatizar a relevância da aplicação do direito ao esquecimento nas informações que circulam pela Internet definindo como:

[...] atual e relevante o debate acerca do chamado direito ao esquecimento, seja no Brasil, seja nos discursos estrangeiros, debate que, no caso em exame, é simplificado por não se tratar de informações publicadas na internet, cujo domínio do tráfego é evidentemente mais complicado e reclama mesmo uma solução - legislativa ou judicial – específica.

Julgando o caso especificamente, sob o ponto de vista da difusão de informações em mídia televisiva, o Ministro-Relator efetuou um juízo de ponderação entre a liberdade de expressão e o direito à intimidade, situando aquele como pilar do estado democrático

de direito e este como derivado diretamente do princípio estruturante da dignidade da pessoa humana. Afastando a alegação de que a proteção da intimidade configuraria a censura, vedada constitucionalmente, analisou o Ministro Felipe Salomão o interesse da mídia televisiva na divulgação do conteúdo em questão. Fez questão de enfatizar que, apesar de ser um pilar do estado democrático através da liberdade de expressão, a mídia televisiva, principalmente quanto ao jornalismo criminal, não estava isenta de interesses ambíguos, que muitas vezes demonstravam ser uma “[...] exploração midiática exacerbada e de um populismo penal satisfativo dos prazeres primários das multidões [...]”.

Analisando a questão da historicidade do caso o Ministro Salomão relativizou a alegação de que fatos históricos seriam sempre objeto de interesse público, uma vez que:

[...] a permissão ampla e irrestrita a que um crime e as pessoas nele envolvidas sejam retratados indefinidamente no tempo – a pretexto da historicidade do fato – pode significar permissão de um segundo abuso à dignidade humana, simplesmente porque o primeiro já fora cometido no passado.

Continuando sua análise do caso, o Ministro-Relator analisou o cabimento do direito ao esquecimento no ordenamento brasileiro, considerando o mesmo perfeitamente adequado à nossa realidade jurídica, enxergando o direito como um “direito à esperança”, esperança de um futuro em que a pessoa que cometeu um ilícito pode vislumbrar um futuro. Diante de todas essas ponderações, necessariamente simplificadas aqui, o Ministro julgou manter o acórdão do Tribunal, concedendo a indenização requerida, tendo votado com o Relator a Ministra Maria Isabel Gallotti e os Ministros Marco Buzzi e Antonio Carlos Ferreira.

#### **2.2.4.2 O Recurso Especial nº 1.335.153/RJ – “O caso Aida Cury”**

Novamente os limites do direito ao esquecimento foram questionados quando o Superior Tribunal de Justiça julgou o Recurso Especial nº 1.335.153/RJ, que tratava de caso de grande notoriedade acontecido na metade do século XX e passou a ser conhecido como Caso Aida Cury. O caso tratava de um homicídio em que a vítima também tinha sido abusada sexualmente, e que, à época, tinha gerado um grande interesse por parte da mídia e do público. Anos depois, uma emissora de TV de amplitude nacional divulgou novamente as informações relativas ao crime, citando diretamente o nome da vítima, o que foi contrário ao interesse e aos desejos dos familiares da mesma. Inconformados, os

familiares moveram ação contra a emissora de TV, ação essa que foi considerada improcedente em primeira instância e também em grau recursal. O posicionamento do Tribunal foi de que no caso em questão existia interesse público na divulgação das informações, não constituindo excesso sua exibição por parte da emissora.

Novamente como relator, o Ministro Luis Felipe Salomão enfrentou a questão sobre a colisão entre princípios constitucionais a partir de exegese efetuada nos artigos do Código Civil que tratam das questões principiológicas da proteção à intimidade e da liberdade de expressão no ordenamento infraconstitucional. Novamente o Ministro-Relator questão de delimitar o assunto em questão, limitando a análise a ser efetuada apenas aos conteúdos divulgados na mídia televisiva. Praticamente transcrevendo suas palavras contidas no acórdão que tratou do caso da Chacina da Candelária, o ministro fez questão de enfatizar que o direito ao esquecimento, quando aplicado ao contexto de divulgação de informações na Internet, era de complexidade muito maior, merecendo uma profunda discussão jurisprudencial e tratamento legislativo específico.

Tecendo pertinentes comentários a respeito da privatização da intimidade e da liberdade de expressão, o Ministro analisou ambos os princípios confrontando suas previsões de proteção constitucional com os diversos dispositivos infraconstitucionais que dispunham a respeito do assunto. Sua análise concluiu que não existia uma confrontação antagônica entre o direito de proteção à intimidade e vida privada e a liberdade de expressão, ou seja, a proteção à intimidade não configurava atitude que se enquadrasse na vedação constitucional à censura. Também, analisando a questão da historicidade das informações, ponderou sobre a necessidade de informar sobre acontecimentos relevantes do passado, visando uma reflexão da sociedade, e o direito humano de não ver seus erros permanentemente usados para uma punição, que para todos os efeitos assume um caráter de perpetuidade.

Continuando a sua análise o Ministro Luis Felipe Salomão efetua um estudo comparado do direito ao esquecimento, buscando em sua aplicação na legislação estrangeira os fundamentos que validam sua aplicação no ordenamento brasileiro. Partindo da reabilitação prevista no processo penal, o Ministro conclui que não se pode “[...] permitir a eternização da informação”. Contudo, mesmo reconhecendo um direito ao esquecimento, o Ministro não acolheu o pedido de reconhecer o dito direito no caso em concreto do REsp, uma vez que o caso apresentava historicidade comprovada e ampla

repercussão. Também, considerou o Ministro-Relator que, por ter ocorrido a mais de meio século no passado, a divulgação das informações do crime não tinha mais a capacidade de gerar abalo moral nos familiares da vítima. Dessa forma, a emissora de TV não teria ultrapassado os limites da divulgação da notícia por relevante interesse público. Ainda, o Ministro Salomão considerou que o caso em questão estava indissociavelmente ligado ao nome da vítima, sendo impossível, do ponto de vista histórico, separar a ocorrência do nome pelo qual ficou conhecida.

Contudo, diversamente do ocorrido no julgamento do Recurso Especial nº 1.334.097/RJ, o voto do Ministro-Relator teve divergência aberta pela Ministra Maria Isabel Gallotti. Argumentou a Ministra que a divulgação da informação foi efetuada contrariamente ao desejo dos legitimados legais da guarda da imagem da vítima, e com o fim comercial nítido, uma vez que uma emissora de TV comercial nada faz sem um fundo de interesse comercial. Também, a Ministra argumentou que não se tratava de assunto de relevante interesse público, uma vez que tratava de incidente envolvendo pessoas comuns, que já tinham suas situações jurídicas consumadas desde a muito tempo. Também, em sua argumentação, a Ministra considerou que o fato de o crime ter sido objeto de ampla divulgação à época não justificava que voltasse a ter suas informações veiculadas, o que, necessariamente, trazia de volta o sofrimento e aflição aos familiares da vítima. Sem citar diretamente em nenhum momento o direito ao esquecimento a Ministra acolheu a linha de raciocínio que o justificava, dando provimento ao recurso dos familiares da vítima.

O Ministro Marco Buzzi seguiu a divergência, em linhas muito semelhantes as adotadas pela Ministra Gallotti. Contudo os Ministros Raul Araújo e Antonio Carlos Ferreira seguiram o voto do Ministro-Relator, o que levou à emissão de acórdão negando o provimento ao Recurso Especial.

#### **2.2.4.2.1 O Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 833.248/RJ**

Inconformados com a decisão do Superior Tribunal de Justiça os familiares da vítima Aida Cury interuseram Recurso Extraordinário no Supremo Tribunal Federal, alegando, entre outras, a linha de raciocínio de afronta ao princípio constitucional da proteção à vida privada e a repercussão geral da questão. Distribuído o Recurso, foi

designado o Ministro Dias Toffoli como relator, que se pronunciou pela repercussão geral da questão nos seguintes termos:

Entendo que as matérias abordadas no recurso extraordinário, além de apresentarem nítida densidade constitucional, extrapolam os interesses subjetivos das partes, uma vez que abordam tema relativo à harmonização de importantes princípios dotados de status constitucional: de um lado, a liberdade de expressão e o direito à informação; de outro, a dignidade da pessoa humana e vários de seus corolários, como a inviolabilidade da imagem, da intimidade e da vida privada.

Assim, a definição por este Supremo Tribunal das questões postas no feito repercutirá em toda a sociedade, revelando-se de inegável relevância jurídica e social.

O dito Recurso Extraordinário aguarda julgamento, tendo ocorrido, no dia 12 de junho de 2017, audiência pública para avaliar os impactos da aplicação do direito ao esquecimento no âmbito do direito civil. Na dita audiência se discutiu, principalmente, os limites à aplicação do direito ao esquecimento, sendo, “o interesse público, o direito e a liberdade de informação, o direito à memória e a vedação da censura e a liberdade de expressão”. (CUEVA, 2018, p.95).

#### **2.2.4.3 O Marco Civil da Internet**

A personalidade digital ganha cada vez mais importância na sociedade da informação moderna, ao ponto de já existirem empresas especializadas em cuidar da personalidade digital, excluindo da rede referências. É evidente que, quando mídias de massa divulgam informações relacionadas à esfera privada das pessoas acabam por afetar a personalidade digital, ensejando a aplicação da proteção dos direitos da personalidade, consubstanciada no direito ao esquecimento. A problemática está centrada no fato de que, ao surgir o conflito entre o direito à liberdade de expressão e os direitos da personalidade, não se pode falar de contenção infraconstitucional a nenhum deles, pois se trata de direitos constitucionais fundamentais. Devido a essa limitação no tratamento de princípios, a Lei do Marco Civil da Internet erigiu ambos os direitos à categoria de princípios, sem estabelecer a preponderância de um sobre o outro. Dessa forma, a solução para eventuais conflitos entre os princípios elencados passa, obrigatoriamente, pela aplicação do princípio da proporcionalidade, técnica de ponderação aplicada pelo Supremo Tribunal Federal nos casos em que acontece o conflito. Como o direito ao esquecimento é uma das expressões do direito à privacidade, amparado pela cláusula geral de proteção da

dignidade da pessoa humana, acaba por ser, também, um direito fundamental, ainda que não de forma direta, mas sim derivada. (PIMENTEL; CARDOSO, 2015).

Mesmo antes da edição da Lei do Marco Civil da Internet a jurisprudência brasileira já tratava do direito ao esquecimento. Porém, a tutela legal era clara apenas nos casos em que as informações constantes configuravam um ilícito penal ou civil. No caso de informações verdadeiras, a jurisprudência não considerava o direito ao esquecimento como absoluto, havendo situações em que o interesse público prevalecia. Contudo, no âmbito da internet, a retirada de informações não é apenas um caso de tutela a uma ação ilícita penal ou civilmente, mas sim um direito personalíssimo que a pessoa tem de retirar de circulação na rede dados que se referem a ela. A partir da visão de um direito personalíssimo, o artigo sétimo da Lei do Marco Civil da Internet determina, no seu inciso X, que é direito do usuário da internet a retirada de dados constantes em bancos de dados de servidores da internet, uma vez que a relação entre as partes tenha se encerrado. Quando analisada em contraste com a legislação europeia que trata do assunto, a lei brasileira de regulação da internet é mais ampla, determinando um direito potestativo do usuário em retirar suas informações dos bancos de dados do servidor, enquanto que a legislação europeia garante um juízo de conveniência e oportunidade para essa ação por parte dos servidores. A única limitação que o diploma legal brasileiro faz a esse direito potestativo do usuário da internet é com relação à guarda pelos provedores de informações com determinação de guarda legal. Ainda assim, essa guarda deve obedecer à garantia de privacidade dos dados, sendo que no artigo 23 da Lei do Marco Civil da Internet existe previsão expressa de tutela jurisdicional para garantir essa privacidade. (PIMENTEL E CARDOSO, 2015).

A Lei do Marco Civil da Internet responsabiliza pelo conteúdo propagado na internet apenas os provedores de aplicações. Essa responsabilização acontece após ter sido descumprida ordem judicial para retirada de dados, nos termos do artigo 19, caput e parágrafo primeiro, da referida lei, devendo ainda ser limitada à capacidade técnico-operacional do servidor de cumprir a ordem. A retirada dos conteúdos deve se dar de tal forma que os usuários que tiveram o conteúdo retirado sejam informados, garantido assim o contraditório e ampla defesa. Porém, no caso de informações com conteúdo de nudez ou sexo, existe a possibilidade, nos termos do artigo 21 da lei, da utilização de notificação extrajudicial movida pelo usuário afetado contra o provedor de aplicações. Dessa forma,

diferentemente do que acontece no caso de notificação judicial, onde o provedor só é responsabilizado no momento em que descumpre a ordem judicial, no caso do não cumprimento da notificação extrajudicial já pode acontecer a responsabilização do provedor. No caso de descumprimento da ordem judicial ou da notificação extrajudicial, os provedores de aplicação respondem solidariamente com o terceiro causador do dano pelos danos morais e matérias causados à pessoa. (PIMENTEL E CARDOSO, 2015).

#### **2.2.4.4 O Recurso Especial nº 1.660.168/RJ**

Em maio de 2018, já na vigência da Lei do Marco Civil da Internet, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça finalizou o julgamento de Recurso Especial, movido contra decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Se tratava de decisão que, por unanimidade dos votos dos membros do colegiado julgador, revertia a decisão do juízo de primeira instância em um caso envolvendo a desindexação de nome em ferramentas de busca da internet.

A ação inicial foi movida contra a GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA E contra a YAHOO! DO BRASIL INTERNET LTDA, e envolvia a indexação, dentro das respectivas ferramentas de busca das empresas retrocitadas, do nome de uma pessoa supostamente envolvida em uma fraude no XLI Concurso da Magistratura Fluminense. A dita inicial pedia que fosse declarada a obrigação das operadoras das ferramentas de busca de desindexar o nome da autora das notícias que envolviam a suposta fraude, pedindo ainda a antecipação da tutela para que os efeitos se fizessem de imediato. O juízo de primeiro grau concedeu a antecipação da tutela, contudo, no julgamento do mérito julgou improcedente o pedido da autora. Movida a apelação junto ao Tribunal, a totalidade dos membros da Quinta Câmara Cível entendeu por reverter a decisão do juízo *a quo*, determinando a retirada da indexação do nome da apelante nas notícias citadas.

As apeladas vencidas recorreram ao Superior Tribunal de Justiça alegando, materialmente: a) cerceamento de defesa, visto ser a informação de caráter e interesse públicos; b) a inutilidade da propositura da ação, uma vez que a retirada de palavras ou expressões de *sites* de busca seria ineficaz, uma vez que o conteúdo repudiado permaneceria nos sites de origem, e; c) que se tratava de obrigação impossível, uma vez que a jurisprudência da Corte apontaria no sentido da necessidade da indicação precisa do localizador (URL) a ser removido.

Em seu voto, a relatora Ministra Nancy Andrighi analisou a jurisprudência firmada anteriormente pela Corte, orientada, até aquele momento, no sentido de que não era possível atribuir aos responsáveis pelos sites de busca a obrigação de eliminar determinados termos ou expressões, por falta de fundamento legal e pelo risco de tornar esses *sites* censores de fato. (CUEVA, 2018, p. 90). Também, a Ministra-Relatora apontou que, no que tangia aos provedores de acesso à Internet, esses teriam a obrigação de efetuar a exclusão de dados que estivessem em seu poder, sem nenhum tipo de questionamento, não abrangendo informações que fossem disponibilizadas aos usuários do *site* de forma transversal, ou seja, por referência cruzada com outros *sites*. Ainda, segundo a Ministra, lastreada na jurisprudência da Corte existente até aquele momento, os buscadores da Internet não poderiam responder pelas buscas efetuadas pelos seus usuários. Dessa forma, baseada nas digressões anteriores, a Ministra-Relatora votou por dar provimento ao recurso impetrado, não reconhecendo o direito ao esquecimento no caso em questão, votando com ela o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva.

O Ministro Marco Aurélio Bellizze abriu divergência no julgamento, apontando, inicialmente, que, ao contrário da afirmação da Relatora, existiria sim base legal para aplicar restrição ao tratamento de dados na legislação brasileira, baseando-se no texto dos §§1º, 2º e 3º do art. 11 da lei nº 12.965/2014. Essa base legal, nas palavras do Ministro, não seria uma autorização para que o provedor de serviços se tornasse um censor digital. Outrossim reservaria ao Judiciário a última palavra na apreciação de casos onde houvesse situações excepcionais, como em conteúdos essencialmente privados ou que tenham perdido o interesse público em razão do tempo de sua veiculação. Efetuando uma análise profunda, quase técnica, da forma como um buscador de referências na Internet trabalha, o Ministro apontou o fato de que, passada uma década do acontecimento, os buscadores ainda permaneciam trazendo o nome da autora da inicial associado à ocorrência pretérita, como se nenhum fato recente mais relevante tivesse ocorrido no interregno. Na visão do Ministro, a manutenção do nome da autora, por si só e desassociado de qualquer menção ao fato pretérito, ocasionaria que uma busca pelo dito nome levaria, por consequência, à notícia anteriormente associada ao mesmo, sendo necessária a atuação do Judiciário para limitar, nesse caso, a publicidade no buscador da Internet. Em sua visão, a retirada da indexação do nome, diretamente colocado no site de buscas, à notícia de fraude, não afetaria o direito à informação de quem buscasse notícias de fraude, uma vez que o nome da autora ainda constaria na informação original. Nessa

linha, o Ministro votou para manter a tutela inibitória concedida pelo Tribunal, sendo seguindo em seu voto pelos Ministros Paulo de Tarso Sanseverino e Moura Ribeiro.

Dessa forma, a decisão da Terceira Turma acabou por criar um precedente que diverge da jurisprudência consolidada da Corte no que tange à aplicação do direito ao esquecimento na Sociedade da Informação, tendo o acórdão proferido indicado a nova orientação nos seguintes termos (grifos nossos):

3. A jurisprudência desta Corte Superior tem entendimento reiterado no sentido de afastar a responsabilidade de buscadores da internet pelos resultados de busca apresentados, reconhecendo a impossibilidade de lhe atribuir a função de censor e impondo ao prejudicado o direcionamento de sua pretensão contra os provedores de conteúdo, responsáveis pela disponibilização do conteúdo indevido na internet. Precedentes.

4. Há, todavia, circunstâncias excepcionalíssimas em que é necessária a intervenção pontual do Poder Judiciário para fazer cessar o vínculo criado, nos bancos de dados dos provedores de busca, entre dados pessoais e resultados da busca, que não guardam relevância para interesse público à informação, seja pelo conteúdo eminentemente privado, seja pelo decurso do tempo.

5. Nessas situações excepcionais, o direito à intimidade e ao esquecimento, bem como a proteção aos dados pessoais deverá preponderar, a fim de permitir que as pessoas envolvidas sigam suas vidas com razoável anonimato, não sendo o fato desabonador corriqueiramente rememorado e perenizado por sistemas automatizados de busca.

6. O rompimento do referido vínculo sem a exclusão da notícia compatibiliza também os interesses individuais do titular dos dados pessoais e coletivo de acesso à informação, na medida em que viabiliza a localização das notícias àqueles que direcionem sua pesquisa fornecendo argumentos de pesquisa relacionados ao fato noticiado, mas não àqueles que buscam exclusivamente pelos dados pessoais do indivíduo protegido.

7. No caso concreto, passado mais de uma década desde o fato noticiado, ao se informar como critério de busca exclusivo o nome da parte recorrente, o primeiro resultado apresentado permanecia apontando link de notícia de seu possível envolvimento em fato desabonador, não comprovado, a despeito da existência de outras tantas informações posteriores a seu respeito disponíveis na rede mundial.

### 2.3 A tutela do direito ao esquecimento no Brasil

Assim como os demais direitos de personalidade, o direito ao esquecimento pode, na sua aplicação, se chocar com outros direitos de personalidade. Devido a isso, sua aplicação deve observar o contexto, o caso em concreto em que se deseja a tutela, de forma a efetuar a devida ponderação entre os direitos conflitantes. Basicamente, quando se trata do contexto do tráfego e armazenamento de dados na internet, o que se observa é que se chocam o direito à privacidade e o direito público ao conhecimento e acesso à informação, sendo o direito ao esquecimento o difícil equilíbrio entre a aplicação desses princípios na prática. Uma solução fácil para esse problema seria indexar os dados a

respeito de uma pessoa com um metadado que apague a informação da rede decorrido certo tempo, ou que retire essa informação de mecanismos de busca, mesmo que a preserve nos bancos de dados originais. Porém, enquanto essa solução é bastante viável, significa, efetivamente, passar um cheque em branco para que a pessoa possa reescrever a sua história a revelia do contexto histórico e do interesse público. Dessa forma, a doutrina entende que a aplicação do direito ao esquecimento em detrimento de outros direitos de personalidade deve observar critérios de valoração e proporcionalidade que avaliem a finalidade e a utilidade da informação dentro de um contexto histórico. (LIMA, 2014).

### 2.3.1 Liberdade de expressão *versus* intimidade e vida privada

O primeiro campo de incidência do direito ao esquecimento é a história judicial da pessoa. Entre os fundamentos específicos que incluem o direito ao esquecimento no nosso ordenamento estão a Constituição Federal Brasileira (art. 5º, XLVII, “b”), o Código Penal (arts. 93 a 95), o Código de Processo Penal (art. 748) e a Resolução 121 do CNJ (arts. 4º, §§1º e 2º e art. 5º). Ao se efetuar a análise sobre o interesse jornalístico sobre determinadas matérias, levando em consideração o balanceamento entre o interesse público da matéria e o decurso do tempo, se vê que determinados fatos atraem, compreensivelmente, o interesse da coletividade. Porém, com o passar do tempo, e tendo o fato sido relegado ao esquecimento e o indivíduo que o cometeu cessado de atrair notoriedade, nasce o direito ao esquecimento. Existem quatro exceções que afastariam o direito ao esquecimento no histórico judicial:

[...] (a) quando os fatos estão relacionados com a História ou se trata de um tema de interesse histórico; (b) quando se refiram a fatos vinculados ao exercício de uma atividade pública. [...] (c) da pessoa condenada (ou de seus sucessores) em demonstrar sua inocência ou grave injustiça; (d) a busca da verdade de si mesmo ou de sua própria história. (CHEHAB, 2015, p.95).

O segundo campo de incidência do direito ao esquecimento é o de corrigir uma sombra do passado, de forma que erros cometidos ao longo da vida não sejam utilizados como mero objeto de diversão alheio, o que não fundamenta o direito à liberdade de expressão. Em relação a isso cabe a análise do interesse histórico em torno do caso, de forma a verificar se deve ser afastado o direito ao esquecimento. (CHEHAB, 2015).

O terceiro campo de incidência é o de garantir a tutela de dados pessoais sensíveis de pessoa, entidade ou coisa. Não é qualquer dado que mereceria essa tutela do direito ao esquecimento, mas seria um dado tal que:

[...] se refira a uma questão extraordinariamente delicada, diretamente vinculada ao núcleo da personalidade e da dignidade da pessoa humana, [...] chamado de sensível em razão do maior potencial lesivo a outros direitos fundamentais, como a intimidade e a igualdade. (CHEHAB, 2015, p. 98).

O último campo de incidência do direito ao esquecimento trata da circulação de informações na internet, cujo problema se traduz em uma frase de Eric Schmidt, presidente da Google Inc., segundo a qual “não existe um botão de apagar na internet” (tradução nossa). Isso se dá pelo fato de a arquitetura da internet ter se baseado na possibilidade de vastas porções dos equipamentos que a sustentam terem sido destruídas em caso de guerra, o que fez com que os pesquisadores da agência de pesquisa que criou seu embrião, a ARPANET ou *Advanced Research Projects Agency Network*, planejassem para que fosse fácil a propagação das informações dentro do seu ambiente. Certas particularidades do funcionamento da internet dificultam o acesso ao direito ao esquecimento, entre outras o efeito eterno da memória eletrônica, a eficiência das ferramentas de busca em listar certos dados e a dificuldade do exercício da vontade de excluir esses dados. (CHEHAB, 2015).

### **2.3.1.1 Um novo paradigma sobre os parâmetros de ponderação de princípios**

Os critérios aplicados atualmente quando se efetua a ponderação entre os direitos à intimidade e vida privada de uma lado e liberdade de expressão do outro levam em consideração se o fato que se deseja limitar a propagação ou retirar de circulação foi cometido por pessoa pública, ou se foi cometido em local público, ou se estava relacionado a um crime cometido, ou ainda se se tratava de um evento que tenha ganho aspecto histórico. A doutrina considera que a análise desses critérios isoladamente não resolve o choque de conflitos. (SILVA, 2017).

Na visão de Martinez (2014 apud SILVA, 2017, p. 8-13) outros devem ser os critérios a serem adotados para se efetuar a ponderação quando do choque entre o direito ao esquecimento e a liberdade de expressão, de forma a dar sistematização a um direito que ainda não encontra amparo legal expresso em nosso ordenamento. O primeiro critério a ser observado para se efetuar a análise de se deve ou não ser aplicado o direito ao

esquecimento é verificar se o fato já foi de domínio público em algum momento do passado, o que, no caso de a resposta ser negativa, levaria à aplicação do direito ao esquecimento. No caso de o fato já ter sido de domínio público no passado, o próximo critério a ser observado é a preservação do contexto original de divulgação do fato. Se a divulgação do fato não respeitar as informações originais, como o local, a data e as condições em que o dado foi obtido e divulgado originalmente deve ser aplicado o direito ao esquecimento. Caso contrário, sendo o dado que se pretende divulgar de domínio público desde sua origem e tendo sido preservado o contexto original de divulgação da informação, o próximo critério que se deve observar é se a divulgação dos dados que podem atingir direitos da personalidade é imprescindível para a divulgação. Caso o dado que se pretende divulgar já tenha sido de domínio público, o contexto original de divulgação tenha sido respeitado e não seja possível dissociar os dados pessoais da divulgação da informação deve ser observada a utilidade da informação, sob o ponto de vista do interesse público. Se todos os critérios anteriores estiverem presentes, para que se possa afastar a aplicação do direito ao esquecimento ainda deve ser observada a atualidade da informação. É característica de qualquer informação que o passar do tempo diminua o interesse público sobre o seu conhecimento. Quanto maior o tempo decorrido a partir da divulgação da informação menor será o interesse social a seu respeito e a utilidade de sua divulgação. Como linha de base, se utilizaria o prazo de dez anos previsto no art. 205 do Código Civil como balizador para determinar prazos a partir dos quais se consideraria que a informação de fato não criminoso perdeu a utilidade. No caso de fatos criminosos de menor reprovabilidade deveria ser observado o prazo prescricional do crime. Já no caso de fatos criminosos de grande repercussão seria difícil se estabelecer que a informação perdeu relevância.

### **2.3.2 A ineficácia da tutela inibitória**

Analisando como se dá a fruição do direito da personalidade se verifica que, como em outros direitos inerentes à personalidade, se dá *in natura* ou como objeto de reparação. É característica intrínseca do direito ao esquecimento que seu exercício se dê *in natura*, uma vez que a não divulgação de fatos e dados é o que efetivamente interessa ao titular do direito. Decorre desse interesse uma série de condutas, em sua maioria de caráter omissivo, sendo a mais comum não divulgar um fato. Subsidiariamente, quando essas condutas oriundas do direito não são observadas, cabe ao titular o direito de

regresso, podendo ainda ocorrer a retratação do transgressor do direito. Porém, segundo o autor, a transgressão ao direito ao esquecimento acaba convolvendo-se em danos materiais e morais sofridos pelo titular do direito. (CHEHAB, 2015).

O exercício forçado do direito ao esquecimento começa pela análise dos casos de colisão do direito fundamental ao esquecimento com os direitos fundamentais à liberdade de imprensa e do acesso à informação. Com relação à primeira, segundo a análise da ADPF 130/DF e do REsp 1.388.994/SP, se consolida a ideia de que o direito à liberdade de imprensa tem precedência sobre o direito ao esquecimento por ser aquele um sobredireito, ainda que não absoluto e devendo ser observada a ponderação no caso em concreto entre os dois direitos fundamentais em choque. Com relação à segunda se observa que se trata de fundamento do estado democrático, sendo que se tratando especificamente de atividade de figura pública não justifica a aplicação do direito ao esquecimento. (CHEHAB, 2015).

Sob a ótica ainda do exercício forçado do direito ao esquecimento se observa a existência de ações que visam coibir uma ameaça ao direito ao esquecimento, de forma a impedir que aconteça a lesão e que se configurem danos que podem ser de reparação extremamente custosa ou impossível. O ponto central da questão aqui se concentra na dificuldade do titular do direito de compor elementos probatórios suficientes, e em tempo hábil, para fundamentar uma ação inibitória, de forma a provar um risco concreto e praticar os atos necessários à inibição da lesão antes que aconteça. Torna-se prioritária essa tutela inibitória frente à característica de rápida replicação das informações uma vez que tenham sido veiculadas. Com essa replicação acontecendo em progressão geométrica, devido aos sucessivos encadeamentos de replicações gerados pelas várias redes de contatos dos usuários, se torna virtualmente impossível prever os efeitos da propagação dessas informações. (CHEHAB, 2015).

Ainda com relação ao exercício forçado do direito ao esquecimento são analisadas as principais medidas judiciais utilizadas para tutelar o direito ao esquecimento no caso de sua lesão através de mídias (impresas e escritas), televisões e rádios, e internet. No caso de lesão do direito ao esquecimento através de mídias o usual é empregar restrições quanto a publicação de conteúdo ou quanto a circulação do veículo de mídia onde consta a informação que se deseja impedir de ser veiculada, mas deve se observar que esse tipo de medida, se não for empregada com cuidado, costuma ser

entendida como censura prévia e atraindo atenção sobre o fato que se deseja ocultar, o que acaba por causar o efeito inverso do desejado. As mesmas observações quanto a efeitos indesejados cabem com relação à proibição da divulgação de conteúdo em televisões e rádios. Mais custoso ainda seria coibir a divulgação de dados na internet. Se o caso fosse de restrição quanto à coleta e uso de dados se mostra muito difícil fiscalizar o cumprimento de ordens restritivas. Com relação à ordem de remoção do conteúdo, uma série de dificuldades práticas se apresenta, sendo:

[...] a) não é possível identificar o autor do ilícito; b) não é possível localizar o autor do ilícito; c) não é possível submeter o autor do ilícito à jurisdição nacional; d) a gravidade do ilícito exige a concessão de tutela de urgência; e) o ato ilícito tem uma pluralidade muito grande de autores, inviabilizando tanto o ajuizamento de ações judiciais contra todos eles quanto o litisconsórcio passivo em um ou mais processos; f) o autor do ilícito oferece resistência ou se recusa a cumprir ordens judiciais, apesar da imposição dos meios coercitivos autorizados pelo sistema jurídico. (CHEHAB, 2015, p.111).

E, ainda que seja possível a tutela jurisdicional, pelo fato de as informações serem replicadas entre os usuários, o efeito da tutela se mostra inócuo. A efetividade do exercício da tutela pela exclusão de resultados em sites de buscas depende de o titular do direito indicar de forma o mais precisa possível o conteúdo ou expressão e o site de onde deve ser excluída, sob risco de se tornar uma medida ineficaz. Outra medida utilizada para a tutela do direito ao esquecimento seria o bloqueio de endereço e de site, através do bloqueio ao endereço ao endereço IP do site ou do bloqueio à sua resolução no serviço de DNS dos provedores, além do uso de filtro de localização geográfica, medidas que se mostram ineficazes no caso de o site conseguir alterar seu endereço IP sem mudar o seu domínio. Mais difícil ainda é o exercício da tutela do direito quando se trata de envio de mensagens através de dispositivos móveis, uma vez que os recursos usuais para o exercício dessa tutela se mostram ineficazes frente às dificuldades tecnológicas trazidas por esse tipo de equipamento. (CHEHAB, 2015).

### **2.3.3 O vácuo legislativo da proteção dos dados pessoais**

Sempre tendo como pano de fundo o conflito entre o direito ao esquecimento e outros direitos de personalidade, se verifica que existe uma tendência de criação de projetos que buscam tornar mais objetiva a aplicação do direito de ser esquecido em nossa realidade. O projeto de lei 7841/14 trata da remoção obrigatória de links na internet que contenham dados cujo conteúdo ou idade da informação tenham tornado obsoleto. Os

projetos de lei 215/2014, 1547/2015 e 1589/2015 tratam do aumento de pena para crimes contra a honra cometidos no contexto do tráfego de informações na internet. A propositura dos projetos de lei foi muito mal recebida pela mídia, que argumentou que a propositura dos diplomas legais buscava acabar com a liberdade de expressão na internet e calar as críticas feitas a políticos utilizando esse meio de propagação de informações. Ainda tramitando no Congresso Nacional, os projetos tiveram um parecer não favorável no Conselho de Comunicação Social do Congresso Nacional sob a justificativa de que o direito ao esquecimento não tem tradição histórica em nosso ordenamento e que a sua inserção poderia gerar os meios para que se pudesse abusar de seu uso, utilizando a previsão para fins políticos.

No ordenamento brasileiro o direito ao esquecimento é regulado no art. 7º, inciso X, da lei nº 12.965/2014, já existindo a sua tutela como direito da personalidade autônomo no art. 11 do Código Civil e no art. 1º, inciso III da Constituição Federal. Com a entrada em vigor do Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia (GDPR), o Congresso Nacional aumentou o ritmo de análise do equivalente brasileiro ao regulamento europeu, o Projeto de Lei da Câmara nº 53/2018. No dia 03 de julho de 2018 o Senado Federal aprovou, para deliberação da matéria, e no dia 14 de agosto de 2018 o presidente Michel Temer sancionou o texto do PLC nº 53/2018. Com isso, o direito ao esquecimento passa a ter critérios muito mais definidos para a sua aplicação, em moldes semelhantes aos da União Europeia. Contudo, ainda que o texto tenha a previsão do direito ao esquecimento, sua principal inovação, a criação de uma agência de proteção de dados pessoais que iria fornecer uma instância administrativa para a resolução de conflitos relativos à retirada de dados de ambientes informatizados, foi vetada, sob a alegação de vício de consentimento.

## CONCLUSÃO

Como vimos, a sociedade passou por uma profunda transformação ao ser exposta às novas tecnologias disponibilizadas pela moderna Sociedade da Informação. As relações sociais foram alteradas profundamente pela nova dinâmica na transmissão de informações e pela perenidade dessas informações dentro dos ambientes informatizados. Direitos fundamentais que apresentam características de tutela antagônicas, como a liberdade de expressão e a intimidade e vida privada, tiveram um aumento na complexidade de seus choques, por conta da forma como as informações passaram a transitar e ser disponibilizadas na Internet.

Também vimos que o excesso de exposição propiciado pelas novas tecnologias de comunicação criou a necessidade de algum tipo de limitador dessa exposição, de forma a garantir ao indivíduo o mínimo de proteção de sua esfera privada. Por conta disso o direito ao esquecimento, originariamente instituto da esfera penal, ganhou nova dimensão como direito fundamental apto a garantir essa proteção.

Estudando o desenvolvimento do direito ao esquecimento nos ordenamentos estrangeiros verificamos que, em alguns países foi alcançado um grau de evolução que ainda não foi alcançado dentro de nosso país. Com a entrada em vigor do Regulamento Geral de Proteção de Dados se consolidou a construção do direito ao esquecimento com direito fundamental dentro, e em determinadas situações até mesmo fora, do território da União Europeia. Os impactos do dito Regulamento fora do território da União Europeia ainda serão estudados por um longo tempo, principalmente pelos países que não adotarem de forma célere legislações equivalentes que possam fazer frente aos novos desafios impostos pelo dito regulamento.

No Brasil, apesar da recente aprovação da Lei de Proteção de Dados Pessoais, na esteira da entrada em vigor do Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais da União Europeia, a construção do direito ao esquecimento como direito fundamental foi efetuada pela doutrina e pela jurisprudência. Vimos que em situações até certo ponto semelhantes é possível que a prestação jurisdicional seja prestada em sentidos diametralmente opostos, o que dificulta a aplicação do direito ao esquecimento como direito subjetivo, criando insegurança jurídica. Ainda, devido à deficiência na definição normativa da aplicação do direito ao esquecimento, verificamos que existem diversas

dificuldades na tutela do direito ao esquecimento no Brasil, típicas de institutos jurídicos inadequados à nova realidade trazida pela moderna Sociedade da Informação.

Esperamos que, com o julgamento do Recurso Extraordinário com Repercussão Geral 833.248/RJ e com a recente aprovação da Lei de Proteção de Dados Pessoais sejam definidos critérios mais firmes para a aplicação do direito ao esquecimento, sempre resguardando a liberdade de expressão e o livre trânsito de informações pela internet, pilares da moderna Sociedade da Informação. Contudo, o veto presidencial à criação da agência que seria responsável, na esfera administrativa, de tratar das questões referentes à aplicação da Lei de Proteção de Dados, faz com que permaneçam sob responsabilidade jurisdicional a tutela ao direito ao esquecimento. Espera-se que as futuras decisões, amparadas por legislação infraconstitucional que trata do assunto, estabeleçam critérios mais claros para o tratamento de dados e apagamento de informações nos ambientes informatizados. Somente assim poderemos ter um avanço real na efetiva prestação da tutela do direito ao esquecimento dentro do território nacional.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- ANTUNES, Ana. *Sociedade da Informação*. 2008. 20 f. Dissertação (Graduação). Licenciatura em Sociologia, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2008. Disponível em: <<http://www4.fe.uc.pt/fontes/trabalhos/2008007.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2018.
- BARRETO, Aldo de A. Uma quase história da ciência da informação. *DataGramZero – Revista de Ciência da Informação*, v. 9, n. 2, p. 1-15, abr. 2008. Disponível em: <<http://ridi.ibict.br/handle/123456789/162>>. Acesso em: 28 mar. 2018.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6º ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 29ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2014.
- BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de processo penal. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 12 set. 2017.
- BRASIL. Constituição (1824). *Constituição Política do Império do Brasil*. Rio de Janeiro, 2018.
- BRASIL . Constituição (1891). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Senado Federal, 2018.
- BRASIL. Constituição (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Senado Federal, 2018.
- BRASIL. Constituição (1937). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: 2018.
- BRASIL. Constituição (1946). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Senado Federal, 2018.

BRASIL. Constituição (1967). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2018.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado federal, 2017.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 12 set. 2017.

BRASIL. *Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014*. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, 2014. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm)>. Acesso em: 12 set. 2017.

BRASIL. *Projeto de lei da Câmara nº 53 de 2018*. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133486>>. Acesso em: 04 jul. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial. Direito civil-constitucional. Liberdade de imprensa vs. direitos da personalidade. Litígio de solução transversal. Competência do Superior Tribunal de Justiça. Documentário exibido em rede nacional. Linha direta-justiça. Sequência de homicídios conhecida como Chacina da Candelária. Reportagem que reacende o tema treze anos depois do fato. Veiculação inconstitucional de nome e imagem de indiciado nos crimes. Absolvição posterior por negativa de autoria. Direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram pena e dos absolvidos. Acolhimento. Decorrência da proteção legal e constitucional da dignidade da pessoa humana e das limitações positivas à atividade informativa. Presunção legal e constitucional de ressocialização da pessoa. Ponderação de valores. Precedentes de direito comparado. *REsp 1334097/RJ*. Quarta turma. Recorrente: Globo Comunicações e Participações S/A. Recorrido: Jurandir Gomes de França. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 10 de outubro de 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1334097+&b=ACOR&p=true&l=10&i=11>>. Acesso em: 12 set. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Direito civil-constitucional. Liberdade de imprensa vs. Direitos da personalidade. Litígio de solução transversal. Competência do Superior Tribunal de Justiça. Documentário exibido em rede nacional. Linha direta-justiça. Homicídio de repercussão nacional ocorrido no ano de 1958. Caso “Ainda Curi”. Veiculação, meio século depois do fato, do nome e imagem da vítima. Não consentimento dos familiares. Direito ao esquecimento. Acolhimento. Não aplicação no caso concreto. Reconhecimento da historicidade do fato pelas instâncias ordinárias. Impossibilidade de desvinculação do nome da vítima. Ademais, inexistência, no caso concreto, de dano moral indenizável. Violação ao direito de imagem. Súmula n. 403/STJ. Não incidência. *REsp 1335153/RJ*. Quarta turma. Recorrente: Nelson Curi e outros. Recorrido: Globo Comunicação e Participações S/A. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 10 de outubro de 2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1335153&b=ACOR&p=true&l=10&i=6>. Acesso em: 12 set. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial. Direito civil. Ação de obrigação de fazer. 1. Omissão, contradição ou obscuridade. Ausência. 2. Julgamento extra petita. Não configurado. 3. Provedor de aplicação de pesquisa na internet. Proteção a dados pessoais. Possibilidade jurídica do pedido. Desvinculação entre nome e resultado da pesquisa. Peculiaridade fáticas. Conciliação entre o direito individual e o direito coletivo à informação. 4. Multa diária aplicada. Valor inicial exorbitante. Revisão excepcional. 5. Recurso especial parcialmente provido. *REsp 1660168/RJ*. Terceira turma. Recorrente: YAHOO! DO BRASIL INTERNET LTDA e GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA. Recorrido: D.P.N. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Relator para o acórdão: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 08 de maio de 2018. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201402917771&dt\\_publicacao=05/06/2018](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201402917771&dt_publicacao=05/06/2018). Acesso em: 03 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo. Ementa Direito constitucional. Veiculação de programa televisivo que aborda crime ocorrido há várias décadas. Ação indenizatória proposta por familiares da vítima. Alegados danos morais. Direito ao esquecimento. Debate acerca da harmonização dos princípios constitucionais da liberdade de expressão e do direito à informação com aqueles que protegem a dignidade da pessoa humana e a

inviolabilidade da honra e da intimidade. Presença de repercussão geral. *ARE 833248 RG/RJ*. Tribunal pleno. Recorrente: Nelson Curi e outros. Recorrido: Globo Comunicação e Participações S/A. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 11 de dezembro de 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ARE%24%2ESCLA%2E+E+833248%2ENUME%2E%29+OU+%28ARE%2EPRCR%2E+ADJ2+833248%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/pcavoos>>. Acesso em: 12 set. 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2014.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional: teoria do Estado e da Constituição direito constitucional positivo*. 14ª ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. 6ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2013.

CASTELLS, Manuel. *A galáxia da Internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade*. Rio de Janeiro: Zahar Editora, 2015.

CHEHAB, Gustavo Carvalho. O direito ao esquecimento na sociedade da informação. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 104, v. 962, p. 85-119, fev. 2015.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. ET AL. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2004.

COMER, Douglas E. *Redes de computadores e internet*. 6ª ed. Porto Alegre: Bookman, 2016.

CUEVA, Ricardo V. B. Evolução do direito ao esquecimento no judiciário. In: SALOMÃO, Luis Felipe. TARTUCE, Flávio. *Direito civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2018. p. 83-99 .

DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

ENUNCIADO 274 aprovado na IV Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/219>>. Acesso em: 12 set. 2017.

ENUNCIADO 531 aprovado na VII Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/821>>. Acesso em 12 set. 2017.

FARIAS, Edílson Pereira de. *Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2º ed. Porto Alegre: PC Editorial Ltda, 2000.

GIBSON, William. *Neuromancer*. 4ª ed. São Paulo: Aleph, 2008.

KUROSE, James L. ROSS, Keith W. *Redes de computadores e a Internet: uma abordagem top-downs*. 5ª ed. São Paulo: Addison Wesley, 2010.

LEITE, Flávia Piva Almeida. RODRIGUES, Monica Walter. Esquecimento e memória na sociedade da informação. *Revista Thesis Juris*, RTJ, eISSN 2317-3580, São Paulo, v. 5, n.1, p. 97-117, Jan./ Abr. 2016.

LEVY, Pierre. *Cibercultura*. São Paulo: Editora 34, 1999.

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, ago. 2014.

MATTOZO, Vânia. SPECIALSKI, Elizabeth. O ciberespaço e as redes de computadores na construção de novo conhecimento. *Revista Brasileira de Informática na Educação*. Florianópolis, n. 6, p. 1-9, 2000. Disponível em: <<http://www.br-ie.org/pub/index.php/rbie/article/viewFile/2273/2035>>. Acesso em: 28 mar. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. et al. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. 1ª ed. 2ª tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MONTEIRO, Silvana D. O ciberespaço: o termo, a definição e o conceito. *DataGramaZero - Revista de Ciência da Informação*. v. 8, n. 3, jun. 2007. Disponível em:

<<http://www.brapci.inf.br/index.php/article/view/0000004482/5da6e04fed112be3f317b5ef916e48ea>>. Acesso em: 28 mar. 2018.

NASCIMENTO, Valéria Ribas do. Direitos fundamentais da personalidade na era da sociedade da informação: transversalidade da tutela à privacidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 54, n.213, p. 265-288, jan./mar. 2017. Disponível em: <[http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/213/ril\\_v54\\_n213\\_p265](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/213/ril_v54_n213_p265)>. Acesso em: 01 jun. 2017.

PARLAMENTO EUROPEU. *Diretiva 95/46/CE, 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. Bruxelas, 1995. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A31995L0046>>. Acesso em: 12 set. 2017.

PARLAMENTO EUROPEU. *Diretiva 2002/58/CE, de 12 de julho de 2002*. Diretiva relativa à privacidade e às comunicações eletrônicas. Bruxelas, 2002. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32002L0058>>. Acesso em: 12 set. 2017.

PARLAMENTO EUROPEU. *Diretiva 2009/136/CE, de 25 de novembro de 2009*. Altera a Diretiva 2002/22/CE relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores em matéria de redes e serviços de comunicações eletrônicas, a Diretiva 2002/58/CE relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no sector das comunicações electrónicas e o Regulamento (CE) n. 2006/2004 relativo à cooperação entre as autoridades nacionais responsáveis pela aplicação da legislação de defesa do consumidor. Bruxelas, 2009. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:32009L0136>>. Acesso em: 12 set. 2017.

PARLAMENTO EUROPEU. *Regulamento 2016/679, 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 e que revoga a Diretiva 95/46/CE. Bruxelas, 2016. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32016R0679>>. Acesso em: 12 set. 2017.

PIMENTEL, Alexandre Freire. CARDOSO, Mateus Queiroz. A regulamentação do direito ao esquecimento na lei do marco civil da internet e a problemática da responsabilidade civil dos provedores. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 42, n. 137, p. 45-61, mar. 2015. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/376>>. Acesso em: 06 ago. 2017.

QUEIROGA, Cíntia S. et al. *Uma breve reflexão sobre a formação das massas nas redes sociais e a busca por um novo ideal do eu*. *Jornal de psicanálise*, n. 49, p. 111-126, 2016. Disponível em: <<http://pepsic.bvsalud.org/pdf/jp/v49n91/v49n91a11.pdf>>. Acesso em: 20/03/2018.

RECUERO, Raquel da C. *Comunidades em redes sociais na Internet: proposta de tipologia baseada no Fotolog.com*. 2006, 334 f. Tese (Doutorado) – Programa de pós-graduação: Comunicação e Informação, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006.

RIBEIRO, Juliana F. *Redes sociais nas empresas*. 2010. 52 f. Dissertação (Graduação) – Bacharelado: Comunicação Social com habilitação em Publicidade e Propaganda, UniCEUB – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2010.

ROSA, Raissa Viana. *A proteção do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro*. 2016. 61 f. Trabalho de conclusão de curso (graduação) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais: Direito, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. et al. *Curso de direito constitucional*. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraivajur, 2016.

SCHREIBER, Anderson. Direito ao Esquecimento. In: SALOMÃO, Luis Felipe. TARTUCE, Flávio. *Direito civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2018. p. 65-82.

SILVA, Bruno Batista da. Direito ao esquecimento: proteção dos direitos da personalidade. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 22, n. 4943, jan. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/55014>>. Acesso em: 16 jan. 2017.