



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UnB
FACULDADE DE DIREITO – FDD
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

RENATA TEIXEIRA DE ANDRADE

O DIREITO AO ESQUECIMENTO:
UMA ANÁLISE A PARTIR DA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL DO
DIREITO COMO INTEGRIDADE

Brasília
2018

RENATA TEIXEIRA DE ANDRADE

O DIREITO AO ESQUECIMENTO:
UMA ANÁLISE A PARTIR DA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL DO
DIREITO COMO INTEGRIDADE

Monografia de conclusão de curso apresentada
ao Curso de Direito da Universidade de Brasília
– UnB como requisito parcial à obtenção do
título de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Henrique Blair de
Oliveira.

Brasília
2018

TERMO DE APROVAÇÃO

RENATA TEIXEIRA DE ANDRADE

O DIREITO AO ESQUECIMENTO: UMA ANÁLISE A PARTIR DA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL DO DIREITO COMO INTEGRIDADE

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB, pela banca examinadora composta por:

Prof. Dr. Paulo Henrique Blair de Oliveira
Orientador

Profa. Dr. Claudia Rosane Roesler
Membro Interno

Prof. Dr. Guilherme Scotti Rodrigues
Membro Interno

Brasília, 30 de novembro de 2018.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, Áurea e Manoel, meus maiores exemplos de integridade e dedicação, pelo amor e apoio incondicionais durante todos esses anos e por estarem sempre presentes, a despeito da distância.

Agradeço à minha querida avó Carminha, por ter me ensinado desde cedo que é preciso fé para nos mantermos firmes.

Agradeço ao meu orientador Paulo, por ter abraçado a minha ideia e ter sido sempre tão paciente e prestativo durante o processo de realização deste trabalho.

RESUMO

O presente trabalho busca articular o direito ao esquecimento ante a garantia de liberdades de expressão e de imprensa e o direito à informação, à luz do marco teórico do Direito como integridade de Dworkin. Inicia-se com a apresentação das mudanças trazidas pela sociedade de superinformação e o surgimento do direito ao esquecimento como parte integrante da compreensão dos direitos da personalidade, em resposta às novas demandas sociais de proteção à privacidade, à intimidade e à honra. Em seguida, apresentam-se manifestações desse direito no ordenamento jurídico brasileiro, a fim de demonstrar que o direito brasileiro comporta a sua tese. Depois, são feitas análises de dois casos brasileiros relevantes para o tema, expondo-se algumas problemáticas trazidas pelo método de ponderação de direitos fundamentais como meio de resolução de casos difíceis. Por fim, será proposta uma forma compreensão do direito ao esquecimento que seja orientada pela melhor interpretação da Constituição, face à integridade do ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Direito ao esquecimento. Sociedade de superinformação. Privacidade. Liberdade de expressão. Ponderação. Direito como integridade.

ABSTRACT

The present work aims to articulate the right to be forgotten with the guarantees of freedom of speech and of press, and the right to information, under the theoretical background of Dworkin's Law as integrity. It begins with the overview of the changes brought by the superinformation society, and the emergence of the right to be forgotten as a part of the comprehension of the rights of personality, in response to the new social demands for protection of privacy, intimacy and honor. In the following section, it presents manifestations of the right to be forgotten in our legal system, in order to demonstrate that Brazilian Law comprises its thesis. After, it will analyze two Brazilian judicial cases that are relevant to this subject, in order to show some issues that the ponderation's method can cause as a way of solution to hard cases. In the end, it proposes a form of comprehension of the right to be forgotten that is guided by the best interpretation of the Constitution, facing the integrity of Brazilian legal system.

Key-words: Right to be forgotten. Superinformation society. Privacy. Freedom of speech. Ponderation. Law as integrity.

ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

Art. – Artigo

CF – Constituição Federal

RE – Recurso Extraordinário

REsp – Recurso Especial

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. DIREITO AO ESQUECIMENTO: CONTEXTUALIZAÇÃO	11
1.1. O atual paradigma da sociedade superinformacionista	11
1.2. Direito ao esquecimento como manifestação dos direitos da personalidade	14
2. MANIFESTAÇÕES NORMATIVAS DO DIREITO AO ESQUECIMENTO	17
3. DIREITOS FUNDAMENTAIS: CONTRASTE ENTRE INTEGRIDADE E BALANCEAMENTO.....	25
3.1. A colisão de direitos fundamentais na teoria de Robert Alexy e a sua técnica de ponderação como meio de solução.....	25
3.2. A teoria do Direito como integridade de Ronald Dworkin e seu método de solução de casos difíceis através da melhor interpretação possível da Constituição.....	29
4. O DIREITO AO ESQUECIMENTO E INTEGRIDADE NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA	38
4.1. O caso das biografias não-autorizadas – ADI 4815	38
4.2. O caso Aida Curi – REsp 1.335.153/RJ e RE 1010606.....	50
CONCLUSÃO	60
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	64

INTRODUÇÃO

O fato de que a tecnologia provocou e continua a provocar as mais significativas transformações que a humanidade já vivenciou é algo incontroverso. Ela tem auxiliado os seres humanos a alcançar patamares cada vez mais elevados de desenvolvimento econômico, social, e cultural, e reformulou completamente os diversos setores de nossas vidas, desde o surgimento de novas profissões, até o modo como nos relacionamos com o outro.

Nesse contexto, os meios de comunicação e, em especial, a internet, tiveram papel central nessa revolução, principalmente no que diz respeito à ampliação do compartilhamento e alcance de informações, fazendo com que os limites tradicionais das esferas pública e privada fossem diluídos. Assim, a digitalização de dados, o acesso e a difusão quase instantâneos de notícias e a intensa autoexposição nas redes sociais se mostram como os novos fenômenos trazidos por essas tecnologias. Além disso, a internet tem se mostrado uma ferramenta indispensável para que os indivíduos superem também suas limitações biológicas. Ela possibilitou a invenção de novas interfaces com o corpo e a cognição humana, a exemplo das realidades virtuais¹, e aumentou as capacidades de memória e transmissão de dados.

Sob uma perspectiva orgânica, o ato de lembrar sempre teve conotação positiva, ao passo que o de esquecer sempre foi visto como falha do ser humano, como desapego na conservação de determinada informação para dar lugar ao armazenamento de outras mais recentes ou importantes, ou mesmo como uma manifestação de deterioração do sistema nervoso. Entretanto, é preciso lembrar – com o perdão da ironia da palavra -, que o esquecimento é tão ou mais importante que a lembrança, pois permite ao indivíduo “estabilizar a vida presente em relação ao seu passado”²

Se antes o processo de esquecimento era traço natural e essencial dos seres humanos, hoje, essa capacidade está ameaçada na sociedade de informação. Atualmente, não apenas o volume de informações e o tempo pelo qual os dados podem ser armazenados foram modificados, mas também a quantidade de pessoas que podem ter acesso a eles foi fortemente

¹ LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. 1. ed. São Paulo: Editora 34, 1999. p. 25.

² SARLET, Ingo Wolfgang; NETO, Arthur M. Ferreira. *O Direito ao “esquecimento” na sociedade da informação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 38.

Destaque-se que, apesar de utilizarmos os ensinamentos dos referidos autores neste trabalho, discordamos de seu entendimento de que a técnica da ponderação é o método mais adequado para a resolução de problemas jurídico-constitucionais concretos. Em que pese tal divergência ideológica, os acadêmicos são referência no estudo do direito ao esquecimento, motivo pelo qual sua obra foi consultada para a realização deste trabalho.

ampliada. Portanto, se outrora havia a expectativa de que erros do passado um dia viriam a ser apagados da memória coletiva pelo tempo, permitindo que o indivíduo continuasse o desenvolvimento de sua personalidade, com a mídia e as tecnologias digitais essa possibilidade se esvai, o que impede que o tempo exerça seu papel natural na seletividade da memória humana. Em outras palavras, a função estabilizadora do esquecimento – de garantir aos sujeitos segurança de que o presente iria, de forma gradual, prevalecer ao pretérito – se perde na era digital, “uma vez que a íntegra do passado é transformada em um presente digitalizado, pronto para nos assombrar, mas agora descontextualizado, confuso e eternamente indefinido.”³

Por outro lado, ao mesmo tempo em que surgem demandas por mecanismos de proteção às esferas privadas de cada um contra essa onda de divulgação excessiva e permanente de informações, crescem também as pretensões concorrentes por um aumento das possibilidades de expressão em um ambiente participativo e democrático, através da exaltação a valores como a liberdade de expressão e informação⁴. Tendo em vista que as técnicas e, conseqüentemente, também as tecnologias, são fatores condicionantes de uma determinada cultura – e dizer que a técnica condiciona uma cultura significa que algumas situações culturais e sociais não poderiam ser concebidas a sério sem a sua presença⁵ –, seria impossível e até inaceitável regredir em termos de acesso a notícias de relevante interesse público na nossa atual sociedade de superinformação.

Diante dessas questões, o presente trabalho tem como objetivo articular, à luz do marco teórico do direito como integridade, o direito ao esquecimento ante a garantia de liberdade de expressão, de liberdade de imprensa e de informação. Tendo isso em vista, o estudo será dividido em quatro partes. Na primeira, será traçado um panorama sobre a atual sociedade de superinformação, cujas características fizeram surgir uma demanda social por um denominado “direito ao esquecimento”. Na segunda, serão apresentadas algumas manifestações do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro, a fim de demonstrar que o direito brasileiro comporta a sua tese. Em seguida, analisar-se-á alguns aspectos essenciais da teoria de Robert Alexy e de sua técnica de ponderação como solução de controvérsias envolvendo direitos fundamentais, bem como os problemas que esse método gera. Em contraposição, será analisada a proposta construtivista de Ronald Dworkin para resolução de casos difíceis, que propõe que a decisão seja norteadada pela leitura do Direito à sua melhor luz, a partir da concepção

³ SARLET; NETO, 2018, p. 45.

⁴ SARLET; NETO, 2018, p. 25.

⁵ LÉVY, 1999, p. 25.

do Direito como integridade. Por fim, serão examinados dois casos paradigmas no Brasil relativos ao direito ao esquecimento, e que exemplificarão as complicações que ocorrem quando se adota o método da ponderação como solução de casos constitucionais controversos.

1. DIREITO AO ESQUECIMENTO: CONTEXTUALIZAÇÃO

1.1 O atual paradigma da sociedade superinformacionista

Em 1945, na Inglaterra e nos Estados Unidos, surgiram calculadoras capazes de armazenar programas: tratava-se dos primeiros computadores. Inicialmente utilizado para fins militares, o seu uso civil começou a partir da década de 60. O que não se podia prever naquele momento era que, a partir daquelas enormes máquinas de calcular, nasceria “um movimento geral de virtualização da informação e da comunicação, afetando profundamente os dados elementares da vida social”⁶.

Mas foi no auge da contracultura, durante os anos 70, na Califórnia, que se criou o computador pessoal, retirando sua exclusividade dos serviços de processamento de dados das grandes empresas e dos programadores profissionais, para dar-lhe uma nova roupagem como instrumento de criação, desde textos e imagens, até diferentes programas e jogos⁷. Com isso,

[...] a informática perdeu, pouco a pouco, seu status de técnica e de setor industrial particular para começar a fundir-se com as telecomunicações, a editoração, o cinema e a televisão. A digitalização penetrou primeiro na produção e gravação de músicas, mas os microprocessadores e as memórias digitais tendiam a tornar-se a infraestrutura de produção de todo o domínio da comunicação.⁸

Entretanto, o verdadeiro “boom tecnológico”⁹ foi testemunhado nas últimas duas décadas, causando uma verdadeira revolução a nível global. A ascensão das redes sociais, a multiplicação exponencial de dispositivos eletrônicos¹⁰, o declínio do papel como principal meio físico de propagação de conhecimento e o alcance e a agilidade no compartilhamento de dados foram alguns dos eventos trazidos pelas novas tecnologias de comunicação. Elas mudaram as condições do discurso e criaram conflitos sociais, pois ao mesmo tempo em que criaram mais oportunidades para o cidadão comum se expressar e criar conteúdo informativo,

⁶ LÉVY, 1999, p. 31.

⁷ LÉVY, 1999, p. 31-32.

⁸ LÉVY, 1999, p. 32.

⁹ PENNA, Bernardo Schmidt; PEIXOTO, Juliane E. Loureiro. A Sociedade Superinformacionista e o Direito ao Esquecimento: a proteção da memória individual na internet e o aparente conflito com o direito à informação e à liberdade de expressão. *Revista dos Tribunais*, v. 981, p. 95 – 118, jul. 2017, p. 2.

¹⁰ O número de usuários de dispositivos móveis (entre smartphones, notebooks e *tablets*) no mundo atingiu, em 2017, a marca de 5 bilhões, de acordo com estudo realizado pela *GSM Association – Global System for Mobile Communication*. De acordo com os resultados obtidos, esse número chegará a ¾ da população mundial até o fim da década. Disponível em: <<https://www.gsma.com/newsroom/press-release/number-mobile-subscribers-worldwide-hits-5-billion/>> Acesso em: 2 out. 2018.

também estimularam as indústrias de informação, como por exemplo os jornais de massa, a expandir seus mercados e maximizar lucros a partir dessas mesmas tecnologias.¹¹

A revolução digital reduziu os custos de reprodução e distribuição de informações, o que facilitou a comunicação entre pessoas e o envio de dados para outras localidades. Essa redução de custos teve importantes efeitos democratizantes e descentralizadores. Isso porque, até o século XX, a mídia de massas era assimétrica – uma única empresa emissora podia enviar informações para milhares de destinatários –, e unidirecional – uma vez que a informação era transmitida pela emissora, seja no rádio ou na televisão, mas o destinatário não poderia usar tal canal para dar sua contrarresposta ou emitir sua opinião.¹²

Ademais, no século passado, se um sujeito tivesse alguma ideia que desejasse compartilhar com outras pessoas, ele não poderia simplesmente publicá-la nos meios de comunicação de massa, devendo passar por uma série de agentes intermediários, como emissoras, produtores e diretores. Na internet, o cenário é outro: as pessoas podem divulgar conteúdo e comunicar-se com outros diretamente, desviando-se desses intermediários. Entretanto, conforme leciona Jack M. Balkin¹³, a internet não extinguiu os meios de comunicação de massa. Ao contrário, os seus usuários utilizam-se das notícias veiculadas nos meios tradicionais para os seus próprios propósitos, em cima dos quais fazem comentários e criam novos conteúdos.

Na era digital, o consumo passivo de informações deu lugar à intensa interatividade dos usuários. As mudanças tecnológicas possibilitaram novas formas de exercício e distribuição de poder, uma vez que a informação se tornou uma importante forma de riqueza na sociedade e uma crescente fonte de poder econômico e influência.¹⁴ Um exemplo disso é o novo mercado de influenciadores digitais que, em 2017, movimentou US\$ 4 bilhões, de acordo com pesquisas.¹⁵ A privacidade e os detalhes mais íntimos de nossas vidas viraram uma mercadoria de consumo coletivo, cujo acesso se dá ou por usurpação de terceiros, ou é entregue de bandeja ao público espectador pelo próprio titular.

¹¹ BALKIN, Jack M. How Rights Chance : Freedom of Speech in the Digital Era. In: *Sydney Law Review*. Vol. 26/2004, jul. 2003. p. 2.

¹² BALKIN, 2003, p. 3.

¹³ BALKIN, 2003, p. 3.

¹⁴ BALKIN, 2003, p. 6.

¹⁵ Pesquisa realizada pela empresa Mediakix, de acordo com a revista Exame. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/negocios/dino/mercado-de-influenciadores-digitais-movimenta-us-4-bilhoes-em-2017-e-casal-cearense-aposta-em-fotografia-de-grifes-pelo-mundo/>>. Acesso em: 28 out. 2018.

Hoje, bilhões de pessoas se conectam aos seus *gadgets* diariamente, a partir da hora que acordam, até o momento em que vão dormir. Recorrem aos seus dispositivos eletrônicos para fazer compras, pagar contas, acessar as notícias e compartilhar as últimas novidades em seus perfis *online*. Tudo parece estar a um clique de distância. Tempo e espaço já não servem mais como obstáculos: todas as informações são compartilhadas em tempo real, e a localização geográfica parece ter se tornado irrelevante neste cenário.

Além disso, o ambiente virtual gera uma desumanização nos seus usuários. Várias ações cotidianas que exigiam o contato com outras pessoas agora podem ser feitas pelo computador ou pelos *smartphones*, em qualquer momento e em qualquer lugar, sem que haja qualquer interação com outros. O problema é que essa conjuntura causa a perda de sensibilidade e de consideração em relação aos demais. Os usuários, quando estão atrás das telas, se esquecem de que do outro lado também há pessoas cujas vidas podem ser afetadas de forma inimaginável devido à divulgação de um acontecimento que, para o outro, é algo meramente cômico, banal.

Diante dessas transformações, o fenômeno do superinformacionismo pode ser definido como a pulverização, em larga escala, de informações sobre tudo e todos, seja com o consentimento ou não das pessoas envolvidas¹⁶. A grande protagonista desse novo paradigma social é a internet¹⁷. Sobretudo por meio das redes sociais¹⁸, os sujeitos divulgam suas opiniões, seus hábitos, sua rotina, e toda sorte de conteúdo sobre si mesmos e sobre terceiros, quer tenham o seu consentimento ou não. As pessoas passaram a fazer das suas próprias vidas um verdadeiro *reality show*.

Assim, o que antes era restrito a um pequeno círculo de pessoas da confiança do titular das informações, hoje é escancarado para centenas e, algumas vezes, até milhares de usuários. O que outrora eram momentos integrantes da memória individual de cada um dos presentes, se torna agora memória coletiva, perpetuada no tempo indefinidamente e podendo voltar à tona a qualquer momento, mesmo contra a vontade do sujeito. A superexposição na rede mundial de computadores reflete, portanto, essa nova tendência de divulgar espontânea e automaticamente

¹⁶ PENNA; PEIXOTO, 2017, p. 2.

¹⁷ Para fins de conceituação, a Lei 12.965, de 2014, conhecida como Marco Civil da Internet, assim define a internet: “o sistema constituído do conjunto de protocolos lógicos, estruturado em escala mundial para uso público e irrestrito, com a finalidade de possibilitar a comunicação de dados entre terminais por meio de diferentes redes.”

¹⁸ A título de exemplo da força dessas plataformas, o Facebook atingiu, ao final do ano de 2017, a impressionante marca de 2,13 bilhões de usuários ativos por mês. Disponível em: <<https://link.estadao.com.br/noticias/empresas,facebook-chega-a-2-13-bilhoes-de-usuarios-em-todo-o-mundo,70002173062>>. Acesso em: 29 set. 2018.

todo tipo de mensagem sem que haja a mínima reflexão prévia sobre a repercussão e as consequências que a sua divulgação pode causar em relação a si próprio e aos outros.

Com isso, surgiu a dificuldade de distinguir entre o que é público e o que é privado, podendo-se afirmar que houve a ruptura entre essas duas esferas. Entretanto, o direito à privacidade e à intimidade ostentam posição de direitos fundamentais, cuja garantia foi conquistada à custa de duras penas ao longo dos anos. Logo, não se pode permitir que a atual cultura superexposicionista perpetue a violação sistemática da privacidade, da intimidade e da honra dos indivíduos, sob pena de ameaçar o livre desenvolvimento da personalidade e colocar em risco a tutela desses caros direitos fundamentais.

1.2 Direito ao esquecimento como manifestação dos direitos da personalidade

Os direitos de personalidade foram conquistados, através de lutas históricas, como elementos essenciais à própria condição humana, sob forte influência do imperativo categórico kantiano de que o homem é um fim em si mesmo, não podendo ser usado como instrumento para objetivos coletivos ou projetos de outros¹⁹. A categoria abrangeu um núcleo de atributos imprescritíveis, inalienáveis e indisponíveis, todos guiados pelo conceito da dignidade humana, cujo conteúdo possui elevado grau de abstração e contornos indefinidos.

No plano interno, a Constituição brasileira preconizou, logo em seu artigo 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado democrático da República Federativa do Brasil. Assim, a dignidade da pessoa humana, ao assumir papel de alicerce do ordenamento jurídico brasileiro, deve ser vista “como núcleo básico e informador de todo ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional”²⁰.

A percepção do que é atributo essencial ao ser humano e à sua personalidade é variável de acordo com cada época e sociedade, cabendo ao Direito adequar-lhe a aplicação para acompanhar as novas demandas de proteção que surgem ao longo dos anos. Da mesma forma como o conteúdo dos direitos de personalidade pode ser alterado ao longo do tempo, o mesmo

¹⁹ KANT, Immanuel. *Fundamentos da Metafísica dos Costumes*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997, p. 79.

²⁰ PIOVESAN, Flávia, 1997. p. 59 apud ROCHA, Luís Fernando Ximenes. A dignidade humana como fundamento do Estado brasileiro. In: LINHARES, Emanuel Andrade; SEGUNDO, Hugo de Brito Machado; NETO, Alcimor Rocha... [et al.] (Orgs.). *Democracia e Direitos fundamentais: uma homenagem aos 90 anos do Professor Paulo Bonavides*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 301.

ocorre com as maneiras pelas quais eles podem ser violados, pois estas não se resumem mais às vias tradicionais.

O antigo e clássico embate entre direitos da personalidade e liberdade de expressão assumiu novos traços na era digital. Com o alcance global da internet e dos meios de comunicação, surgiu um novo desafio aos Estados para tutelar os direitos da personalidade dos cidadãos, visto que os seus ofensores são, muitas das vezes, grandes empresas com sede em outros países que vendem ilicitamente dados pessoais de usuários para diferentes companhias. Ou mesmo milhares de pessoas que divulgam e compartilham aos cinco continentes informações privadas de terceiros sem o seu consentimento, ofendendo sua honra e intimidade.

Anteriormente à era digital, os acontecimentos relatados pela imprensa tinham os seus registros restritos ao seu meio físico. Com o advento da internet, este conteúdo que porventura estaria “adormecido” pode ser trazido à tona novamente e replicado inúmeras vezes²¹, a qualquer tempo e por qualquer pessoa, graças aos servidores de busca, a exemplo da Google. Houve, portanto, a tradução do conteúdo das antigas mídias, como a televisão, os livros e os jornais para o ciberespaço, de modo que o digital, atualmente, “comunica e coloca em um ciclo de retroalimentação processos físicos, econômicos ou industriais anteriormente estanques”.²² Somado a isso, há o efeito democratizante e descentralizador da internet mencionado anteriormente, que possibilita que qualquer cidadão use as tecnologias para gerar conteúdo.

Hoje, os erros são imperdoáveis porque se tornaram inesquecíveis: a chamada memória digital tem se mostrado intransigente. Tal conjuntura representa, em parte, um transtorno à sociedade na medida em que impede aos cidadãos a possibilidade de recomeçar e de se reinventar, de reconstruir a trajetória pessoal e social livre de amarras causadas pelo confronto direto e insistente com eventos pretéritos²³. Com isso, conclui-se que a internet, embora tenha trazido inúmeros ganhos à humanidade, também representou a perda do direito de autodeterminação informacional dos indivíduos.

Nesse cenário, o direito ao esquecimento surge como um passo adiante na tutela dos direitos da personalidade, como corolário do direito à privacidade e à intimidade no contexto da era digital. Nas palavras de Katayoun Baghai, “as our ability to forget the past and filter alternative presents diminishes, privacy protections offer the temporary amnesia necessary for

²¹ TEIXEIRA, Raphael L. C. Janny. A liberdade de expressão e o direito ao esquecimento na internet. In: *Revista da ABPI*, n. 137, jul./ago. 2015.

²² LÉVY, 1999, p. 25.

²³ SARLET; NETO, 2018, p. 49.

selection of relevant communication.”²⁴ A possibilidade de ser esquecido e não sofrer permanentemente e indefinidamente as repercussões negativas associadas ao passado é uma necessidade real, algo essencial não apenas para uma vida individual saudável, mas também para a integração social de cada um.²⁵ Em suma, o direito ao esquecimento corresponde a uma exigência da própria personalidade humana, notadamente em sua esfera de privacidade, intimidade e autodeterminação.

Ressalta-se que o direito ao esquecimento não busca apagar a história. O passado já ocorreu e não há como ser mudado, e nem é essa a sua pretensão. O que se quer é não permitir a publicização eterna de fatos pretéritos que já não têm mais qualquer função informativa atual, nem guardam qualquer interesse público, que servem apenas para reaquecer a curiosidade social em torno de fatos que, via de regra, são dolorosos e desabonadores para certo indivíduo.

Não obstante, alguns críticos desse novo postulado afirmam que o direito ao esquecimento não teria lugar no ordenamento jurídico brasileiro por representar uma nova forma de censura, uma ameaça às liberdades constitucionais de expressão, de imprensa e de informação. Além disso, negam o reconhecimento do direito ao esquecimento pela falta de previsão expressa, ou sequer implícita pela via interpretativa de outros direitos fundamentais. Tais argumentos, além de não encontrarem respaldo na teoria constitucional geral, são improcedentes. Consideramos que há, sim, espaço para esse novo instituto, conforme as razões que serão expostas ao longo deste trabalho.

²⁴ BAGHAI, Katayoun. Privacy as a Human Right: a Sociological Theory. In: *Sociology*, 2012. p. 952. Disponível em: <<http://soc.sagepub.com/content/46/5/951>>. Acesso em: 28 out. 2018.

²⁵ SARLET; NETO, 2018, p. 49.

2. MANIFESTAÇÕES NORMATIVAS DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

A teoria constitucional moderna não limita sua proteção aos direitos fundamentais com previsão em texto normativo. A fundamentalidade de um direito não se dá exclusivamente a partir de sua positivação no ordenamento jurídico, mas sim da necessidade de tutela de certos bens jurídicos que correspondem a aspectos essenciais do homem, sem os quais não seria possível desenvolver uma vida minimamente digna²⁶.

Ingo Sarlet e Arthur M. Ferreira Neto lecionam que, no tocante ao aspecto material do direito ao esquecimento:

“[...] é possível afirmar que o mesmo adquire relevância teórica e legitimadora não por causa de algum processo de positivação que tenha introduzido formalmente esse direito fundamental em um texto constitucional, mas sim por causa de alguma dimensão da experiência humana que poderia ser, racionalmente, justificada e explicada como sendo indispensável para o pleno desenvolvimento moral e jurídico de qualquer indivíduo humano”.²⁷

Nesse sentido, a própria Constituição Federal de 1988²⁸, em seu artigo 5º, §2º, determina a não taxatividade do seu rol de direitos fundamentais, ao prever que: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Desse modo, a própria Carta Republicana esclarece que pode haver, fora de seu texto, outros direitos inerentes à própria condição humana.

No entanto, sabe-se que para que haja a real efetivação de um direito, o seu aspecto formal de positivação também é importante. De qualquer maneira, pode-se chegar ao direito ao esquecimento por meio de reconstrução interpretativa, partindo-se da leitura conjugada de dispositivos consagrados na Constituição, bem como em outros diplomas normativos. Diante disso, é fundamental que se busque respaldar o direito ao esquecimento num quadro jurídico-constitucional, ou seja, a partir de uma perspectiva sistemática que o acomode harmonicamente com os outros direitos fundamentais de igual natureza fundamental.

²⁶ SARLET; NETO, 2018, p. 29.

²⁷ SARLET; NETO, 2018, p. 33.

²⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 15 out. 2018.

No plano constitucional, a Lei Maior traz, como fundamento do Estado brasileiro, a dignidade da pessoa humana, no já referido artigo 1º, inciso III. Tal dispositivo tem assumido a posição de cláusula geral de proteção da personalidade, e servido de base para o direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Assim, como cláusula geral, esse artigo fornece proteção constitucional para toda dimensão mais específica da dignidade da pessoa humana e da personalidade que não tenha sido abordada expressamente pela Constituição.²⁹

Em seguida, o seu artigo 5º, inciso X, ao trazer previsão expressa dos direitos da personalidade e determinar a responsabilização nos casos em que forem ofendidos, dispõe que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Por último, o artigo 220, §1º, traz que “nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV”, fazendo referência à necessidade de observância dos direitos da personalidade, dentre outros valores, no exercício da liberdade de informação. Portanto, percebe-se, a partir das disposições constitucionais, que a liberdade de informação jornalística também terá de conviver com a inviolabilidade da intimidade e da privacidade, prevista no art. 5º, X.

Importante destacar, ainda, o Enunciado nº 531, aprovado na VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, segundo o qual, “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade de informação inclui o direito ao esquecimento”. Ainda que não tenha força normativa, tal redação prenuncia que o direito ao esquecimento já é uma realidade no ordenamento brasileiro e que se impõe frente às mudanças ocorridas não só no âmbito doméstico, mas em nível global. A propósito, a justificativa deste Enunciado diz:

Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.

²⁹ SARLET; NETO, 2018, p. 126.

Na legislação infraconstitucional, também há manifestações de acolhimento à tese do esquecimento. Historicamente, alguns autores afirmam que ele derivaria do direito penal, no que diz respeito ao direito à ressocialização do ex-detento, isto é, à possibilidade de reintegração do condenado na sociedade sem ser confrontado constantemente com tal acontecimento do passado, de modo a mitigar possíveis impactos negativos na sua vida futura, como preconceitos, dificuldades para obter emprego, etc.³⁰ Nesse sentido, o artigo 93 do Código Penal³¹ assegura ao condenado o sigilo dos registros sobre seu processo e condenação e o cancelamento dos seus antecedentes criminais, uma vez que a reabilitação seja declarada.

Na mesma toada, o artigo 748 do Código de Processo Penal³² traz que “a condenação ou condenações anteriores não serão mencionadas na folha de antecedentes do reabilitado, nem em certidão extraída dos livros do juízo, salvo quando requisitadas por juiz criminal”. Por fim, tem-se no artigo 202 da Lei de Execução Penal³³ que: “cumprida ou extinta a pena, não constarão da folha corrida, atestados ou certidões fornecidas por autoridade”.

Obviamente, não se quer aqui afirmar que tais dispositivos são manifestações expressas do direito ao esquecimento. No entanto, são previsões normativas que guardam evidente associação com o mesmo, pelo que é importante mencioná-los, já que dão suporte adicional à proteção jurídica deste direito. São, portanto, exemplos concretos de aplicação da pretensão de estancar acontecimentos pretéritos, uma vez que já tiverem cumprido sua função e representarem um impedimento para a plena vivência do presente.

O direito ao esquecimento encontra guarida, ainda, no direito consumerista. O artigo 43 do Código de Defesa do Consumidor³⁴ dispõe que os dados cadastrais não poderão conter informações negativas dos consumidores referentes a período superior a cinco anos. Além disso, determina que após prescritas as cobranças de débitos do consumidor, os Sistemas de Proteção ao Crédito não poderão fornecer informações que possam dificultar a obtenção de

³⁰ TEIXEIRA, 2015, p. 56.

³¹ BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 15 out. 2018.

³² BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 13 out. 1941. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 15 de out. 2018.

³³ BRASIL. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 13 jul. 1984. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 16 out. 2018.

³⁴ BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 12 set. 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em: 16 out. 2018.

novo crédito junto aos fornecedores. Desse modo, percebe-se a ligação com o direito ao esquecimento nesta seara do Direito, na medida em que a legislação consumerista limita temporalmente a manutenção e fornecimento de dados negativos sobre o consumidor, de modo a resguardá-lo do impacto que certas informações antigas poderiam provocar em momento posterior. Ou seja, ainda que haja interesse, principalmente das empresas, em saber se determinado cliente é inadimplente, o legislador escolheu dar preferência à dignidade do consumidor.

O Código Civil³⁵, ao tutelar diretamente os direitos de personalidade em capítulo específico, reforça os fundamentos de um direito ao esquecimento, na medida em que este, como já referido anteriormente, corresponde a uma dimensão daqueles. Assim, os artigos 11 e 12 trazem regras gerais sobre a proteção à personalidade, ao passo que os artigos 17, 20 e 21 posicionam-se frente a possíveis violações à vida privada, à imagem, ao nome e à honra, estabelecendo critérios para a sua proteção.

Nesse contexto, o Enunciado n° 404, aprovado na V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, deu conteúdo extensivo à regra do artigo 21 do Código Civil, ao afirmar que:

a tutela da privacidade da pessoa humana compreende os controles espacial, contextual e temporal dos próprios dados, sendo necessário seu expresso consentimento para tratamento de informações que versem especialmente o estado de saúde, a condição sexual, a origem racial ou étnica, as convicções religiosas, filosóficas e políticas.

Ligada de forma mais direta ao tema, a Lei n° 12.965/2014, mais conhecida como Marco Civil da Internet³⁶, traz a disciplina jurídica do direito ao acesso à internet, estipulando direitos e deveres para o seu uso no Brasil, além de traçar diretrizes para a atuação do Poder Público nessa matéria. Nesse sentido, a referida lei determina que o uso da internet no Brasil tem como fundamentos, dentre outros, os direitos humanos e o desenvolvimento da personalidade, e como princípios, a proteção da privacidade e dos dados pessoais, na forma da lei. No que diz respeito ao direito ao esquecimento, o seu artigo 7º, inciso X, traz a possibilidade de o usuário requerer

³⁵ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 16 out. 2018.

³⁶ BRASIL, Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 24 abr. 2014. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm> Acesso em: 15 out. 2018.

a remoção de dados pessoais quando houver cessado o propósito que justificou a coleta dessa informação.

Entre as garantias e os direitos estipulados ao usuário da internet dispostas no capítulo II, encontram-se a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, e a respectiva indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação, e o não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, salvo mediante consentimento expresso ou nas hipóteses legais. Além disso, o Marco Civil determina que o uso de dados pessoais deverá ser feito apenas para determinadas finalidades, e reputa como nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que violem a intimidade e o sigilo das comunicações privadas dos usuários.

Ademais, a lei estipula, no seu artigo 10, que a guarda e a disponibilização de informações pessoais dos usuários “devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas”, e que elas somente podem ser disponibilizadas mediante decisão judicial. Por fim, embora a sua seção III traga, como regra geral, a não responsabilização civil dos provedores de internet por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros, os artigos 19 e 21 trazem exceções a essa regra. Nesse ponto, considera-se pertinente transcrever, na íntegra, o teor dos referidos dispositivos:

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

§ 4º O juiz, inclusive no procedimento previsto no § 3º, poderá antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, existindo prova inequívoca do fato e considerado o interesse da coletividade na disponibilização do conteúdo na internet, desde que presentes os requisitos de verossimilhança da alegação do autor e de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.³⁷

Art. 21. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de

³⁷ Este dispositivo prevê a hipótese de tutela antecipada nos casos de pedido de indisponibilização de conteúdos por provedores de aplicações de internet. Ou seja, reconhece a importância, nos casos em que há violação aos direitos da personalidade na internet, da agilidade na prestação da tutela requerida, pois quanto mais tempo um determinado fato fica exposto no ambiente virtual, mais chances há de que ele venha a causar danos irreparáveis, devido à possibilidade de ampla repercussão.

notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo.

Desse modo, a partir leitura dos dispositivos, pode-se observar que o Marco Civil da Internet vai ao encontro do direito ao esquecimento, ao possibilitar que decisão judicial obrigue provedor de internet a retirar da rede conteúdos violadores de direitos. Ao prever, inclusive, a hipótese de concessão de tutela antecipada para tornar indisponível o conteúdo infringente, o Marco Civil da Internet reconhece a importância de medidas cautelares na proteção de direitos de personalidade no ambiente virtual, tendo em vista o amplo alcance e a velocidade com que os dados se propagam.

Faz-se oportuno mencionar, inclusive, que há projeto de lei (PL 2.712/2015) em trâmite na Câmara dos Deputados, que objetiva acrescentar o inciso XIV ao artigo 7º do Marco Civil, dispositivo que trata explicitamente do direito ao esquecimento, cuja redação dispõe:

XIV – remoção, por solicitação do interessado, de referências a registros sobre sua pessoa em sítios de busca, redes sociais ou outras fontes de informação na internet, desde que não haja interesse público atual na divulgação da informação e que a informação não se refira a fatos genuinamente históricos.

Ainda, naquilo que nos interessa como manifestação normativa do direito ao esquecimento, a Lei de Proteção de Dados Pessoais³⁸ (Lei nº 13.709/2018), recentemente sancionada em agosto de 2018, também traz aproximação com o tema. Ela dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, nos meios digitais, por pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, e estabelece, como fundamentos da disciplina da proteção dessas informações, o respeito à privacidade, à autodeterminação informativa, à inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem, aos direitos humanos e ao livre desenvolvimento da personalidade.

Além disso, a Lei nº 13.709/2018 determina que o tratamento de dados pessoais deverá observar a boa-fé e os princípios de finalidade, adequação, necessidade e segurança, bem como

³⁸ BRASIL, Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). *Diário Oficial da União*, Brasília, 15 ago. 2018. Disponível em: <
<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoSigen.action?norma=27457334&id=27457354&idBinario=27457731&mime=application/rtf>>. Acesso em: 16 out. 2018.

responsabilização e prestação de contas. Desse modo, a norma impõe que as informações dos titulares sejam utilizadas para propósitos legítimos, específicos e previamente explicitados ao titular, e que sejam adequados e necessários para a realização dessas finalidades. Assim, a coleta dos dados deve ser limitada ao mínimo necessário para esse propósito e os agentes responsáveis pelo tratamento dos dados devem empregar todas as medidas técnicas e administrativas necessárias para protegê-los de acessos e divulgações não autorizadas. Além disso, o diploma também garante ao titular o direito de que seus dados sejam eliminados pelo agente responsável, caso eles tenham sido coletados de maneira excessiva ou desproporcional, ou mesmo por simples desejo seu.

Já a Seção III do Capítulo IV dispõe sobre a responsabilidade e a obrigação de ressarcimento de danos morais ou patrimoniais causados a outrem pelo controlador ou operador em razão de atividade de tratamento de dados pessoais. Os seus dispositivos determinam que os agentes de tratamento só serão exonerados de responsabilização quando provarem que não realizaram o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído; ou que, embora o tenham feito, não houve violação à legislação de proteção de dados; ou ainda, que o dano decorreu de culpa exclusiva do titular dos dados ou de terceiro.

Por fim, cabe chamar atenção ao artigo 47, constante da Seção sobre Segurança e Sigilo de Dados, que determina que qualquer pessoa que participe do processo de tratamento de dados obriga-se a garantir a segurança da informação, mesmo após o seu término. Assim, percebe-se que o legislador zelou pela proteção das informações pessoais dos cidadãos inclusive após o fim das operações contratadas, cuidando para que o titular dos dados não fique desamparado em caso de acidentes decorrentes da falta de segurança.

Do exposto, depreende-se que a Lei Geral de Proteção de Dados brasileira, em semelhança ao diploma da União Europeia (Regulamento Geral de Proteção de Dados), valoriza, como direitos fundamentais do usuário da internet, a intimidade, a privacidade, a autodeterminação informativa e o livre desenvolvimento da personalidade. Todos esses direitos, conforme defendido anteriormente, estão abarcados pelo direito ao esquecimento e fazem parte da sua compreensão. Assim, o legislador foi feliz ao atentar-se para a proteção dos direitos da personalidade no ambiente virtual, onde eles têm sido mais vulnerabilizados.

A partir dos diplomas normativos analisados, percebe-se que o Direito brasileiro já deu indícios de que reconhece a tese pretendida pelo direito ao esquecimento, e que apesar de não

ter previsão expressa, ele pode ser deduzido a partir de uma interpretação sistêmica do ordenamento jurídico.

3. DIREITOS FUNDAMENTAIS: CONTRASTE ENTRE INTEGRIDADE E BALANCEAMENTO

3.1 A colisão de direitos fundamentais na teoria de Robert Alexy e a sua técnica da ponderação como meio de solução

Conforme já exposto, o direito ao esquecimento se configura como mecanismo de garantia da personalidade em face dos abusos no exercício das liberdades de expressão e de informação, cada vez mais recorrentes na atual sociedade superinformatizada. O direito ao esquecimento, portanto, representa valores distintos daqueles abarcados pelos referidos direitos de liberdade, ainda que todos eles tenham estatura constitucional. Assim, tais valores, enquanto direitos fundamentais, podem entrar em tensão no caso concreto, na medida em que representam interesses distintos.

Até este ponto, não há nenhuma anormalidade. Tensão entre direitos fazem parte de sociedades plurais e complexas, e estão presentes nos mais diversos ordenamentos constitucionais, por mais coesos que sejam. Contudo, o problema surge quando tais tensões são tidas como *colisões* de direitos, levando à adoção da famosa “lei da ponderação”, desenvolvida por Robert Alexy, como meio de solução para o alegado conflito. Tal ferramenta, apesar de amplamente adotada pela jurisprudência e doutrina domésticas, não se coaduna com um Estado democrático de Direito, uma vez que aumenta excessivamente o poder dos juízes e abre margem para arbitrariedades em suas decisões, conforme será demonstrado a seguir.

Segundo Alexy, as normas jurídicas são divididas em regras e princípios. As primeiras correspondem a mandamentos definitivos, isto é, caso certos pressupostos sejam satisfeitos, elas devem ser rigorosamente aplicadas nos termos de seus mandamentos, nem para mais, nem para menos³⁹. Destarte, as regras seriam aplicáveis por meio de subsunção, e no caso de colisão entre duas regras, o meio de resolução seria a declaração de invalidade ou a inserção de uma cláusula de exceção em uma delas.

³⁹ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 64.

Já os princípios seriam “mandamentos de otimização”, pois determinam que algo seja realizado no máximo grau dentro das possibilidades fáticas e jurídicas, ou seja, eles podem ser concretizados em graus diferentes. As possibilidades jurídicas de realização de um princípio não decorrem apenas de regras, mas também de outros princípios em sentido contrário, de modo que a ponderação seria a sua forma característica de aplicação.⁴⁰ Quando há colisão entre dois princípios, resolve-se através da lei da ponderação, na qual eles serão balanceados e um deles deverá ceder ao outro. Por tais razões é que, para Robert Alexy, as colisões de direitos fundamentais são essencialmente colisões de princípios.⁴¹

Interessante notar que tal distinção é feita por Alexy partindo-se do ponto de vista do participante que, para ele, consiste no juiz. Ele afirma que, em um caso duvidoso, isto é, “que se encontre no âmbito de abertura do sistema jurídico, ou seja, que não possa ser solucionado unicamente com base no material dotado de autoridade e predeterminado”⁴², haverá razões apoiadas em princípios opostos para decidi-lo, e a depender de qual deles for privilegiado, poder-se-á chegar a resultados diametralmente opostos.

Para Alexy, nessas situações o juiz necessariamente recorrerá ao método da ponderação⁴³, ficando juridicamente obrigado a realizar uma otimização no caso concreto.⁴⁴ Ele afirma, ainda, que nos “casos mais problemáticos”, quando o material normativo disponível não for suficiente para fundamentar uma decisão concreta, serão necessários juízos de valor adicionais para solucioná-los.⁴⁵ Em seguida, Robert Alexy define norma de direito fundamental como toda aquela para a qual há “a possibilidade de uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais.”⁴⁶

Como direitos de hierarquia constitucional, os direitos fundamentais só podem sofrer restrições por normas de igual hierarquia constitucional ou por normas infraconstitucionais autorizadas pela Constituição, sejam essas normas regras ou princípios. E mais: tal restrição só pode ser admitida se, no caso concreto, for atribuído um peso maior ao princípio colidente do que aquele atribuído ao princípio de direito fundamental em análise.⁴⁷ Por fim, como o último

⁴⁰ ALEXY, Robert. *Conceito e validade do Direito*. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 85.

⁴¹ ALEXY, 2011, p. 64.

⁴² ALEXY, 2009, p. 87.

⁴³ ALEXY, 2009, p. 87.

⁴⁴ ALEXY, 2009, p. 93.

⁴⁵ ALEXY, 2009, p. 38.

⁴⁶ ALEXY, 2009, p. 76.

⁴⁷ ALEXY, 2009, p. 296.

limite à restringibilidade dos direitos fundamentais haveria o seu núcleo essencial, cujo conteúdo corresponderia àquilo que resta após sua ponderação, após consideradas as razões contrárias à sua proteção, isto é, tendo-se em vista as relações com os demais princípios.

Outra questão importante trazida pela tese de Alexy é a abertura semântica e estrutural das normas de direitos fundamentais. Elas são semanticamente abertas por conterem termos de significado indeterminado, e são estruturalmente abertas por não determinarem o meio pelo qual suas disposições serão concretizadas. Tal abertura, somada à sua natureza principiológica – que implica que elas sejam aplicadas por meio de ponderação – gera uma insegurança quanto aos resultados no âmbito do discurso jurídico, e este ponto foi inclusive reconhecido pelo próprio autor:

Embora o processo de sopesamento seja, como já foi demonstrado, um processo racional, ele não é um processo que sempre leva a uma única solução para cada caso concreto. Decidir qual solução será considerada como correta após o sopesamento é algo que depende de valorações que não são controláveis pelo próprio processo de sopesar. Nesse sentido, o sopesamento é um procedimento aberto.⁴⁸

Dessa forma, sempre haverá um limite de racionalidade na argumentação jurídica dos direitos fundamentais, pois, uma vez que eles nunca poderão oferecer uma certeza quanto aos resultados, tais direitos geram uma abertura no sistema jurídico. Não obstante, o autor defende que essa abertura, apesar de inevitável, é qualificada, o que impediria a ocorrência de arbitrariedades e decisionismos. Ele afirma que, utilizando-se das regras de argumentação prática geral e jurídica, a argumentação no âmbito dos direitos fundamentais seria “racionalmente estruturada”.⁴⁹ Em último plano, a racionalidade do discurso jurídico estaria diretamente atrelada à possibilidade de controle racional dessas valorações adicionais feitas nas decisões de casos problemáticos.⁵⁰

O ponto que mais nos interessa, no que diz respeito aos propósitos deste trabalho, é o conceito central da teoria de Alexy: o fenômeno da colisão de direitos fundamentais e a respectiva lei da ponderação como método de solução. As colisões de direitos fundamentais podem ser de dois tipos: em sentido estrito, ou seja, colisões entre direitos fundamentais individuais de titulares distintos; e em sentido amplo, isto é, colisões entre direitos fundamentais

⁴⁸ ALEXY, 2009, p. 543-544.

⁴⁹ ALEXY, 2009, p. 574.

⁵⁰ ALEXY, 2009, p. 548.

e bens coletivos. Alexy acredita que o único meio de solução para tais conflitos é fazendo sacrifícios ou restrições de um ou de ambos os lados.⁵¹

Se, para Alexy, os direitos fundamentais têm natureza de princípios, logo, uma intervenção no seu âmbito só pode ser justificada por uma ponderação, visto que apenas ela poderia evitar o esvaziamento do conteúdo desses direitos.⁵² No direito constitucional alemão – onde o balanceamento foi adotado quase que consensualmente na prática jurídica –, ela corresponde ao terceiro subprincípio da chamada proporcionalidade em sentido amplo.

Os dois primeiros subprincípios, adequação e necessidade, tratam da otimização quanto às possibilidades fáticas e não correspondem à ponderação propriamente dita, mas apenas evitam que sejam feitas intervenções desnecessárias nos direitos fundamentais. Segundo o princípio da adequação, um princípio não será adequado se a sua adoção, além de prejudicar o princípio oposto, também não fomentar a realização do princípio que se quer concretizar. O subprincípio da necessidade prega que, entre dois meios igualmente adequados ou idôneos para a concretização de um determinado princípio, deve-se escolher aquele menos gravoso ao princípio em sentido contrário.

O último subprincípio é o da ponderação, que corresponde à proporcionalidade em sentido estrito e trata da otimização das possibilidades jurídicas – cujo âmbito é determinado por princípios em sentido contrário àquele em questão. Este subprincípio, também designado como “lei da ponderação” por Alexy, traz a seguinte regra: “quanto mais alto é o grau de não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro”⁵³. Ou seja, quanto mais grave for a intervenção em um direito fundamental, mais fortes devem ser as razões que a justifiquem. Assim, a lei da ponderação é composta por três passos:

Em um primeiro passo deve ser comprovado o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio. A isso deve seguir, em um segundo passo, a comprovação da importância do cumprimento do princípio em sentido contrário. Em um terceiro passo deve, finalmente, ser comprovado se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não cumprimento do outro.⁵⁴

⁵¹ ALEXY, 2011, p. 62.

⁵² ALEXY, 2011, p. 67.

⁵³ ALEXY, 2011, p. 111.

⁵⁴ ALEXY, 2011, p. 111.

Dessa forma, a ponderação irá depender, essencialmente, do impacto que a não intervenção no princípio oposto (“*Pi*”) teria sobre a concretização do princípio em questão (“*Pj*”). Em outras palavras, “a importância concreta do cumprimento de *Pj* determina-se, por conseguinte, segundo as repercussões que a omissão da intervenção em *Pi* teria para *Pj*”⁵⁵. Em sua obra “Constitucionalismo Discursivo”, Alexy utiliza o clássico embate entre direitos de personalidade e liberdade de expressão para ilustrar sua teoria. Ele afirma que, para estabelecer a importância da realização do princípio da proteção da personalidade, deve-se ir pelo caminho reverso e questionar o que a não intervenção na liberdade de expressão, ou seja, a não imposição de indenização por danos morais, por exemplo, iria implicar para a proteção da personalidade.⁵⁶

A partir dessas considerações, percebe-se que o método da ponderação de Alexy para a solução de casos difíceis, embora seja amplamente adotado pelo Judiciário brasileiro, fornece uma grande abertura para o uso de argumentos de política nos julgamentos, o que não se coaduna com um Estado democrático de direito. Assim, o balanceamento de direitos permite que decisões sejam proferidas com base no bem-estar coletivo que gerarão, e não porque, no caso concreto, a parte vencedora tinha realmente direito àquilo que postulou.

3.2. A teoria do Direito como integridade de Ronald Dworkin e seu método de solução de casos difíceis através da melhor interpretação possível da Constituição

Nesta seção, serão abordados os aspectos da teoria de Ronald Dworkin mais pertinentes para o objetivo do presente trabalho, quais sejam, sua teoria do direito como integridade, a qual exige o julgamento de casos com base em argumentos de princípios, e não de política, e da tese da resposta correta para os casos controversos. Dworkin se esforçou para tecer uma teoria que se contrapusesse à discricionariedade conferida aos juízes pelo positivismo, especialmente nos chamados “casos difíceis”. O grande mérito do autor foi ter desenvolvido a tese da resposta correta, a partir da concepção de que, mesmo em casos controversos, o jurisdicionado tem direito a uma decisão específica.

⁵⁵ ALEXY, 2011, p. 140.

⁵⁶ ALEXY, 2011, p. 140-141.

Ele procurou descobrir se os juízes, ao julgarem casos controversos, sempre seguem regras já postas ou se eles criam novas regras e aplicam-nas retroativamente. A resposta para essa pergunta envolve compreender a extensão do poder judicial e, adicionalmente, saber que tipo de fundamentação adicional os casos difíceis requerem dos juízes. Assim, essa fundamentação é importante, pois nela reside a obrigação moral e política dos indivíduos de obedecer a um direito feito por eles.⁵⁷

Dworkin defende que nos casos difíceis, os juízes fazem uso de normas que não funcionam como regras, mas sim, como princípios e políticas, e é justamente essa a crítica que ele faz ao positivismo.⁵⁸ Eis a distinção conceitual, entre os dois últimos, feita pelo autor:

“I call a ‘policy’ that kind of standard that sets out a goal to be reached, generally an improvement in some economic, political, or social feature of the economy. (...) I call a ‘principle’ a standard that is to be observed, not because it will advance or secure an economic, political, or social situation deemed desirable, but because it is a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality”.⁵⁹

Utilizando-se da expressão “princípios” como termo geral para as normas que se diferenciam das regras, Dworkin afirma os primeiros possuem uma dimensão de peso ou importância que as regras não têm. Quando princípios entram em tensão com outros, deve-se resolver o conflito levando-se em consideração o peso relativo de cada um deles⁶⁰. Assim, ao contrário das regras, os princípios não determinam consequências legais automáticas quando certas condições são preenchidas⁶¹. As regras, por outro lado, são aplicadas no modo “tudo-ou-nada”, de forma que, se as condições que uma regra estipula estão presentes no caso, então ou ela será válida ou inválida.

Para os positivistas, os princípios não são legalmente vinculantes, ou seja, eles não controlam as decisões dos juízes, ou ainda que os juízes sejam obrigados a levar alguns princípios em consideração em suas decisões, eles não podem determinar um resultado específico para o julgamento. Assim, nos casos de lacuna normativa, o juiz teria discricionariedade para julgá-lo, segundo os positivistas. As regras, no entanto, funcionariam de maneira diversa: se, num caso concreto, houver uma regra disponível e válida para a situação

⁵⁷ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978. p. 5.

⁵⁸ DWORKIN, 1978, p. 22.

⁵⁹ DWORKIN, 1978, p. 22.

⁶⁰ DWORKIN, 1978, p. 26.

⁶¹ DWORKIN, 1978, p. 25.

em análise, ela deverá ser aplicada, o que excluiria a possibilidade de qualquer discricionariedade do juiz.

A partir da perspectiva de Dworkin, os princípios são considerados como direito. Nos casos difíceis, em que não há regras estabelecidas a serem aplicadas, o juiz deverá recorrer a eles, de modo que ele não estará exercendo seu juízo discricionário, mas aplicando uma espécie de norma jurídica, embora ela, por ser um princípio, não determine um resultado específico. Os princípios interagem entre si, e cada um que seja relevante para o caso inclina o resultado da decisão para um certo sentido, mas não de forma conclusiva.⁶² Por conseguinte, o julgador deverá analisar todos os princípios conflitantes e formular, a partir daí, uma decisão sobre eles.⁶³

Um dos papéis da Constituição é proteger os cidadãos contra decisões das maiorias, mesmo que essas maiorias ajam em prol de um interesse coletivo. Assim, a Constituição e os direitos nela previstos representam, em última análise, uma restrição às práticas democráticas que requer uma justificação. Dworkin afirma que os constituintes americanos presumiram que essa interferência seria justificada por direitos morais que os indivíduos possuem em face da maioria, aos quais os dispositivos constitucionais, independentemente da precisão dos seus textos, oferecem garantia.⁶⁴ Por outro lado, embora os sistemas constitucionais ofereçam uma proteção adicional aos direitos morais dos cidadãos em face do Estado, nem sempre a Constituição consegue garantir efetivamente tais direitos, ou mesmo estabelecer quais são eles.⁶⁵

Para que o Estado tenha uma postura séria em relação aos direitos morais dos cidadãos, no sentido de respeitá-los e agir coerentemente com essa política de proteção, são necessárias duas condutas por parte do governo: 1) Ele deve abandonar a ideia de que os cidadãos não têm direito a desobedecer às leis, e 2) ele não deve abolir direitos individuais em prol de um bem geral.

Para chegar ao primeiro ponto, Dworkin parte da premissa de que, embora numa democracia os cidadãos tenham o dever de obedecer a todas as regras, mesmo aquelas das quais eles não gostam, essa regra não pode ser levada a cabo de maneira absoluta, pois mesmo uma

⁶² DWORKIN, 1978, p. 35.

⁶³ DWORKIN, 1978, p. 72.

⁶⁴ DWORKIN, 1978, p. 133.

⁶⁵ DWORKIN, 1978, p. 186.

sociedade justa pode produzir leis injustas e que ferem os direitos individuais de alguns.⁶⁶ Para chegar ao segundo ponto, o autor pressupõe que um direito moral individual deve ser observado como tal mesmo nas situações em que a maioria esteja em desacordo com ele, ou nas quais o exercício desse direito individual prejudique a maioria.⁶⁷ Assim, a realização do bem comum não pode justificar o cerceamento do direito moral de alguém.

É nesse sentido que Dworkin defende, conforme mencionado acima, que, nos casos difíceis, os juízes devem basear seus julgamentos em argumentos de princípios, ou seja, recorrendo aos direitos dos cidadãos, e não em argumentos de política, que requerem que a decisão promova o bem-estar geral.⁶⁸ Portanto, quando um jurisdicionado leva um caso aos tribunais, ele não está pleiteando que o juiz decida favoravelmente a ele porque, se assim o fizer, a sociedade em geral será beneficiada, mas sim porque ele tem o direito individual à pretensão jurídica que pleiteou.

Ele defende, ainda, que tais decisões devem ser tomadas através da aplicação da teoria substantiva da representação, que advém do princípio de que o Estado deve tratar todas as pessoas de maneira igual.⁶⁹ Neste ponto, ele traz dois valores que um governo deve considerar, caso pretenda levar os direitos de seus cidadãos a sério. O primeiro é a ideia de dignidade, a qual, associada a Kant, considera que algumas maneiras de lidar com o homem são incompatíveis com o reconhecimento de que tal pessoa é membro da comunidade. O segundo é a concepção de equidade política, que exige que os membros mais fracos de uma comunidade política tenham seus direitos levados em conta com a mesma consideração e respeito que os dos membros mais poderosos.⁷⁰

Chegamos, agora, no ponto chave da teoria da decisão de Ronald Dworkin: o direito como integridade. Esse marco teórico pressupõe, como fundamento, três virtudes políticas, quais sejam, a integridade, a justiça e o devido processo legal. A integridade exige que o governo aja de modo coerente e fundamentado em princípios em relação a todos os cidadãos, a fim de conferir-lhes os padrões fundamentais de justiça e equidade.⁷¹ A integridade enquanto

⁶⁶ DWORKIN, 1978, p. 186.

⁶⁷ DWORKIN, 1978, p. 194.

⁶⁸ DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 6.

⁶⁹ DWORKIN, 2001, p. 101.

⁷⁰ DWORKIN, 1978, p. 199.

⁷¹ DWORKIN, 2007, apud MARINHO, Jefferson L. Alves. Teoria da Integridade de Ronald Dworkin: um olhar matemático para a tese da resposta correta. *Prisma Jurídico*, v. 16, n. 1, 2017. pp. 75-95. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=93453803007>>. Acesso em: 6 nov. 2018.

virtude política está dividida em dois princípios: o legislativo, que exige dos legisladores a edição de um conjunto de leis moralmente coerente; e o adjudicativo, que instrui aos juízes que enxerguem e respeitem o Direito como um conjunto coerente de princípios, e interpretem-no como se tivesse sido criado por um único autor, a comunidade política.⁷²

Não obstante, a integridade não é virtude que se destina apenas ao governo e aos seus oficiais, mas sim, à comunidade como um todo, a qual deve agir sempre de acordo com o seu sistema coerente de princípios.⁷³ Uma comunidade de princípios que aceita a integridade como virtude política será beneficiada em inúmeros níveis. Para começar, o governo terá mais legitimidade para assumir e implementar o monopólio da força coercitiva, pois um governo que não busca tratar os cidadãos como iguais não pode exigir deles obediência política. Depois, a comunidade ficará mais protegida contra parcialidades, fraudes e outras formas de corrupção. Por fim, o seu Direito se tornará mais eficiente, porque quando as pessoas aceitam que são regidas não apenas por regras explícitas, mas também por princípios, o conjunto de normas pode se expandir e se contrair de forma mais orgânica, se adequando às novas situações e demandas, sem a necessidade de elaboração de novas leis detalhadas e engessadas a todo instante.⁷⁴

Em suma, os efeitos da integridade em uma comunidade podem ser resumidos nas seguintes linhas:

“I argued that a community of principle, which takes integrity to be central to politics, provides a better defense of political legitimacy than other models. It assimilates political obligations to the general class of associative obligations and supports them in that way. This defense is possible in such a community because a general commitment to integrity expresses a concern by each for all that is sufficiently special, personal, pervasive, and egalitarian to ground communal obligations according to standards for communal obligation we elsewhere accept”.⁷⁵

A concepção do Direito como integridade criada por Dworkin entende que o juiz, ao decidir casos difíceis, realiza tarefa essencialmente interpretativa. Essa concepção insiste que o Direito não se resume apenas no conteúdo explícito das decisões judiciais, mas também no sistema de princípios que *necessariamente* deve fundamentá-las⁷⁶. O direito como integridade

⁷² DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p. 176.

⁷³ DWORKIN, 1986, p. 184.

⁷⁴ DWORKIN, 1986, p. 188.

⁷⁵ DWORKIN, 1986, p. 216.

⁷⁶ DWORKIN, 1986, p. 227.

exige dos juízes que eles aceitem o direito como o referido conjunto coerente de princípios sobre justiça, equidade e devido processo legal, e que eles os apliquem nos novos casos de modo que a situação de cada indivíduo seja analisada segundo os mesmos padrões.

Por outro lado, integridade não se confunde com consistência – no sentido de exigir a decisão de casos semelhantes sempre de maneira parecida. Às vezes, a integridade poderá exigir que o juiz se afaste de uma determinada linha de decisões passadas para se manter fiel aos princípios, os quais são mais importantes para o sistema como um todo.⁷⁷ O direito como integridade assume que os juízes estão em uma posição diferente dos legisladores. Os juízes devem decidir com base em princípios, e não em política, e por isso não podem justificar uma decisão em virtude do bem-estar coletivo que gerará. Isso quer dizer que eles devem argumentar, nos julgamentos, que a parte vencedora logrou êxito porque tinha, de fato, o direito pleiteado, e não porque sua decisão, da forma como foi tomada, aumentaria o bem-estar comum.

Decidir casos difíceis no Direito se assemelha a dar continuidade a um romance em cadeia. O juiz deve dar seguimento à história narrada da melhor maneira possível, como se ela fosse fruto de um único autor, e não produto de várias mãos distintas. Ele deverá examinar todo o conjunto fático e normativo relevante para o caso, e terá o dever de argumentar, com base em princípios, por que optou por uma norma, e não por outra. A interpretação escolhida será sempre aquela que fizer parte de uma teoria coerente, amparada no resto do ordenamento jurídico.⁷⁸

O juiz deve escolher, dentre as diferentes interpretações possíveis, aquela que promover a melhor justificação das normas jurídicas estabelecidas, tanto no âmbito da adequação, quanto no âmbito da moralidade política. Uma teoria jurídica será mais adequada que a outra se “alguém que a sustentasse pudesse, a serviço dela, aplicar mais daquilo que está estabelecido do que alguém que sustentasse a outra.”⁷⁹ Já a dimensão da moralidade política supõe que se duas teorias oferecem o mesmo grau de adequação quanto aos dados jurídicos disponíveis, uma delas será “melhor que a outra se for superior enquanto teoria política ou moral; isto é, se apreende melhor os direitos que as pessoas realmente têm”.⁸⁰ Somadas, ambas dimensões tornarão improvável que algum caso concreto não tenha uma resposta correta. Dessa maneira, a proposta da teoria construtivista de Dworkin rejeita qualquer abertura do direito à

⁷⁷ DWORKIN, 1986, p. 219.

⁷⁸ DWORKIN, 1986, p. 245

⁷⁹ DWORKIN, 2001, p. 213.

⁸⁰ DWORKIN, 2001, p. 213.

discricionabilidade dos juízes, mesmo em casos difíceis, ao propor que existirá uma solução certa para cada caso específico, e é nesse ponto que reside uma das principais diferenças da teoria de Dworkin em relação à de Alexy.

No que diz respeito especificamente ao direito à liberdade de expressão, Dworkin aponta duas correntes sobre os sujeitos que esse direito busca proteger. A teoria dominante defende que os direitos constitucionais de livre expressão se destinam a proteger o público alvo, e não o sujeito que se expressa. “Segundo essa visão, jornalistas e outros autores estão protegidos da censura para que o público em geral possa ter acesso à informação de que necessita para votar e conduzir seus negócios de maneira inteligente.”⁸¹ No entanto, a teoria divergente supõe que o direito à liberdade de expressão tem como objetivo proteger aqueles que se expressam, pois “os indivíduos têm o direito de falar não para que outros se beneficiem, mas porque eles mesmos sofreriam um dano ou insulto inaceitável se fossem censurados.”⁸²

Assim, as primeiras teorias, que têm como foco a proteção do público, geralmente recorrem a argumentos de política. A maioria das decisões em casos envolvendo tensão entre liberdade de expressão e direitos de personalidade são baseadas justamente nesse tipo de argumento, como poderemos observar no próximo capítulo. Já as segundas teorias, preocupadas em proteger o cidadão que se expressa, apresentam argumentos de princípio.

Não é possível afirmar que os membros da comunidade têm direito a informações sigilosas que não tenham qualquer relevância para o interesse público, isto é, cujo conhecimento pudesse fazer com que o público tomasse decisões políticas de forma mais inteligente por estar em posse dela. Mas Dworkin afirma que esse fato tem sido obscurecido pelo argumento frequentemente usado pela imprensa de que o público tem o chamado “direito de saber”. Ele defende que essa expressão só faria sentido se fosse usada para exprimir que algumas informações sigilosas são de interesse *do* público.

No entanto, ter o “direito de saber” não quer dizer que qualquer sujeito tenha um direito moral individual a essa informação, isto é, que seu direito representaria um argumento de princípio exigindo a revelação do dado.⁸³ Nenhum membro individual da comunidade teria sua igualdade, independência ou integridade violadas por não ter acesso a segredos de figuras

⁸¹ DWORKIN, 2001, p. 574.

⁸² DWORKIN, 2001, p. 575.

⁸³ DWORKIN, 2001, p. 111.

famosas publicados em tabloides, por exemplo. Poder-se-ia até afirmar que as pessoas seriam prejudicadas se algumas notícias não tivessem sido divulgadas, mas segundo Dworkin, essa seria uma questão de “bem-estar geral, não de direito individual”.⁸⁴

Portanto, se a liberdade de expressão deve ser considerada como um direito individual moral do cidadão, isto é, como um argumento de princípio, então significa dizer que as reivindicações desse direito só podem ser sobrepujadas por um outro direito individual mais adequado ao caso concreto. Quanto aos argumentos de política a favor da liberdade de expressão – de que a sociedade será mais beneficiada caso seja melhor informada –, Dworkin esclarece que se eles realmente tiverem fundamento, a imprensa ganhará, a longo prazo e por meio do devido processo legislativo, os poderes que almejam.⁸⁵

Por outro lado, há outro direito essencial para a igualdade de participação política, que é o direito de ouvir. Sobre ele, discorre Dworkin:

(...) também é direito de cada cidadão que outros, cujo acesso à informação pode ser superior ao seu, não sejam impedidos de falar a ele. Isso, claramente, não é uma questão de política: não se trata de proteger a vontade da maioria ou de assegurar o bem-estar geral a longo prazo. Assim como a maioria viola o direito do falante ao censurá-lo, mesmo em ocasiões em que a comunidade ficaria em melhor situação se o fizesse, ela viola o direito de todo ouvinte potencial que acredita que sua participação na política ganharia, em termos de eficácia ou de significado para ele, se ouvisse esse falante.⁸⁶

Entretanto, a natureza da informação envolvida no caso é indispensável para definir os limites da proteção do direito à liberdade de expressão e ao direito de ouvir. O autor reconhece essa necessidade de distinção, ao afirmar que a informação a respeito de órgãos do governo, por exemplo, é presumidamente de extrema relevância para a participação dos cidadãos na política, enquanto que informações de outros tipos, como segredos comerciais ou assuntos pessoais de cidadãos particulares, presumivelmente não o é.⁸⁷

Além das teorias que analisam o direito à liberdade de expressão quanto ao alvo de sua proteção, há também as que analisam esse direito sob o ponto de vista da sua justificação. O primeiro tipo associa a importância da liberdade de expressão ao seu valor instrumental, ou seja, não porque os indivíduos têm o direito moral intrínseco de dizer o que quiserem, mas

⁸⁴ DWORKIN, 2001, p. 578.

⁸⁵ DWORKIN, 2001, p. 580.

⁸⁶ DWORKIN, 2001, p. 589.

⁸⁷ DWORKIN, 2001, p. 590.

porque permitir-lhes tal condição promoverá o bem-estar comum. Aqueles adeptos a essa teoria entendem que com a plena liberdade de expressão, a política será exercida para melhores fins e será menos suscetível de corrupção, já que o governo não poderá punir os seus críticos.⁸⁸

A segunda justificação da liberdade de expressão, por outro lado, pressupõe que a sua importância decorre não apenas das consequências que ela gera, mas porque a liberdade de expressão possui um valor intrínseco e é característica de uma sociedade política justa, cujo governo trata todos os seus membros como agentes morais responsáveis.⁸⁹ Embora nenhuma delas clame a liberdade de expressão como um direito absoluto, há diferenças substanciais entre as duas teorias.

Dworkin considera que a primeira justificação da liberdade de expressão, a instrumental, é mais frágil e limitada que a segunda. Enquanto a visão constitutiva se estende para todos os aspectos do discurso, a instrumental se concentra principalmente na proteção do discurso político. Dworkin afirma que se o ponto principal da liberdade de expressão é assegurar o pleno funcionamento da democracia, então ela seria muito menos importante em questões pessoais ou sobre a arte, por exemplo.⁹⁰ Para ele, a justificação constitutiva da liberdade de expressão, portanto, é a mais adequada a uma sociedade liberal comprometida com a responsabilidade moral individual de cada cidadão, e qualquer censura em termos de conteúdo do discurso seria inconsistente com esse compromisso.

Nas próximas seções, observaremos de que maneira a teoria de Ronald Dworkin nos possibilita aplicar o direito ao esquecimento no Brasil, de forma a cumprir com o seu propósito de proteção à privacidade, à intimidade, à imagem e à honra dos indivíduos na atual sociedade de superinformação, sem desconsiderar a garantia da Constituição aos direitos fundamentais de liberdade. Ou seja, veremos como a perspectiva do direito como integridade nos permite articular o direito ao esquecimento face às garantias de livre expressão e informação no nosso ordenamento jurídico.

⁸⁸ DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law*. New York: Oxford University Press, 2005. P. 200.

⁸⁹ A responsabilidade moral tem duas dimensões, segundo Dworkin. A primeira diz respeito à responsabilidade para formar suas próprias convicções, e a segunda, para expressar essas convicções aos demais indivíduos, tanto por respeito e consideração a eles, quanto pela vontade de que a verdade, a justiça e o bem sejam transmitidos. DWORKIN, 2005, p. 200.

⁹⁰ DWORKIN, 2005, p. 201.

4. O DIREITO AO ESQUECIMENTO E INTEGRIDADE NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

4.1. O caso das biografias não-autorizadas – ADI 4815

Conforme observado no capítulo 2, é inegável que o direito ao esquecimento encontra fundamento no ordenamento jurídico brasileiro. Mas não somente. Ele tem sido reconhecido pela jurisprudência doméstica, sobretudo no âmbito dos tribunais superiores, seja em casos fora dos domínios da internet (os chamados “casos *off-line*”) – nos quais protagoniza o clássico embate entre direitos de personalidade e direito à liberdade de imprensa, de expressão e de informação –, seja em casos ocorridos no ambiente virtual (denominados “casos *online*”) – nos quais o principal interesse é que certos termos sejam desindexados de sites de busca.

Primeiramente, será analisada a ADI 4815, de relatoria da Ministra Carmen Lúcia, julgada pelo STF em 2016 e conhecida como o caso das biografias não-autorizadas. Embora o direito ao esquecimento não tenha sido invocado neste julgado, consideramos a sua análise pertinente ao tema, na medida em que trata da (in)constitucionalidade dos artigos 20 e 21 do Código Civil, os quais, como visto anteriormente, guardam relação com o escopo de um direito ao esquecimento por versarem sobre a proteção à vida privada, à imagem, à honra e ao nome e poderiam, eventualmente, ser invocados por alguém que não desejasse ter certos fatos de sua vida pregressa expostos ao público indefinidamente no tempo. A ação versou sobre o direito de biografar pessoas contra a sua própria vontade ou, em caso de falecimento, a de seus parentes.

A ação foi ajuizada em 2012, pela Associação de Editores de Livros – ANEL, objetivando a declaração de inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, de ambos os dispositivos mencionados. De acordo com a autora, a interpretação que vinha sendo dada a eles pelo Poder Judiciário inviabilizava a publicação de obras biográficas, sejam elas literárias ou audiovisuais, por falta de prévia autorização dos biografados ou de coadjuvantes (ou de seus parentes, no caso de pessoas falecidas). A requerente alega que as pessoas cujas trajetórias tenham tomado uma dimensão pública gozam de uma esfera de privacidade e intimidade menor, de modo que as suas histórias individuais se confundem com a história coletiva, pois elas estão inseridas em eventos de interesse público. Desse modo, afirma que a exigência prévia de

autorização do biografado significaria verdadeira censura privada à liberdade de expressão dos autores e ao direito à informação de toda a sociedade.

Defende, ainda, que “em que pese o pretense propósito do legislador de proteger a vida privada e a intimidade das pessoas, o alcance e a extensão dos comandos extraíveis da literalidade dos artigos 20 e 21 do Código Civil, ao não preverem qualquer exceção que contemple as obras biográficas, acabam por violar as liberdades de manifestação do pensamento, da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (CF, art. 5º, IV e IX), além do direito difuso da cidadania à informação (art. 5º, XIV)”. O objeto da ADI 4815 foi, portanto, atribuir interpretação aos artigos impugnados de forma que não se entenda mais necessária a autorização prévia do interessado quanto a obras biográficas que lhes digam respeito, tornando-as compatíveis com os direitos fundamentais dispostos na Constituição.

Conforme disposto na própria inicial, as biografias são um gênero literário da mais alta importância, pois frequentemente relatam a vida de pessoas que fizeram parte da história de um povo. Desse modo, é incontestável o seu valor para a memória coletiva nacional porque, segundo as palavras da Ministra relatora, as biografias “têm função social de relevo para o conhecimento da história e o seu encaminhamento”, de modo que não seria constitucionalmente admissível “o esvaziamento das liberdades de todos pela censura particular”. Entretanto, o julgamento do caso, que culminou na procedência do pedido por unanimidade, nos termos do voto da Relatora, se baseou em razões de decidir que, embora sedutoras, comportam críticas, especialmente o método da ponderação de Robert Alexy, amplamente utilizado pelos ministros nesta ação.

A Ministra Carmen Lúcia afirmou, em seu voto, que atualmente a ideia de tempo e espaço mudou: a exposição é enorme, e não há mais como se reterem informações. Aduziu, ainda, que a vida é experiência de riscos, mas que o direito preconiza formas de serem reparados os abusos por meio indenização posterior, a ser fixada de acordo com o dano demonstrado, e que todo o resto configuraria censura, seja ela prévia ou *a posteriori*, e independentemente de sua natureza ser legislativa, política, administrativa ou judicial.

Contudo, há de se indagar: nos casos envolvendo proteção aos direitos da personalidade, só se pode usar medidas judiciais posteriores ao evento danoso? E quando se fala em direito ao esquecimento, os danos causados podem ser verdadeiramente reparados por tais medidas? Na ADI 4815, a questão que se põe é justamente qual o conteúdo e a extensão do direito

constitucional à liberdade de expressão e de informação frente ao direito à intimidade e à vida privada

No referido caso sob análise, o STF entendeu que, independentemente das conceituações de intimidade e privacidade, a sua esfera de definição não é a mesma para todos, pois o escopo do espaço pessoal inviolável varia de acordo com a notoriedade do sujeito. Nesse sentido, a Relatora afirma que:

a notoriedade tem preço fixado pela extensão da fama, quase sempre buscada. Quando não, mas ainda assim é obtida, a fama cobra pedágio: o bilhete do reconhecimento público, que se traduz em exposição do espaço particular, no qual todos querem adentrar.⁹¹

Defendeu que o âmbito do segredo é o mais atrativo ao pesquisador, pois atende as necessidades da história e a curiosidade das pessoas, e que seria impossível conhecer a trajetória de uma personalidade histórica sem ver a totalidade de sua vida. Além disso, afirmou, que a proteção às liberdades deve suportar o ônus de eventuais abusos, conforme trecho a seguir:

Corre-se o risco de haver abusos, de se produzirem escritos ou obras audiovisuais para divulgação com o intuito exclusivo de se obterem ganhos espúrios pela amostragem da vida de pessoas com detalhes que não guardam qualquer traço de interesse público.

Risco é próprio do viver. Erros corrigem-se segundo o direito, não é se abatendo liberdades conquistadas que se segue na melhor trilha democrática traçada com duras lutas. Repararam-se danos nos termos da lei.⁹²

Embora concordemos que figuras públicas tenham, em regra, um âmbito menor de proteção à vida privada, esse âmbito, ainda que restrito, não pode ser totalmente esvaziado. Mesmo aqueles que, por seu papel na sociedade, possuem uma “vida pública”, também são titulares do direito à intimidade e à esfera privada, os quais são invioláveis, de acordo com a própria Carta Republicana. Assim, “nem todos os fatos da vida privada de uma pessoa ‘de vida pública’ podem ser considerados de interesse coletivo, historiográfico”⁹³.

⁹¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4815. Rel. Ministra CARMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 10/06/2015, DJ 01/02/2016, p. 109. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>. Acesso em: 10 set. 2018.

⁹² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4815. Rel. Ministra CARMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 10/06/2015, DJ 01/02/2016, p. 112. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>. Acesso em: 10 set. 2018.

⁹³ MAURMO, Júlia P. Gomes; OLIVEIRA, Mário H. C. Prado de. Biografias não autorizadas: um embate entre a liberdade de expressão e a privacidade. In: *Revista de Direito Privado*, vol. 60/2014, out./2014. P. 5.

A relatora atestou que para a perfeita resolução do caso, requer-se acolher a ponderação entre o direito às liberdades dos biógrafos, de um lado, e a inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa biografada, de outro, a fim de superar o aparente conflito entre as normas dos incisos VI e IX do art. 5º da Constituição. Em conclusão, anuiu com o pedido aduzido na inicial, não alterando a norma civil, mas atribuindo-lhe interpretação que seja, em suas palavras:

[...] coerente com o que se põe constitucionalmente, sendo suficiente para a garantia do exercício do direito à liberdade de expressão, do direito-dever de informar e ser informado sobre a vida de pessoa biografada pela sua importância sociocultural, resguardando-se a garantia da inviolabilidade do direito à intimidade e à privacidade, contra cujo abuso há normas pelas quais assegurada a responsabilidade dos autores da ação indevida.⁹⁴

O Ministro Barroso, em seu voto, entendeu que, no caso em voga, o *legislador* civil realizou uma ponderação entre o direito às liberdades e os direitos de personalidade, a qual se materializou nos artigos impugnados. Segundo a sua visão, o legislador, ao ponderar entre ambos, acabou protegendo os direitos da personalidade com grande intensidade e preterindo a liberdade de expressão. Dessa forma, realizou uma ilegítima e permanente hierarquização ao subordinar esta última àqueles.

Para ele, a liberdade de expressão é uma liberdade preferencial, o que significa que, em caso de conflito com outros direitos, ela deverá prevalecer no processo de ponderação, em princípio, devendo a parte que deseja afastá-la assumir para si o ônus argumentativo e demonstrar suas razões para tanto.⁹⁵ Entre os cinco motivos que o Ministro atribui para essa posição privilegiada da liberdade de expressão no ordenamento jurídico, destacamos três deles:

[...] O primeiro diz respeito à função essencial que a liberdade de expressão desempenha para a democracia. De fato, o amplo fluxo de informações e a formação de um debate público robusto e irrestrito constituem pré-requisitos indispensáveis para a tomada de decisões pela coletividade e para o autogoverno democrático. A segunda justificação é a própria dignidade humana. A possibilidade de os indivíduos exprimirem de forma desinibida suas ideias, preferências e visões de mundo, assim como de terem acesso às ideias, preferências e visões de mundo dos demais é essencial ao livre

⁹⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4815. Rel. Ministra CARMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 10/06/2015, DJ 01/02/2016, p. 123. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>. Acesso em: 10 set. 2018.

⁹⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4815. Rel. Ministra CARMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 10/06/2015, DJ 01/02/2016, p. 144. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>. Acesso em: 10 set. 2018.

desenvolvimento da personalidade, à autonomia e à realização existencial dos indivíduos, consistindo, assim, em uma emanção da sua dignidade.

Uma terceira função atribuída à livre discussão e contraposição de ideias é o processo coletivo de busca da verdade. De acordo com essa concepção, toda intervenção no sentido de silenciar uma opinião, ainda que ruim ou incorreta, seria perniciososa, pois é na colisão com opiniões erradas que é possível reconhecer a “verdade” ou as melhores posições.⁹⁶

Ele indicou, ainda, que a liberdade de expressão não deve proteger apenas ideias positivas ou socialmente aceitas, mas também aquelas ofensivas, incômodas e chocantes. Embora tenha afirmado que, em caso de abusos da liberdade de expressão, a preferência deva ser pelos mecanismos de reparação *a posteriori*, reconheceu que informações obtidas de forma ilegal e notícias falsas divulgadas com dolo de prejudicar alguém podem ensejar inibições prévias, mas só em casos muito excepcionais e extremos. Assim, embora tenha feito essa ressalva, Barroso compartilhou do posicionamento da Ministra Carmen e considerou que intervenções do Judiciário prévias à publicação de obras configuram censura, o que é vedado pelo texto constitucional. Em conclusão, ele entendeu que a leitura dos artigos 20 e 21 do Código Civil, tal como posta pelo legislador, configura eminente censura privada, razão pela qual deve ser suprimida a necessidade de autorização prévia de pessoa retratada em obra biográfica para que ela seja publicada.

A Ministra Rosa Weber, por sua vez, utilizou conceito trazido pela teoria de Robert Alexy, qual seja, do núcleo essencial ou irreduzível do direito fundamental, que, no caso da liberdade de expressão, para ela, compreenderia não somente os direitos de informar e ser informado, mas também o de expressar opiniões e críticas. Ela considerou que a sujeição da publicação de obra biográfica à autorização prévia do retratado extingiria as liberdades de manifestação de pensamento em seu núcleo mínimo. Mencionou, ainda, que reduzir as liberdades informativas a um aspecto meramente neutro e imparcial, sem qualquer nota de desaprovação, não contribui em nada para o desenvolvimento de uma sociedade democrática.

O Ministro Luiz Fux, em seu voto, fez a ressalva de que o que se está defendendo, no julgamento, não é apenas a antijuridicidade da censura, mas também os limites éticos das informações, “que devem ser baseadas em fatos verdadeiros e fontes legítimas, ressaltando-se

⁹⁶SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4815. Rel. Ministra CARMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 10/06/2015, DJ 01/02/2016. p. 160-161. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>. Acesso em: 10 set. 2018.

sempre a repressão em relação aos desvios”⁹⁷. Isso se deve ao fato de que embora a regra deva ser a liberdade, “a dignidade da pessoa humana deve servir de limite e garantia mínima contra excessos eventualmente praticados”.

Em seguida, o Ministro Dias Toffoli, na mesma toada, frisa um aspecto delicado do caso sob análise, conforme se observa abaixo:

[...] eu não poderia deixar de ponderar aqui exatamente neste sentido de que esse dispositivo que estamos a julgar [...] não está dando nenhum tipo de autorização plena ao uso da imagem das pessoas, ao uso da vida privada das pessoas de uma maneira absoluta, por quem quer que seja, havendo ainda possibilidade, sim, de intervenção judicial no que concerne aos abusos, às inverdades manifestas, aos prejuízos que ocorram a uma dada pessoa. [...]. É importante se registrar isso, porque a dimensão do art. 20 do Código Civil vai muito, muito, muito além do que diz respeito àquelas realidades de pessoas públicas ou de personalidades que geram o desejo na sociedade de conhecê-las melhor e de saber sua história.⁹⁸

À semelhança do Ministro Barroso, Dias Toffoli considerou os artigos impugnados incompatíveis com a Constituição Federal porque, da forma como foram redigidos, eles atribuem precedência absoluta aos direitos de personalidade sobre a liberdade de expressão por exigirem, de forma geral e abstrata, a autorização prévia do retratado para que as biografias sobre ele sejam publicadas.⁹⁹ Contudo, ao encerrar o seu voto, ele novamente ressaltou que em casos excepcionalíssimos de abuso da liberdade de expressão, em que houver a grave violação de outros direitos fundamentais, há a possibilidade de atribuir predominância aos direitos à privacidade e à intimidade, o que deverá ser decidido caso a caso pelo Poder Judiciário, por meio de ponderação.¹⁰⁰

O Ministro Gilmar entendeu que o texto constitucional não eliminou a possibilidade de que se introduzam restrições à liberdade de expressão e de comunicação, inclusive estabelecendo, de forma expressa, que o seu exercício deve ser feito com observância aos outros

⁹⁷SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4815. Rel. Ministra CARMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 10/06/2015, DJ 01/02/2016, p. 206-207. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>. Acesso em: 10 set. 2018.

⁹⁸SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4815. Rel. Ministra CARMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 10/06/2015, DJ 01/02/2016, p. 212. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>. Acesso em: 10 set. 2018.

⁹⁹SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4815. Rel. Ministra CARMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 10/06/2015, DJ 01/02/2016, p. 218. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>. Acesso em: 10 set. 2018.

¹⁰⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4815. Rel. Ministra CARMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 10/06/2015, DJ 01/02/2016, p. 229. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>. Acesso em: 10 set. 2018.

direitos fundamentais dispostos na Constituição. Ele afirmou que, no caso em tela, há inevitável tensão entre os direitos de liberdade e os de personalidade, a qual poderia gerar uma situação de colisão de direitos fundamentais. Aduziu que, em tais casos, o processo de solução deve ser a ponderação, em que o aplicador do direito, ao decidi-lo, não deverá estabelecer primazia absoluta a nenhum dos princípios em jogo, mas, se necessário, poderá atenuar a aplicação de um deles.

Além disso, o Ministro Gilmar foi o primeiro a trazer à discussão, no julgamento, a inafastabilidade da jurisdição insculpida no art. 5º, XXXV, da CF, e o Ministro Lewandowski adicionou que, neste inciso, está incluído o poder cautelar do magistrado, que deve ser exercido “dentro do seu prudente arbítrio”. Nesse sentido, o Ministro Marco Aurélio afirmou ter se sentido “confortado” em saber que a corte reafirmou esse princípio fundamental, pelo qual o juiz tem poderes para impedir não só a lesão, mas também a mera ameaça de lesão a direitos. Por fim, Marco Aurélio juntou-se aos seus colegas magistrados, sendo mais um dos ministros a recorrer, no caso, à ponderação. Ele defendeu que, em havendo conflito entre o interesse individual e o coletivo, a solução deveria ser pela primazia do interesse coletivo, a partir do balanceamento de valores.

Diante disso, é necessário fazer algumas considerações acerca dos direitos fundamentais em jogo nesta ação direta de inconstitucionalidade, a começar pelo direito à intimidade e à privacidade. Assim como o esquecimento, a intimidade é uma necessidade psicológica do ser humano, essencial para a preservação do equilíbrio individual e o livre desenvolvimento da personalidade. A intimidade e a privacidade também estão relacionadas à liberdade do homem, pois representam uma esfera da vida que está livre da vigilância e do controle externos, seja do Estado, seja de outras pessoas.¹⁰¹

Entretanto, o conteúdo da intimidade e da vida privada não possui contornos rígidos. Ao contrário, ele varia no tempo e no espaço, e de acordo com fatores culturais. Nos Estados Unidos, a primeira menção ao direito à privacidade veio de Warren e Brandeis, em 1890, ao postularem o seu reconhecimento em virtude da crescente importância da solidão e reclusão em contraposição ao gradativo aumento da complexidade da vida. Entretanto, o âmbito de

¹⁰¹ BARCELLOS, Ana Paula de. Intimidade e pessoas notórias. Liberdades de expressão e de informação e biografias. Conflito entre Direitos Fundamentais. Ponderação, caso concreto e acesso à justiça. Tutelas específica e indenizatória. In: *DPU*, nº 55, jan./fev. 2014, p. 49.

proteção inicial dado à privacidade não foi suficiente para acompanhar as novas formas de comunicação, conforme aponta Katayoun Baghai:

Over time, the meaning of protection of the individual in his person and property had been expanded, from initial protection of the body and tangible property against battery, destruction, and theft, to one's spiritual, emotional and sensory nature, reputation, goodwill, confidence, trade secrets, trademarks, and products of the mind. But advances in technology and sensationalist journalism, Warren and Brandeis believed, had rendered such protections obsolete.¹⁰²

Além disso, do ponto de vista sociológico, a privacidade possui caráter polissêmico, pois cada sistema social faz sua própria referência a um determinado evento, atribuindo a ele a distinção entre público e privado que lhe for pertinente. Para Baghai, o escopo de privacidade varia de um sistema para outro, de tal modo que, para que ela tenha aplicabilidade prática, o mais importante não seria definir o seu conceito, mas sim, analisar como ela é observada nos diversos sistemas sociais.

Nesse sentido, ele afirma que os conflitos envolvendo a privacidade surgem quando um acontecimento em um dado sistema se torna relevante em outro. Para ilustrar essa concepção, o autor utilizou-se dos seguintes exemplos: casos amorosos que se tornam significativos na avaliação de competência profissional; condições de saúde que são relevantes para a obtenção de empréstimo bancário; e orientações sexuais que se tornam relevantes para uma contratação empregatícia. A partir deles, o autor entendeu que:

The public or private nature of communication is not determined by its *content*, i.e. whether it involves secrets, embarrassing or confidential information, or merely trivial daily transactions; rather, by its *functional* relevance to the social system in question. Thus, if the love-affair involves one's subordinate, the health condition undermines one's ability to be party to a contract, and the employer happens to be the Catholic Church, the system-reference and functional relevance of communication change and so do the legal contours of privacy.¹⁰³ (grifos no original)

Assim, não é fácil ou prodente, por exemplo, que legislações ou mesmo teorias doutrinárias busquem classificar, de forma rígida, quais informações fazem parte do âmbito privado ou público de determinada pessoa. Primeiro, porque, segundo Baghai afirma, o caráter privado ou público de uma informação poderá mudar de acordo com a situação ou sistema na

¹⁰² BAGHAI, Katayoun. Privacy as a Human Right: a Sociological Theory. In: *Sociology*, v. 46(5), 2012. p. 952. Disponível em: <http://soc.sagepub.com/content/46/5/951>. Acesso em: 27 out. 2018.

¹⁰³ BAGHAI, 2012, p. 956.

qual estiver inserida. Segundo, porque os contornos legais de privacidade também serão mais ou menos rígidos, a depender do indivíduo considerado, ou seja, do nível de notoriedade que ele possuir. Desse modo, é mais provável que uma figura pública tenha mais fatos de sua vida que sejam de interesse público, do que um cidadão comum, por exemplo.

Embora estejamos de acordo com a decisão final da ação, qual seja, pela sua procedência, a análise dos votos dos ministros na ADI 4815 revela que, pela perspectiva do direito como integridade, há problemas na fundamentação de suas decisões. Ao adotarem o critério da ponderação como método de resolução da tensão entre os princípios fundamentais envolvidos, os ministros aplicam um critério com limites de racionalidade e que apresenta maiores margens para decisões baseadas em argumentos de política, e não nos direitos morais que os cidadãos possuem.

Conforme pudemos observar, não obstante os esforços de Robert Alexy para dar à ponderação a maior racionalidade possível, ela nunca levará a uma única solução para o caso. A solução que, ao final, será considerada como correta é algo que depende de valorações pessoais do juiz não controláveis por esse processo. Assim, ao adotar o critério da ponderação, tanto a procedência quanto a improcedência da ADI 4815 teriam sido respostas possíveis e legítimas, o que seria admitir, no fundo, que a discricionariedade do juiz é que dá a última palavra.

Conforme expusemos no capítulo anterior, o marco teórico do Direito como integridade requer que o Estado trate todos os indivíduos com igual consideração e respeito. Portanto, o fato de alguém ser uma figura pública não retira o seu direito constitucionalmente protegido à privacidade, à intimidade, à imagem e à honra. Por outro lado, há de se reconhecer que cada um dos membros de uma comunidade possui o direito individual à informação, a qual, por vezes, estará inserida no âmbito da vida privada de outras pessoas. Entretanto, esse direito à informação deve estar restrito a fatos de terceiros que tenham alguma influência ou relevância em sua própria esfera.

Por exemplo, impedir que eleitores saibam sobre boatos de que determinado candidato à Presidência da República, declaradamente homofóbico, teria tido interesses homoafetivos no passado certamente influenciaria a liberdade positiva de parte do eleitorado, pois impediria o eleitor de saber que aquele presidenciável não é coerente em suas propostas e propaga um falso moralismo. Isso seria desconsiderar os eleitores como agentes morais responsáveis, impedindo-

os de formar suas próprias convicções e transmiti-la aos outros. Isso violaria, portanto, os seus direitos morais individuais à informação.

O mesmo não se pode dizer do caso envolvendo a atriz Xuxa, por exemplo, que desejou que os resultados de pesquisas que relacionam o seu nome à pedofilia fossem removidos de sites de busca¹⁰⁴. O boato de que a artista seria pedófila surgiu em decorrência de um filme de 1982, no qual ela aparece em uma cena deitada, seminua, com um garoto de 12 anos. À época, Xuxa tinha 18. Aqui, não há direito moral à informação. Não ter acesso a esse falso rumor de que a atriz seria pedófila não viola a igualdade, a independência ou integridade de nenhum cidadão, ou seja, não há, aqui, o “direito de saber”. Há, pelo contrário, o direito de Xuxa de não ter mais tais notícias falsas sobre si circulando por toda a internet, especialmente diante do fato de que seu trabalho atual como apresentadora televisiva envolve justamente o público infantil.

O direito como integridade exige, igualmente, que os juízes decidam os casos com base em argumentos de princípios, e não de política. No entanto, os fundamentos para determinar a procedência da ADI 4815 condensaram-se, basicamente, na ideia de que a sociedade seria prejudicada caso fosse mantida a necessidade de autorização prévia para a publicação de biografias, pois as liberdades de todos seriam suprimidas pela censura particular. Ou seja, os ministros entenderam que o direito à informação da sociedade seria mais forte, nesse caso, do que o direito à intimidade e à privacidade do biografado e, portanto, deveria prevalecer. Logo, a decisão poderia ser considerada legítima sob um ponto de vista utilitarista, por exemplo, mas não sob a perspectiva dworkiniana.

Foi levantada pela Ministra Rosa Weber, ainda, a questão de que os parentes do biografado têm uma tendência natural de apagar partes reais, dolorosas ou degradantes da vida dos biografados, mas que essas eliminações privariam a história de vida de uma pessoa de sua integralidade. No entanto, há que se fazer uma distinção aqui. Se tais “partes” forem de interesse público genuíno, então o direito à privacidade do biografado ou de seus herdeiros não seria *aplicável* ou *adequado* ao caso, no sentido empregado por Dworkin. Se, por outro lado, elas forem apenas de interesse *do* público, isto é, se a comunidade tiver apenas curiosidade sobre essas informações, mas não um interesse legítimo ou um direito sobre elas, no sentido

¹⁰⁴ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial: REsp 1.316.921/RJ. Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma. Julgado em: 26/06/2012. DJe: 29/06/2012. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22026857/recurso-especial-resp-1316921-rj-2011-0307909-6-stj?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 19 nov. 2018.

forte e moral, então o direito à informação e à liberdade de expressão é que não seriam adequados.

Logo, concluímos que não deve ser exigível a autorização prévia do biografado, pois isso, de fato, seria desconsiderar todo e qualquer direito às liberdades de expressão, de informação e de imprensa, uma vez que o biografado, por meio de um direito potestativo, poderia proibir a publicação de obra a seu respeito independentemente do conteúdo, mesmo que envolvesse fato sobre o qual as pessoas tivessem um verdadeiro direito de conhecer. Entretanto, discordamos do posicionamento exposto no voto relator, o qual foi acatado unanimemente pelo Plenário do STF, de que a única forma de reparação de abusos da liberdade de expressão seja a indenização particular, e que qualquer outra forma constituiria censura. Embora o art. 5º, X, da Constituição mencione apenas o direito à indenização pelo dano moral ou material decorrente de violação aos direitos da personalidade ali dispostos, isso não significa que a indenização *a posteriori* seja o único meio de reparação possível.

Mesmo porque a própria Constituição, em seu art. 5º, XXXV, traz o princípio da inafastabilidade da jurisdição, conforme levantado por alguns dos Ministros, e nele está contido o poder cautelar do juiz. Logo, para evitar lesão ou *ameaça* a direito, ele pode se valer de diferentes tutelas, inclusive a inibitória, se necessário para impedir a violação de direitos. Em se tratando de dados ligados à privacidade, dificilmente tutelas indenizatórias serão efetivas pois jamais poderão fazer a situação do indivíduo retornar ao estado anterior. A intimidade, uma vez exposta na era digital – ainda que em meios de comunicação tradicional, como livros –, não poderá ser restaurada, de modo que, em alguns casos, são necessários outros meios de reparação de danos que não o indenizatório, como por exemplo, a retratação ou o direito de resposta. Em outras situações, apenas tutelas inibitórias teriam o condão de efetivamente evitar a lesão à personalidade do indivíduo.

No mesmo sentido dispôs o Enunciado nº 576, da VII Jornada de Direito Civil, ao afirmar que “O direito ao esquecimento pode ser assegurado por tutela judicial inibitória”. A sua justificativa, com a qual concordamos integralmente, estabelece que:

Recentemente, o STF entendeu ser inexigível o assentimento de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais (ADIn 4815), asseverando que os excessos devem ser coibidos repressivamente (por meio do direito de resposta, de uma indenização por danos morais ou pela

responsabilização criminal por delito contra a honra). Com isso, o STF negou o direito ao esquecimento (este reconhecido no Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil) quando em confronto com a liberdade de publicar biografias, mas sem eliminar a possibilidade de seu reconhecimento em outros casos concretos. É hora, pois, de reafirmar a existência do direito ao esquecimento. Esta é a posição conciliadora de Gustavo Tepedino (Opinião Doutrinária acerca da interpretação conforme a Constituição dos arts. 20 e 21 do CO, Organizações Globo, 15.06.2012, p. 25), ao afirmar que o direito ao esquecimento cede espaço ao interesse público inerente à publicação de biografias. Sobretudo, mais do que ser reconhecido, o caso concreto pode exigir que o direito ao esquecimento seja protegido por uma tutela judicial inibitória, conforme admitiu o STJ em dois precedentes (REsp 1.334.097/RJ e REsp 1.335.153/RJ). Isso porque a violação do direito à honra não admite a restitutio in integrum. A compensação financeira apenas ameniza o abalo moral, e o direito de resposta proporcional ao agravo sofrido também é incapaz de restaurar o bem jurídico violado, visto ser impossível restituir o status quo. Como afirma Marinoni, é dever do juiz encontrar, dentro de uma moldura, a técnica processual idônea à proteção do direito material, de modo a assegurar o direito fundamental a uma tutela jurisdicional efetiva (art. 5º, XXXV, CF/88). Disso se conclui que não se pode sonegar a tutela judicial inibitória para resguardar direitos dessa natureza, pois nenhuma outra é capaz de assegurá-los de maneira tão eficiente.¹⁰⁵

Diante disso, apenas o juiz comprometido com uma comunidade de princípios e que pretende interpretar as normas da melhor maneira possível a fim de fornecer aos indivíduos padrões fundamentais de justiça e equidade, poderá chegar à resposta correta para o caso. Mas isso não poderá ser feito se o Judiciário negar ao cidadão, de pronto, medidas idôneas para a proteção e garantia de seus direitos. Mesmo personalidades notórias têm direito à privacidade sobre certos aspectos de sua vida, caso eles não sejam de interesse público. A fama ou o reconhecimento social de alguém não importa na renúncia de tal pessoa aos seus direitos de personalidade. Querer que certos fatos de sua vida e certas partes de sua história, que dizem respeito somente a ele e ao seu círculo social íntimo, não sejam publicados não deve ser equiparado a um ato de censura.

¹⁰⁵ Disponível em: < <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/821>>. Acesso em: 19 nov. 2018.

4.2. O caso Aida Curi – REsp 1.335.153/RJ e RE 1010606

Esse é um dos mais célebres casos envolvendo o direito ao esquecimento no Brasil. Em 1958, Aida Curi, de 18 anos, foi vítima de homicídio e o seu caso ganhou notoriedade nacional por conta da forte veiculação nos noticiários da época. Aida foi levada por três homens até o topo de um prédio no Rio de Janeiro, aonde foi torturada e sofreu tentativa de estupro. Para simular um suicídio, os autores jogaram-na do terraço do décimo segundo andar, o que culminou em sua morte. Em 2004, 46 anos depois do ocorrido, a emissora Rede Globo relembrou o crime, transmitindo-o em seu programa *Linha Direta-Justiça*.

Embora o acontecimento tenha arrefecido com o decorrer do tempo, os irmãos da vítima afirmaram que a Rede Globo reabriu suas antigas feridas, ainda que eles tivessem notificado a emissora previamente para não o fazer. Assim, em razão de a reportagem ter feito os autores reviverem as dores do passado e ter explorado comercialmente a imagem de sua falecida irmã para fins econômicos, Nelson, Roberto, Waldir e Maurício Curi ajuizaram ação de reparação por danos morais, materiais e à imagem, em face da TV Globo Ltda.

Os pedidos foram julgados improcedentes em primeira instância por ausência de dano, entendimento que foi mantido pelo Tribunal em grau de apelação. Do acórdão, foram interpostos Recursos Especial e Extraordinário, este último ainda pendente de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal. No mérito do Recurso Especial, os recorrentes alegaram o direito ao esquecimento sobre a tragédia pela qual a família passou há mais de 50 anos, que foi violado pela Ré por transmitir, sem autorização, reportagem sobre a morte da irmã dos autores.

Embora seja um tribunal de alçada infraconstitucional, questões envolvendo o direito ao esquecimento envolverão, necessariamente, uma controvérsia constitucional. Porém, a proteção de um princípio fundamental e a delimitação normativa do seu conteúdo são coisas distintas, conforme bem reconhece o Ministro Luis Felipe Salomão, relator do referido Recurso Especial:

É inegável que o conflito aparente entre a liberdade de expressão/informação, ora materializada na liberdade de imprensa, e atributos individuais da pessoa humana - como intimidade, privacidade e honra - possui estatura constitucional (art. 5º, incisos IV, V, IX, X e XIV, arts. 220 e 221 da Constituição Federal), não sendo raras as decisões apoiadas predominantemente no cotejo hermenêutico entre os valores constitucionais em confronto.

Porém, em contrapartida, é de alçada legal a exata delimitação dos valores que podem ser, eventualmente, violados nesse conflito, como a honra, a privacidade e a intimidade da pessoa, o que, em última análise, atribui à jurisdição infraconstitucional a incumbência de aferição da ilicitude de condutas potencialmente danosas e, de resto, da extensão do dano delas resultante.¹⁰⁶

O Ministro ressaltou o ponto de que o STJ já julgou inúmeros casos envolvendo direito às liberdades de expressão e de informação e supostas ofensas aos direitos de personalidade. Entretanto, os processos sempre estiveram inseridos num contexto de *ilicitude* de publicações jornalísticas – em decorrência de seu conteúdo difamatório ou inverídico –, e de contemporaneidade da notícia veiculada. Assim, diante de tais características presentes nos casos tradicionais, o STJ adotou a tese de que o exercício do direito à liberdade de imprensa deve observar os seguintes limites: o compromisso com a verossimilhança da informação divulgada; o resguardo dos direitos de personalidade de terceiros, notadamente à privacidade, à intimidade, à honra e à imagem; e a vedação a críticas jornalísticas com intuito puramente difamatório, sem qualquer pretensão informativa¹⁰⁷.

Além desses parâmetros, o STJ também já afirmou que, na atividade jornalística, embora não sejam admitidas negligências, não se pode exigir dos profissionais verdades absolutas, pois tal condição provocaria um *chilling effect* na imprensa. Nenhum jornalista se atreveria, então, a publicar qualquer notícia que antes não tivesse sido comprovada cabalmente.¹⁰⁸ Não obstante, o caso em tela reúne um contexto fático diferente. Conforme apontado no capítulo 1, o direito ao esquecimento envolve a falta de contemporaneidade da informação divulgada, a qual poderá ou não ser verídica. Além disso, acrescenta um desafio extra ao trabalho do julgador, que deve solucionar o caso dentro da nova realidade da sociedade superinformativa, conforme bem reconhece o Ministro Salomão:

A ideia de um direito ao esquecimento ganha ainda mais visibilidade - mas também se torna mais complexa - quando aplicada à internet, 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. Até agora, tem-se mostrado inerente à internet - mas não exclusivamente a ela - a existência de um "resíduo informacional" que supera

¹⁰⁶ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial: REsp 1.335.153-RJ (2011/0057428-0). Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, Julgado em 28/05/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=29411308&num_registro=201100574280&data=20130910&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 10 set. 2018.

¹⁰⁷ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial: REsp 801.109-DF. Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, Quarta Turma, julgado em 12/06/2012.

¹⁰⁸ DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law*. New York: Oxford University Press, 2005, p. 193.

a contemporaneidade da notícia e, por vezes, pode ser, no mínimo, desconfortante àquele que é noticiado.¹⁰⁹

Assim, mesmo que o caso envolva publicação na mídia televisiva, não se pode desconsiderar o alcance e a repercussão que a internet acrescenta às notícias, mesmo que inicialmente publicadas somente na televisão.

Como não poderia deixar de ser, o Ministro Relator, em seu voto, analisou a questão do direito ao esquecimento também sob a ótica de uma possível censura à liberdade de imprensa. Ele destacou a importância da imprensa em seu aspecto instrumental, como sendo uns pilares de um Estado democrático de Direito. Ressaltou que, embora o Brasil tenha passado por períodos sombrios de perseguição e cerceamento à imprensa, o novo cenário jurídico inaugurado pela Constituição Federal de 1988 ao mesmo tempo em que garante que a liberdade de expressão, de informação e de imprensa não serão objeto de restrição ou censura, determina as balizas principiológicas que tais direitos deverão observar, visto que nenhum direito constitucional é absoluto.

Há um outro ponto interessante no voto em análise. Ao contrário do julgamento da ADI 4815, em que o Ministro Luís Roberto Barroso afirma que a liberdade de expressão teria uma primazia *prima facie* em relação a outros direitos fundamentais¹¹⁰, o Ministro Luis Felipe Salomão, afirmou que, no “conflito aparente entre esses bens jurídicos” – liberdade de expressão e informação, de um lado, e direitos de personalidade, do outro –, há uma predileção constitucional para deslindes que garantam a proteção da personalidade, porque ela subjaz a proteção constitucional da pessoa humana. Entretanto, tal prevalência – que deverá ser feita após a necessária ponderação considerando os elementos do caso concreto – não deve ser equiparada a censura, a qual é explicitamente vedada pela CF.

Para chegar à conclusão de preferência pela proteção da personalidade humana, ele se valeu da “explícita contenção constitucional à liberdade de informação, fundada na inviolabilidade da vida privada, intimidade, honra, imagem e, de resto, nos valores da pessoa e da família [que a Carta de 1988 prevê em seus artigos] 220, § 1º, art. 221 e no § 3º do art. 222

¹⁰⁹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial: REsp 1.335.153-RJ (2011/0057428-0). Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, Julgado em 28/05/2013. p. 14. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=29411308&num_registro=201100574280&data=20130910&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 10 set. 2018.

¹¹⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4815. Rel. Ministra CARMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 10/06/2015, DJ 01/02/2016. p. 147. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>. Acesso em: 10 set. 2018.

[...]”.¹¹¹ E aponta que, além desses dispositivos, a Carta Republicana assumiu caráter antropocêntrico ao consagrar a dignidade da pessoa humana não apenas como um direito, mas como fundamento da República (art. 1º, inciso III, CF). Ou seja, em situações envolvendo tensão entre os mesmos direitos constitucionais, partindo-se do mesmo critério de solução, dois tribunais superiores chegaram a posições diametralmente opostas. Diante desse fato, percebe-se o problema gerado quando se adota a teoria de que direitos fundamentais colidem entre si e que o método mais adequado para dirimir o conflito é o balanceamento entre eles.

Entretanto, no que diz respeito ao Caso Aida Curi, particularmente, não foi essa a decisão acolhida pelo STJ, ou seja, o Tribunal não deu preferência para os direitos de personalidade neste julgamento. Um dos fatores cruciais para que o STJ tenha negado provimento ao REsp foi a historicidade da notícia. Embora os fatos não sejam mais contemporâneos, é inegável que o caso Aida Curi possui relevância histórica e evidente interesse público, mesmo transcorrido meio século desde o seu acontecimento. O assassinato, pela maneira como ocorreu, ganhou tamanha publicidade que continua sendo estudado nas universidades até hoje. Notícias ordinárias possuem, via de regra, uma função social informativa importante que se exaure após certo tempo. Em tais casos, depois que a notícia deixa de ter essa função, o direito ao esquecimento pode ser aplicável, caso o ressurgimento dos fatos acarrete danos desproporcionais ao autor e/ou à vítima, e os cidadãos não tenham mais nenhum direito a informação sobre esses fatos.

A imprensa, além de ter o dever de observar as esferas mais íntimas e invioláveis dos indivíduos, não pode se apoderar da história alheia por tempo indeterminado, fomentando o interesse *do* público sobre fatos que já não têm relevância ou interesse coletivo genuíno apenas para continuar gerando lucros para si. No mesmo sentido se posiciona o Ministro Salomão, ao afirmar, no voto, que após a “vida útil da informação, seu uso só pode ambicionar, ou um interesse histórico, ou uma pretensão subalterna, estigmatizante, tendente a perpetuar no tempo as misérias humanas.”¹¹²

¹¹¹SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial: REsp 1.335.153-RJ (2011/0057428-0). Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, Julgado em 28/05/2013. p. 20. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=29411308&num_registro=201100574280&data=20130910&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 10 set. 2018.

¹¹² SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial: REsp 1.335.153-RJ (2011/0057428-0). Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, Julgado em 28/05/2013. p. 35. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=29411308&num_registro=201100574280&data=20130910&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 10 set. 2018.

Em contrapartida, notícias que envolvem acontecimentos históricos e que se tornaram parte da memória nacional, mesmo que tenham ocorrido há muitos anos não deixam de ser relevantes para a comunidade, motivo pelo qual devem ser lembrados pelas futuras gerações. Em tais situações, há um direito à informação por parte de cada indivíduo que merece ser respeitado, independentemente da contemporaneidade dos fatos, de modo que o direito ao esquecimento não seria *adequado* ao caso. Importante ressaltar que mesmo nos casos envolvendo acontecimentos históricos, a liberdade de imprensa e o direito à informação não podem desconsiderar completamente os outros direitos fundamentais envolvidos, notadamente os de personalidade.

Esse entendimento foi, inclusive, adotado pelo Tribunal Constitucional Alemão no caso *Lebach*, em 1973. Na ocasião, um homem condenado pelo homicídio de vários soldados pleiteou tutela liminar para impedir a estreia de um documentário sobre o seu crime, que seria apresentado poucos dias antes da sua soltura, após o integral cumprimento da pena, sob a alegação de que a exibição do filme poderia prejudicar seriamente a sua ressocialização. A Corte concedeu o pleito sob o fundamento de que o programa iria, de fato, trazer danos desproporcionais ao autor, comprometendo a sua reinserção na sociedade, e de que não haveria legítimo interesse público na informação, devido ao transcurso de vários anos desde a data do ocorrido. Diante disso, o Tribunal condicionou a exibição do filme à ocultação da identidade do ex-condenado, considerando que seria possível retratar o caso sem que ele fosse identificado.¹¹³ A ementa do acórdão alemão foi, inclusive, trazida à colação pelo Ministro Luís Felipe Salomão, em seu voto no caso de Aida, cujo trecho a seguir é de especial interesse para este trabalho:

[...] Em face do noticiário atual sobre delitos graves, o interesse de informação da população merece em geral prevalência sobre o direito de personalidade do criminoso. Porém, deve ser observado, além do respeito à mais íntima e intangível área da vida, o princípio da proporcionalidade: Segundo este, a informação do nome, foto ou outra identificação do criminoso nem sempre é permitida. A proteção constitucional da personalidade, porém, não admite que a televisão se ocupe com a pessoa do criminoso e sua vida privada por tempo ilimitado e além da notícia atual, p.ex. na forma de um documentário. Um noticiário posterior será, de qualquer forma, inadmissível se ele tiver o condão, em face da informação atual, de provocar um prejuízo considerável novo ou

¹¹³ SARMENTO, Daniel. Liberdades comunicativas e “Direito ao esquecimento” na ordem constitucionalista brasileira. In: *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 7, p. 190-232, jan./mar. 2016. P. 219.

adicional à pessoa do criminoso, especialmente se ameaçar sua reintegração à sociedade (ressocialização).¹¹⁴

Diante de tais argumentos, o Ministro Salomão concluiu que, assim como os condenados que cumpriram pena, em princípio, fazem jus ao direito ao esquecimento, com muito mais razão também o fazem as vítimas e seus parentes, se assim quiserem, para não serem obrigados a reviver as dores de acontecimentos pretéritos. No entanto, do mesmo modo como o direito do ofensor depende de outros elementos – como a relevância histórica do fato – para ser aplicado ao caso, o direito das vítimas também está sujeito a este critério. Por conseguinte, o magistrado considerou que o direito ao esquecimento não alcançou os autores do Recurso, visto que seria impossível para a imprensa retratar o caso Aida Curi – evento que entrou para o domínio público – sem a sua vítima, não sendo, portanto, aplicável neste caso.

Por fim, afirmou que a partir da “indispensável ponderação de valores”, o reconhecimento do direito ao esquecimento com a consequente indenização seria uma restrição desproporcional à liberdade de imprensa, comparativamente ao desconforto provocado pela lembrança, pois, ao mesmo tempo em que o transcurso do tempo gera o direito ao esquecimento, ele também cuida de diminuir o sofrimento causado pela tragédia. Portanto, relembrar o assassinato de Aida Curi depois de mais de 50 anos não causaria aos seus irmãos o mesmo abalo de antes, segundo o Relator. Diante disso, reconheceu a existência do direito ao esquecimento no Brasil, mas entendeu não ser aplicável a esse caso. Por tais motivos, negou provimento ao Recurso Especial.

Os Ministros Antônio Carlos Ferreira e Raul Araújo acompanharam o voto do Relator. O Ministro Raul, em voto vogal, entendeu que os crimes rumorosos podem sempre ser lembrados, desde que se mantenham fiel à versão que predominou como a correta. Afirmou que os condenados desse crime é que poderão pleitear o direito ao esquecimento, e que lhe causava perplexidade que a vítima se sentisse incomodada com a divulgação dos fatos, porque a lembrança penalizaria mais uma vez os autores do crime.

Restaram como votos-vencidos a Ministra Maria Isabel Galotti e o Ministro Marco Buzzi. Eles consideraram que houve violação ao artigo 20 do Código Civil por parte da emissora Ré, que se utilizou da imagem da vítima e de seus familiares para fins comerciais sem

¹¹⁴ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial: REsp 1.335.153-RJ (2011/0057428-0). Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, Julgado em 28/05/2013. p. 30-31. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=29411308&num_registro=201100574280&data=20130910&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 10 set. 2018.

autorização dos envolvidos. Ao contrário do Ministro Relator, ambos entenderam que não havia interesse público na divulgação de crime ocorrido na década de cinquenta, não havendo, portanto, a atualidade necessária para que se considere o programa como jornalístico, com finalidade informativa. Para eles, o mero fato de o crime ter tido grande repercussão à época não justifica que ele seja trazido à tona 50 anos depois, com exploração da imagem de toda a família, mesmo contra a sua expressa vontade. Diante disso, deram provimento ao Recurso Especial interposto pelos irmãos Curi.

Como mencionado anteriormente, do acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro foi interposto, ainda, Recurso Extraordinário (RE 1.010.606) para o Supremo Tribunal Federal que, por maioria, entendeu se tratar de questão constitucional com repercussão geral, sob o Tema 786 – “Aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera civil quando for invocado pela própria vítima ou pelos seus familiares”. O processo está sob relatoria do Ministro Dias Toffoli, que convocou audiência pública realizada no dia 12 de junho de 2017, na qual foram ouvidos, no total, 16 expositores especialistas no tema.

Dentre os argumentos contrários ao direito ao esquecimento expostos na audiência, destacam-se as falas de alguns especialistas. Dentre eles, a de Gustavo Binenbojm, que falou pela Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão – ABERT. Ele se posicionou pela não existência do referido direito no Brasil, e expressou preocupação na suposta possibilidade que o instituto traz de se derrogar liberdades constitucionais de primazia *prima facie* – como a liberdade de expressão, de imprensa e o direito à informação – em prol de um alegado direito com contornos indefinidos, apenas por um desejo de alguém não de não ser lembrado por fatos embaraçosos ou desagradáveis de seu passado.¹¹⁵ Para ele, o acolhimento do direito ao esquecimento importaria em relativizar o caráter preferencial de tais liberdades por um direito abstrato, o que poderia ocasionar um regime de ampla discricionariedade por parte dos tribunais e do governo.¹¹⁶

¹¹⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 1.010.606. Rel. Ministro DIAS TOFOLLI, Tribunal Pleno. Audiência Pública: Direito ao esquecimento na esfera cível, 12 jun. 2017, p. 34. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/AUDINCIAPBLICASOBREODIREITOAESQUECIMENTO_Transeries.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2018.

¹¹⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 1.010.606. Rel. Ministro DIAS TOFOLLI, Tribunal Pleno. Audiência Pública: Direito ao esquecimento na esfera cível, 12 jun. 2017, p. 38. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/AUDINCIAPBLICASOBREODIREITOAESQUECIMENTO_Transeries.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2018.

O Prof. Marcel Leonardi, representando a Google Brasil Internet Ltda. assentou que o reconhecimento do direito ao esquecimento se revela completamente desnecessário, posto que o nosso ordenamento jurídico já fornece as ferramentas necessárias para solucionar casos de conflitos entre direitos fundamentais e realize a ponderação caso a caso.¹¹⁷ Ele também considerou que o direito ao esquecimento seria, em verdade, apenas uma outra denominação para a censura de informações lícitas e verídicas e que, da forma como se pretende ser aplicado, este direito seria apenas uma forma de driblar o processo de ponderação e estabelecer uma prevalência presumida da privacidade.¹¹⁸

Do exposto, concluímos que há dois grandes entraves para o reconhecimento do direito ao esquecimento no Brasil. O primeiro é o receio de que ele venha a se tornar uma forma de censura, uma ameaça à pesquisa histórica e um “direito de propriedade sobre acontecimentos pretéritos”¹¹⁹, permitindo que a memória pública de fatos históricos dependa de mero capricho da pessoa envolvida. E o segundo, é o temor de que, por ter um âmbito de proteção ainda vago no nosso ordenamento jurídico, o direito ao esquecimento infle o poder discricionário dos juízes, dando-lhes o arbítrio de definir quais fatos são de interesse público ou de relevância histórica, e quais devem pertencer apenas à memória particular do interessado.

Percebemos, então, que tais problemáticas estão relacionadas à técnica de decisão adotada quase que unanimemente pelas cortes brasileiras, que é a lei da ponderação de direitos fundamentais, defendida por Robert Alexy. Conforme expusemos em capítulo anterior, a lei da ponderação enseja, em última análise, a valoração de qual direito tem maior importância ou peso naquele caso concreto, valoração esta que é essencialmente subjetiva do juiz, como pudemos avaliar acima. A ponderação exige que quanto mais intensiva for uma intervenção em um direito fundamental, mais fortes devem ser as razões que a justifiquem. Na prática, ocorre que a prevalência será daquele direito que será mais afetado ou prejudicado segundo a opinião do julgador.

¹¹⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 1.010.606. Rel. Ministro DIAS TOFOLLI, Tribunal Pleno. Audiência Pública: Direito ao esquecimento na esfera cível, 12 jun. 2017, p. 118-119. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/AUDINCIAPBLICASOBREODIREITOAESQUECIMENTO_Transeries.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2018.

¹¹⁸ Audiência, p. 129.

¹¹⁹ SCHREIBER, Anderson. 12 jun. 2017, p. 110. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/AUDINCIAPBLICASOBREODIREITOAESQUECIMENTO_Transeries.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2018.

Contudo, conforme bem indagado pelo Sub-Procurador Geral da República, Odim Brandão, na audiência pública convocada no bojo do Recurso Extraordinário em questão, como dar prevalência a um ou outro direito fundamental se ambos ostentam o mesmo caráter hierárquico? À ocasião, o Ministro Relator do processo, Dias Toffoli, prontamente respondeu a reflexão com as seguintes palavras:

Se me permite, o Professor e sempre Ministro Eros Grau, quando em seus votos ou em alguns debates em julgamentos, se deparava com a ideia de conflito de princípios constitucionais, costumava até brincar: como que dois artigos vão se levantar, brigar num ringue até que um nocauteie o outro se ambos são da mesma estatura? Ele dizia que essa ideologia, essa teoria, na visão dele, não era possível.¹²⁰

Portanto, o reconhecimento do direito ao esquecimento no Brasil requer a adoção de uma teoria de decisão que não dê margem para juízos arbitrários que, como vimos, corresponde à teoria construtivista do direito como integridade de Ronald Dworkin. Assim, nenhum direito será *preferido* em relação a outro, apenas será adequado ou não ao caso concreto, e aquele que não o for, restará intacto no ordenamento jurídico em termos de validade.

No caso Aida Curi, embora o Superior Tribunal de Justiça tenha recorrido à ponderação de valores, com a qual discordamos, consideramos acertada a decisão final do STJ, consubstanciada no voto do Ministro Luis Felipe Salomão. Ou seja, apesar de reconhecer o direito ao esquecimento no ordenamento brasileiro, o STJ entendeu não ser este direito aplicável ao processo, pois os fatos exibidos no programa *Linha Direta-Justiça*, apesar de revolverem memórias dolorosas à família da vítima, não pertencem apenas aos autores da ação, uma vez que, ao se tornarem parte da historiografia policial do Brasil, passaram a ser de domínio público. Por isso, não haveria de se falar em direito à privacidade aqui, e nem, conseqüentemente, em direito ao esquecimento, pois este é uma manifestação daquele. No caso Aida, os direitos a serem aplicados, portanto, são os de liberdade de expressão, de imprensa, e de informação.

Do contrário, caso se tratasse de acontecimentos sem relevância histórica ou em torno dos quais não houvesse mais um legítimo interesse público, cuidando apenas de fatos pertencentes ao círculo da vida privada dos autores, o direito ao esquecimento seria aplicável.

¹²⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 1.010.606. Rel. Ministro DIAS TOFOLLI, Tribunal Pleno. Audiência Pública: Direito ao esquecimento na esfera cível, 12 jun. 2017, p. 205-206. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/AUDINCIAPUBLICASOBREODIREITOAOSQU ECIMENTO_Transcries.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2018.

Por isso, não seria possível equipará-lo a censura, uma vez que censura pressupõe impedir o acesso a informação sobre a qual se tem o direito de saber.

Com o caso Aida Curi, o STF terá a oportunidade de estabelecer a resposta correta para a tensão entre direitos de personalidade e direitos de liberdade que o direito ao esquecimento proporciona. Embora seja um caso que envolva programa de televisão, a decisão do Supremo dará as coordenadas para todas as demais cortes do país sobre o direito ao esquecimento, que inevitavelmente terá impactos também sobre outros meios de comunicação e também sobre a internet.

CONCLUSÃO

Como visto anteriormente, as recentes inovações tecnológicas – notadamente a internet – ocasionaram uma verdadeira revolução na humanidade em todos os aspectos possíveis. As pessoas estão interconectadas a nível global, desafiando as barreiras do tempo e espaço. Dentre tantos benefícios, a atual sociedade de superinformação também trouxe consigo inúmeras problemáticas. As informações, ainda que privadas, se tornaram novas *commodities*, estimulando as pessoas a irem cada vez mais a fundo na vida alheia. A tradicional divisão entre as esferas pública e privada já não se aplica mais, pois o espaço público tem sido cada vez mais inundado por questões privadas, seja por expropriação de terceiros, seja pela exposição voluntária da intimidade.¹²¹

Essa questão ganhou especial projeção na era digital, pois não só a quantidade de informações compartilhadas aumentou exponencialmente, como também a sua perpetuação no tempo e espaço. Dessa forma, se antes os fatos pretéritos se apagavam naturalmente da memória coletiva, com os meios de comunicação aliados à internet eles podem ficar expostos indefinidamente ao público, ou mesmo que permaneçam latentes durante um período, podem sempre ser ressurgir com um mero clique.

É justamente nesse contexto que o direito ao esquecimento, enquanto manifestação dos direitos fundamentais à privacidade e à intimidade, surgiu como uma nova demanda jurídica do cidadão na sociedade superinformacionista. A noção de direito ao esquecimento, embora não tenha contornos ainda bem definidos no ordenamento brasileiro, pode ser entendido como

[...] um direito a não ser perseguido pelos fatos do passado que já não mais refletem a identidade atual daquela pessoa. Trata-se, assim, essencialmente, de um direito contra uma recordação opressiva dos fatos pretéritos que projete o ser humano, na esfera pública, de forma equivocada, porque não atual, impedindo-o de ser reconhecido pelo público como quem realmente é.

Não se trata, portanto, de um direito a serviço do ocultamento ou da mentira, mas, sim, da verdade. Não se trata de um direito contra a história, mas de um

¹²¹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial: REsp 1.335.153-RJ (2011/0057428-0). Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, Julgado em 28/05/2013. p. 17. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=29411308&num_registro=201100574280&data=20130910&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 10 set. 2018.

direito a favor da história completa que não apresente o ser humano apenas por meio de um rótulo do passado, o qual não mais corresponde à realidade.¹²²

Conforme pudemos analisar, o direito ao esquecimento sempre estará inserido em uma situação de tensão entre direitos de personalidade – à privacidade, intimidade, imagem e honra -, de um lado, e as liberdades de expressão, de informação e de imprensa, de outro. Neste ponto, verifica-se que no Brasil e em diversas jurisdições é quase que unânime a adoção do método da ponderação de Alexy como técnica de solução de problemas envolvendo direitos fundamentais, a qual tem, como pressuposto, a ideia de que tais direitos colidem entre si nos casos concretos.

O presente trabalho mostrou, entretanto, que as principais objeções levantadas contra o reconhecimento do direito ao esquecimento no Brasil têm a ver com a desconfiança de que o Judiciário terá ampla discricionariedade para definir o que é ou não de interesse público ou de importância histórica para a sociedade, o que transformaria o direito ao esquecimento num verdadeiro instrumento de censura contra as liberdades informativas. Entretanto, este problema da discricionariedade é uma deficiência da Justiça brasileira que não pode ser transferida para o jurisdicionado. É absurda a ideia de negar ao cidadão um direito legítimo, sob a justificativa de que tal direito abriria margem para decisões judiciais discricionárias, e é inconcebível que o sujeito tenha que ser penalizado por uma falha do sistema judicial.

A abertura interpretativa do método de balanceamento de direitos possibilita que juízes se valham de argumentos de política para solucionar casos controversos, os quais, pela visão de Dworkin, devem ser deixados para uso do Poder Legislativo. Assim, pelo método da ponderação, os julgadores podem decidir que uma informação privada seja publicada porque trará maiores benefícios à comunidade, ou porque a curiosidade pública sobre determinado fato prevalece sobre o direito à intimidade do seu titular, e não porque os cidadãos possuíam, de fato, um direito moral àquela informação. É nesse sentido que o método proposto por Alexy eleva as chances de haver uma maior discricionariedade na solução de casos constitucionais difíceis.

Por isso, o direito ao esquecimento requer a adoção do marco teórico dworkiniano do direito como integridade, porque nele, a atividade interpretativa do juiz não comporta brechas

¹²² SCHREIBER, Anderson. 12 jun. 2017, p. 108. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/AUDINCIAPUBLICASOBREODIREITOAOSQUECIMENTO_Transcries.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2018.

para subjetivismos, uma vez que a decisão para casos controversos admite apenas uma resposta correta, a qual é guiada pela leitura do direito à sua melhor luz. Adotando-se essa perspectiva para o ordenamento jurídico brasileiro, percebe-se que é impossível estabelecer qualquer tipo de prevalência *prima facie* de um direito fundamental sobre outro. Ao passo que os direitos de liberdade são alicerces de qualquer Estado democrático de Direito, inclusive do Brasil, a proteção da pessoa humana se posiciona como verdadeiro fundamento da República. Não há, portanto, como se estabelecer, *ex ante*, uma hierarquia entre direitos fundamentais, mesmo porque todos eles possuem igual estatura constitucional, e não é isso que o direito ao esquecimento reivindica.

Diante dessas considerações, verifica-se que a comunidade política de princípios brasileira – que garante tanto a proteção do direito de se expressar e de obter informações, quanto a inviolabilidade da vida privada - estabelece, como limite às liberdades de expressão e de imprensa, a observância dos direitos de personalidade de terceiros. Frente ao novo cenário trazido pela sociedade de superinformação, o Direito deve se posicionar a fim de fornecer instrumentos jurídicos adequados para tutelar os direitos fundamentais diante dessas novas problemáticas sociais. Assim, o recentemente chamado direito ao esquecimento se revela como um possível instrumento de proteção da dignidade da pessoa humana, dos direitos de personalidade, e do direito à autodeterminação informativa do cidadão. Sua aplicação, entretanto, deve ser feita pelos juízes à luz do direito como integridade, para que não seja deturpado em censura, ou na extinção de informações de relevante interesse público ou de acontecimentos históricos significativos para a memória nacional, por meio de julgamentos arbitrários.

Assim, à luz da teoria da decisão construtivista de Dworkin, o direito ao esquecimento será aplicável ao caso concreto quando for adequado, ou seja, naqueles que não envolverem fatos de genuíno interesse coletivo ou não fizerem parte da historiografia nacional, e somente após transcorrido tempo suficiente para que a notícia veiculada já não tenha mais função informativa. Com isso, as questões envolvendo o direito ao esquecimento devem ser julgadas com base em argumentos de princípio, e não em argumentos de política. Não se pode fazer prevalecer a liberdade de expressão e de informação em detrimento dos direitos de personalidade apenas porque beneficiaria um número maior de pessoas, promovendo maior bem-estar coletivo.

Se concebido dessa forma, o direito ao esquecimento jamais poderá ser equiparado à censura, visto que se nos casos em que ele for aplicado, não haverá qualquer direito à informação por parte da população sobre aquele determinado evento. Tal leitura permite que o tempo faça sentido na existência humana e que a seletividade da memória exerça o seu papel de estabilizadora do passado, abrindo caminhos para possíveis recomeços.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Conceito e validade do Direito*. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

_____. *Constitucionalismo Discursivo*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. *Derechos sociales y ponderación*. 2. ed. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

_____. *Teoria dos Direito Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BAGHAI, Katayoun. Privacy as a Human Right: a Sociological Theory. In: *Sociology*, v. 46(5), 2012. p. 951-965. Disponível em: <<http://soc.sagepub.com/content/46/5/951>>. Acesso em: 28 out. 2018.

BALKIN, Jack M. How Rights Chance : Freedom of Speech in the Digital Era. *Sydney Law Review*. Vol. 26/2004, jul. 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. Intimidade e pessoas notórias. Liberdades de expressão e de informação e biografias. Conflito entre Direitos Fundamentais. Ponderação, caso concreto e acesso à justiça. Tutelas específica e indenizatória. In: *DPU*, n. 55, jan./fev. 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 15 out. 2018.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 15 out. 2018.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 13 out. 1941. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 15 de out. 2018.

BRASIL. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 13 jul. 1984. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 16 out. 2018.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 12 set. 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em: 16 out. 2018.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 16 out. 2018.

BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 24 abr. 2014. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm> Acesso em: 15 out. 2018.

BRASIL. Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). *Diário Oficial da União*, Brasília, 15 ago. 2018. Disponível em: < <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoSigen.action?norma=27457334&id=27457354&idBinario=27457731&mime=application/rtf>>. Acesso em: 16 out. 2018.

DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law*. New York: Oxford University Press, 2005.

_____. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

_____. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

_____. *Uma questão de princípio*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FACEBOOK CHEGA A 2,13 bilhões de usuários em todo o mundo. *Estadão online*. 31 jan. 2018. Disponível em: <<https://link.estadao.com.br/noticias/empresas,facebook-chega-a-2-13-bilhoes-de-usuarios-em-todo-o-mundo,70002173062>>. Acesso em: 29 set. 2018.

KANT, Immanuel. *Fundamentos da Metafísica dos Costumes*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. 1. ed. São Paulo: Editora 34, 1999.

MAURMO, Júlia P. Gomes; OLIVEIRA, Mário H. C. Prado de. Biografias não autorizadas: um embate entre a liberdade de expressão e a privacidade. *Revista de Direito Privado*, v. 60/2014, out./2014.

MERCADO DE INFLUENCIADORES digitais movimenta US\$ 4 bilhões em 2017, e casal cearense aposta em fotografia de grifes pelo mundo. *Exame online*. 1 out. 2018. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/negocios/dino/mercado-de-influenciadores-digitais-movimenta-us-4-bilhoes-em-2017-e-casal-cearense-aposta-em-fotografia-de-grifes-pelo-mundo/>. Acesso em 28 out. 2018.

NUMBER OF MOBILE subscribers worldwide hits 5 billion. *GSMA Press Release*. 13 jun. 2017. Disponível em: <https://www.gsma.com/newsroom/press-release/number-mobile-subscribers-worldwide-hits-5-billion/> Acesso em: 2 out. 2018.

PENNA, Bernardo Schmidt; PEIXOTO, Juliane E. Loureiro. A Sociedade Superinformacionista e o Direito ao Esquecimento: a proteção da memória individual na internet e o aparente conflito com o direito à informação e à liberdade de expressão. *Revista dos Tribunais*, v. 981, p. 95-118, jul. 2017.

ROCHA, Luís Fernando Ximenes. A dignidade humana como fundamento do Estado brasileiro. In: LINHARES, Emanuel Andrade; SEGUNDO, Hugo de Brito Machado; NETO, Alcimor Rocha... [et al.] (Orgs.). *Democracia e Direitos fundamentais: uma homenagem aos 90 anos do Professor Paulo Bonavides*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang; NETO, Arthur M. Ferreira. *O Direito ao “esquecimento” na sociedade da informação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

SARMENTO, Daniel. Liberdades comunicativas e “Direito ao esquecimento” na ordem constitucionalista brasileira. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 7, p. 190-232, jan./mar. 2016.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial: REsp 1.335.153-RJ (2011/0057428-0). Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, Julgado em 28/05/2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=29411308&num_registro=201100574280&data=20130910&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 10 set. 2018.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial: REsp 1.316.921/RJ. Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma. Julgado em: 26/06/2012. DJe: 29/06/2012. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22026857/recurso-especial-resp-1316921-rj-2011-0307909-6-stj?ref=juris-tabs>. Acesso em: 19 nov. 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4815. Rel. Ministra CARMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 10/06/2015, DJ 01/02/2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>. Acesso em: 10 set. 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 1.010.606. Rel. Ministro DIAS TOFOLLI, Tribunal Pleno. Audiência Pública: Direito ao esquecimento na esfera cível, 12 jun. 2017. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/AUDINCIAPUBLICASOBREODIREITOAOESQUECIMENTO_Transcries.pdf. Acesso em: 12 nov. 2018.

TEIXEIRA, Raphael L. C. Janny. A liberdade de expressão e o direito ao esquecimento na internet. *Revista da ABPI*, n. 137, p. 54-60, jul./ago. 2015.