



FÁBIO VINÍCIUS MAIA TRIGUEIRO

DIREITO AO ESQUECIMENTO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Dissertação em Ciências Jurídico-Políticas - Menção em Direito Constitucional

2016



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



• C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

FÁBIO VINÍCIUS MAIA TRIGUEIRO

DIREITO AO ESQUECIMENTO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

RIGH TO BE FORGOTTEN IN THE INFORMATION SOCIETY

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de
Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na
Área de especialização em Ciências Jurídico-
Políticas/Menção em Direito Constitucional.
Orientadora: Professora Doutora Suzana Maria Calvo
Loureiro Tavares da Silva

COIMBRA

2016

RESUMO

Este trabalho é dedicado ao estudo do direito ao esquecimento na sociedade da informação, que, sobretudo em razão da internet, trouxe novos desafios à proteção dos direitos da personalidade frente aos modos qualificados de exercício da liberdade de expressão em todas as suas facetas. Partindo dos clássicos modos de proteção característicos do direito ao esquecimento, que irrompe ligado ao direito à ressocialização de criminosos, é demonstrado que a pretensão de ser esquecido passou a ocupar diversos outros espaços da vida civil e a interessar a todas as pessoas incluídas na sociedade da informação, passando a associar-se a diversos direitos da personalidade. Por meio de pesquisa bibliográfica, análise da legislação europeia e também de Portugal e do Brasil, assim como por via do estudo de casos, considerando sempre a natural colisão com as liberdades de expressão, que conformam o conteúdo do direito ao esquecimento, foram aquilatados essencialmente os modos de exercício, o âmbito de proteção, a natureza jurídica e o conteúdo desse direito no tempo e nos contextos em que foi equacionado. Em resposta às diversas complexidades encontradas nesse caminho, foi concluído pela viabilidade de proteção de um direito ao esquecimento, desde que considerados os muitos elementos do caso concreto, que são os indícios e evidências que revelam os pesos dos direitos fundamentais em colisão.

PALAVRAS-CHAVE: DIREITO AO ESQUECIMENTO – SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO – COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – DIREITOS DA PERSONALIDADE – LIBERDADE DE EXPRESSÃO

ABSTRACT

This work aims to study the right to be forgotten in the information society, which, mainly because of the Internet, has brought new challenges to the protection of personality rights against the qualified forms of freedom of speech in all its faces. Based on the classic modes of protection of the right to be forgotten, related to the offender's right to resocialization, it is shown that the claim of being forgotten began to occupy many other areas of civil life and also that it became an interest of all people included in the information society, associated to various rights of personality. From a bibliographical research of EU's law and also of Portugal's and Brazil's laws, as well as through the case studies, always considering the natural collision with the freedom of speech, that form the content of the right to be forgotten, it is evaluated here essentially exercise modes, the scope of protection, the legal nature and the content of this right at the time and the contexts in which it was solved. In response to the various complexities found in this way, it was concluded by the feasibility of the right to be forgotten's protection, as long as one considers the elements of the case, that reveal the weights of fundamental rights in collision.

KEY WORDS: RIGHT TO BE FORGOTTEN – INFORMATION SOCIETY – COLLISION OF FUNDAMENTAL RIGHTS – PERSONALITY RIGHTS – FREEDOM OF SPEECH

SIGLAS E ABREVIATURAS:

Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI)

Agravo em Recurso Especial (AREsp)

Agravo em Recurso Extraordinário (ARE ou ARExt)

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)

Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE)

Código Civil Português (CCP)

Código Civil Brasileiro (CCB)

Código de Defesa do Consumidor (CDC)

Código de Processo Penal (CPP)

Combinado com (c/c)

Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNDP)

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB)

Constituição da República Portuguesa (CRP)

Convenção Europeia para Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (CEDH)

Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH)

Estados Unidos da América (EUA)

Ministro(a) (Min.)

Reclamação Constitucional (Rcl)

Recurso Especial (REsp)

Recurso Extraordinário (RE ou REExt)

Relator ou Relatoria (Rel.)

Sociedade da Informação (SI)

Superior Tribunal de Justiça do Brasil (STJ)

Supremo Tribunal Federal do Brasil (STF)

Tecnologia de Informação e Comunicação (TIC)

Tribunal Constitucional de Portugal (TCP)

Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH)

Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE)

ÍNDICE

I – Introdução.....	5
II – Âmbito de Proteção e Natureza Jurídica do Direito ao Esquecimento.....	8
1. Modos de Exercício do Direito ao Esquecimento.....	10
2. Natureza Jurídica do Direito ao Esquecimento.....	15
2.1. Dos Direitos da Personalidade Comumente Associados ao Direito ao Esquecimento	16
2.1.1. Intimidade da Vida Privada.....	16
2.1.2. Identidade Pessoal.....	21
2.1.3. Honra e Figuras Afins.....	22
2.1.4. Conclusões Parciais.....	28
2.2. Do Direito ao Esquecimento.....	29
III – Das Informações Originadas na Internet e a Possibilidade de Limitação Voluntária de Direitos da Personalidade.....	35
IV – Amparo Legislativo no Direito Europeu, em Portugal e no Brasil.....	41
1. Legislação Comunitária Europeia.....	42
2. Legislação Portuguesa.....	51
3. Legislação Brasileira.....	54
V – Da Colisão com a Liberdade de Expressão e seu Equacionamento.....	57
1. Liberdade de Expressão.....	60
2. Método da Proporcionalidade.....	67
3. Do Estudo de Casos e da Ponderação da Colisão em Concreto.....	85
VI – Conclusão.....	96

I – INTRODUÇÃO

Inaugurando um novo estágio na evolução da vida social, a Sociedade da Informação (SI) trouxe profundas transformações econômicas, sociais e políticas. O seu irromper é atribuído principalmente à 4ª revolução da informação, marcada pelo processo de digitalização ou informatização permitido pelas novas Tecnologias de Informação e Comunicação (TICs), que, em convergência com os *médias*, acelerou o processo de globalização e levou a sociedade a viver em rede.

Convergem os autores quando afirmam que informação, conhecimento e novas TICs são os elementos mais presentes na SI; o que mantém, por isso, no núcleo desse paradigma social, os processos de aquisição, armazenamento, processamento e difusão da informação, presentes em âmbitos os mais diversos da sociedade, desde a família até os processos de produção industrial e criação de novos mercados. Na SI todos podem recolher, tratar e difundir a informação, bem como interagir em tempo real com quem o faz, inclusive com os grandes meios de comunicação de massas. Também os termos inovação e novidade, por consequência, são palavras-chave da sociedade da informação, visto que o imenso fluxo de informações gerado diariamente em nossa sociedade transforma tudo em coisas ultrapassadas muito mais rapidamente que antes.

Ademais, todas essas características que determinam a nova sociedade são consubstanciadas na internet¹, tendo ela viabilizado que as nações incluídas na sociedade da informação passassem a *viver em rede*. A internet, grande invenção humana cuja criação e liberalização são marcos históricos da SI, tem tamanha importância e magnitude que é também denominada *galáxia da internet* ou *ciberespaço*.

Desde a sua abertura como meio de comunicação universal e gratuito, o número de internautas aumenta exponencialmente ano a ano. Para ilustrar sua grandeza e seu crescimento, as estatísticas indicam que no ano de 2000 cerca de 361 milhões de pessoas já a utilizavam e em 2014 o número de usuários superou o montante de três mil milhões, ultrapassando 3,3 mil milhões no ano 2015 (crescimento de 832,5% nesse interstício,

¹ Convenciona-se desde já que a designação “internet” neste trabalho faz menção também ao *world wide web* (WWW), igualmente podendo ser designado como *web*, no sentido de rede mundial aberta de computadores que se comunicam em tempo real via compartilhamento multimídia.

atingindo 46,4% da população mundial)². Esse aumento substancial do interesse em todo o mundo pelo uso da internet foi essencial para o processo de globalização, que encontrou nela um meio de transporte rápido e eficiente. Assim, a internet também contribuiu para a formação do denominado *direito em rede*.³

Ademais, mesmo com a informação crescendo 200 vezes mais rápida que a população (MOREIRA, 2007: 598), seus motores de busca tornam fácil o controle desse grande fluxo de conteúdos e viabilizam a localização em fração de segundos de tudo o que existe na grande rede.

Em consequência direta desses fatores característicos da SI e das mudanças sociais por ela ocasionadas, foram potencializadas a espionagem e a devassa da vida privada. Os novos e cada vez mais avançados dispositivos encontrados no mercado, a cultura de *viver em rede*, a captação de dados na internet e até a inclusão voluntária de informações pessoais na *web* pelos próprios titulares expõem a privacidade dos indivíduos e dificulta sua proteção. As informações incluídas diariamente na internet por qualquer meio e com qualquer finalidade são nela armazenadas eternamente e podem ser recuperadas a qualquer tempo. Além disso, o combate ao crime e ao terrorismo exige o constante monitoramento social e também contribui para a colocação em xeque da proteção da privacidade dos indivíduos, mesmo daqueles mais pacíficos.

Inserido nesse contexto, comumente originador de colisões entre direitos fundamentais, o Direito ao Esquecimento apresenta-se como um poder ou faculdade conferido ao indivíduo para objetar a comunicação de um fato pretérito ou realidade desatualizada que lhe diga respeito e que ele queira ver esquecido; e ainda, para apagar ou retificar registros desse passado.

Trata-se de um direito a ser esquecido, pelo menos em relação a alguns aspectos ou perspectivas da vida progressiva do titular. Nessa esteira, a primeira questão que se coloca a

² Dados estatísticos sobre o uso da internet coletados do *World Internet Stats* (disponível em: <<<http://www.internetworldstats.com/stats.htm>>>).

³ A Doutora Suzana Tavares da Silva utiliza a expressão “direito em rede” para indicar a tendência cosmopolita dos direitos fundamentais no contexto atual, em decorrência do avultar dos tratados, convenções e declarações de direitos humanos, da atuação cada vez mais reforçada de entidades internacionais e da globalização econômica. Esses fatores alçaram ao cenário global o debate sobre os direitos humanos e o papel do Estado em relação a eles, deixando de dizer respeito apenas ao Estado e seu constitucionalismo nacional (TAVARES DA SILVA, 2014: 137).

respeito desse direito é verificar a necessidade de ser-lhe dado tratamento autonomizado, isto é, se há elementos em sua natureza, estrutura e conteúdo que justifiquem um tratamento como nova espécie de direito da personalidade; ou se todas as suas características já coincidem com os atributos de outros direitos mais densos já consagrados (o que faria daquele uma dimensão destes).

Por outro lado, o exercício do direito ao esquecimento colide com o das liberdades de expressão, informação e imprensa, que constituem um bloco de direitos fundamentais cujo exercício foi impulsionado pela internet e que possui dimensões objetivas particularmente importantes, ligadas ao bom funcionamento da democracia e à satisfação de interesses públicos legítimos; assim como, também relevantes perspectivas subjetivas, que se referem a direitos fundamentais dos indivíduos.

Nessa esteira, críticos ao controle da história refutam o reconhecimento do direito ao esquecimento, sob o argumento de que não se pode alterar ou apagar o passado, apontando diversos perigos decorrentes de tais pretensões⁴. São essas as complexidades relacionadas ao processo de reconhecimento e concretização desse direito, cujo equacionamento não é tão recente.

Em sede jurisprudencial, há precedentes do Tribunal Constitucional Alemão que remontam aos anos 70, entre outros, nos quais o direito a ser esquecido é tradicionalmente ligado à ressocialização de criminosos. Também existem arestos em diversas outras partes do globo, como na Itália (cuja nomenclatura adotada é semelhante, sendo chamado *diritto all'oblio*); e também no Brasil, onde dois casos paradigmas foram julgados pelo Superior Tribunal de Justiça (ambos em 2013) e de lá alcançaram o Supremo Tribunal Federal e aguardam julgamento.

Na Espanha, a dogmática adotou mesma denominação (*derecho al olvido*) e autores colocam as instituições espanholas em posição de destaque no tocante à tutela desse direito. Também em França o direito ao esquecimento repercute, onde igualmente é conhecido como *le droit à l'oubli*.

⁴ Dentre os argumentos contrários ao direito ao esquecimento, além das restrições e dos riscos oferecidos às liberdades de expressão, é apontado o perigo de conferir-se uma prerrogativa capaz de alterar a história por meio da ocultação de verdades ocorridas em seu curso e cujo exercício baseia-se na conveniência do titular (ÁLVAREZ CARO, 2015: 79-80).

Por outro lado, dentre todos, maior repercussão obteve o caso *Google Spain vs. Mario Costeja González*, julgado em 2014, pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, o qual difundiu a discussão acerca do reconhecimento do direito ao esquecimento na Europa e para além dela, intensificando o interesse doutrinário, legislativo e jurisprudencial em discutir essa problemática, tendo o precedente europeu tratado dessa colisão especialmente sob uma perspectiva civil e no âmbito da sociedade da informação, que trouxe novos desafios à proteção dos direitos da personalidade.

Portanto, determinar o conteúdo e a natureza do direito ao esquecimento, bem como analisar e discutir as complexidades e possibilidades de sua proteção são os problemas sobre os quais nos propusemos a investigar e a avançar na formulação de respostas, a partir da revisão bibliográfica, da análise de legislação e do estudo de casos, que nos forneceram indispensáveis contributos no curso da pesquisa.

II – ÂMBITO DE PROTEÇÃO E NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

Necessário à compreensão do direito ao esquecimento é determinar previamente os domínios protegidos por ele e a sua natureza jurídica, o que permitirá equacionar a tensão gerada com a liberdade de expressão e seus corolários. Vencer tal dificuldade inicial passa necessariamente pela resposta ao seguinte questionamento: o direito ao esquecimento é um novo e distinto direito da personalidade humana ou corresponde a uma faceta de direitos já conhecido, cujo conteúdo é mais denso e o contém?

Autores da primeira alternativa autonomizam o tratamento do direito ao esquecimento como sendo espécie de uma nova geração de direitos, típica da sociedade da informação e do uso generalizado da internet, uma face do direito à autodeterminação informacional, cujas prerrogativas são, exemplificativamente, as de oposição a um tratamento de dados, de ser informado sobre a finalidade do tratamento, de bloqueio do acesso a terceiro, de retificação ou apagamento dos respectivos dados pessoais, entre outros poderes decorrentes da revolução digital (SORIANO GARCÍA, 2012: 208; SILVEIRA, 2007: 202-214; RODRIGUES JÚNIOR, 2014).

Aparentemente nesse sentido, a Constituição da República Portuguesa (CRP), em seu art. 35º – logo em dispositivo diverso do que é dedicado à proteção de outros direitos da

personalidade, mormente previstos no art. 26º –, prevê os direitos de utilização da informática, sendo conferido ao usuário direito de acesso a seus dados informatizados, de conhecimento da finalidade com que são tratados e de reserva dos dados pessoais sensíveis, entre outras prerrogativas lá elencadas. Para alguns, essa é uma prova da autonomia do direito à proteção dos dados pessoais em relação, por exemplo, ao direito à intimidade da vida privada (SILVEIRA, 2007: 204)⁵

Há também posição defendendo a autonomia de tratamento do direito ao esquecimento sob o fundamento de existirem características próprias que o distinguiria dos demais direitos da personalidade, porquanto o direito ao esquecimento visa ao desaparecimento permanente de uma informação passada nem sempre ligada à vida privada do indivíduo, o que lhe habilitaria a ser tratado como um direito autônomo, merecedor de tratamento distinto (LETTERON, 1996: 407, 413)⁶.

Por outro lado, há bem defendida posição doutrinária que afirma ser o direito ao esquecimento uma perspectiva bem definida de outros direitos da personalidade já consagradas, sobretudo os direitos à intimidade da vida privada, à identidade pessoal e à honra.

Nessa esteira, para vencer esse primeiro desafio, faz-se necessário identificar os modos de exercício e os domínios protegidos pelo direito ao esquecimento consoante foram reconhecidos nos casos mais paradigmáticos, porquanto o direito a ser esquecido é um direito de criação pretoriana, dependendo em muito, até hoje, de ativações judiciais para ser exercido por seus pretensos titulares. Em seguida, deve-se verificar se seu âmbito protegido enquadra-se ou não no suporte fático de outros direitos fundamentais há muito consagrados e delineados pela dogmática. Até porque, como sugere Dworkin (2010: 64-65), a melhor maneira de demonstrar um princípio do direito e atribuir-lhe peso é apresentar seus *apoios*

⁵ Para o então Presidente da Comissão Nacional de Proteção de Dados (portuguesa), Luís Novais Lingnau da Silveira (2007: 209-214), o direito à proteção dos dados pessoais seria um gênero (direito-quadro) do qual decorria diversos outros, a exemplo do direito de acesso, livre disponibilidade, retificação, apagamento, bloqueio, proibição de acesso por terceiros, oposição ao tratamento, assim como ao esquecimento.

⁶ Para a autora francesa, o tratamento não autonomizado do direito ao esquecimento é inclusive um risco a sua existência, sobretudo em virtude de sua absorção por outro direito (nomeadamente a intimidade da vida privada), com o que não concordamos. A autora defende ainda que o direito ao esquecimento deve ter reconhecimento expresso no ordenamento positivo, deixando de ser apenas uma criação jurisprudencial (LETTERON, 1996: 423).

institucionais, isto é, buscar precedentes judiciais e previsões legais que o reconheça e fundamente⁷.

1. Modos de Exercício do Direito ao Esquecimento

Apesar da existência de bibliografias dedicadas ao estudo do direito ao esquecimento, é irrefutável a forte construção judicial ou pretoriana por que passou e passa esse direito, pelo menos no que tange a seus reflexos no direito civil (LETTERON, 1996: 411)⁸. Por conseguinte, consoante assevera o Doutor Filipe Cruz de Albuquerque Matos (2011: 199), direitos cuja construção foi influenciada pela atividade jurisprudencial caracterizam-se pela fluidez e até indeterminação de seus contornos, sendo comum a existência de divergências nesse campo e necessário aguardar o transcurso do tempo para que se consolidem seus elementos determinantes.

Logo, o processo de formação desse direito ainda acontece, não se tendo estabilizado suas variantes; em razão de que, objetiva-se nesta oportunidade contribuir de algum modo para esse processo ainda inacabado. Como veremos nos capítulos seguintes, muitos são os questionamentos que ainda seguem sem resposta, mesmo já existindo uma quantidade substancial de precedentes judiciais e discussões doutrinárias a respeito do tema.

Nessa esteira, mediante pesquisa dogmática, de jurisprudências nacionais e de precedentes do direito comunitário europeu, observamos que, acerca do direito ao esquecimento, destacam-se os seguintes modos de exercício: a prerrogativa de inibir a

⁷ Não estar a se falar que o apoio institucional indicado como método de apresentar e conhecer o direito em estudo é um meio de identificação de normas jurídicas, porquanto isso iria de encontro ao próprio autor citado, Ronald Dworkin, que dedica obra a contestar a existência das chamadas *regra de reconhecimento* de Hart, que seriam capazes de testar objetivamente o *pedigree* das normas jurídicas, distinguindo-as de plano das normas morais e políticas. O que se pretende aqui ao optar por estudar o direito ao esquecimento a partir dos modos como foi reconhecido em precedentes paradigmas (e também nas legislações comunitária europeia e nacionais portuguesa e brasileira, como veremos à frente), é conhecer seu conteúdo e o peso de sua fundamentação, o que é indicado como útil pelo ilustre autor (DWORKIN, 2010: 64-65, 95-96, 106-108).

⁸ A título exemplificativo, o Doutor Otávio Rodrigues Júnior (2013 e 2014), em diversos estudos feitos a respeito do direito ao esquecimento, além de fundamentar seu conteúdo nos precedentes alemães, aguardou o julgamento do conhecido caso europeu *Google Spain vs. Mario Costeja González* para só então declarar uma tendência europeia ao reconhecimento desse direito, modificando inclusive sua posição outrora declarada a respeito do tema, segundo a qual a proteção do direito a ser esquecido se limitaria a casuísmos. Além disso, no curso deste trabalho, é possível observar que muitos trabalhos escritos a respeito dessa temática são eminentemente estudos de casos, embora haja muito conteúdo dogmático a respeito da temática. Nessa esteira, em seguida e por todo o trabalho teremos a oportunidade de descrever casos paradigmáticos que contribuam em muito para a afirmação do direito ao esquecimento.

divulgação de fatos mal avaliados, em cujos o titular teve participação (inclusive passivamente ou na condição de vítima); o poder de exigir a observância de uma visão prospectiva a respeito da sua identidade pessoal; e ainda, determinar a retificação ou o apagamento de informações constantes dos assentos e bancos de dados em geral de instituições públicas e privadas.

Sem dúvidas, o modo de exercício que tradicionalmente marca esse direito é aquele pelo qual seu titular pretende impedir que fatos de seu passado sejam divulgados no presente, tendo em vista serem prejudiciais ao livre desenvolvimento de sua personalidade e terem a potencialidade de produzir-lhe danos. É nesse domínio que o direito ao esquecimento é originariamente reportado, historicamente relacionado com a reabilitação de pessoas que se envolveram em atos criminosos no passado ou que foram judicialmente condenadas (RODRIGUES JÚNIOR, 2013).

Nesse sentido, em busca das primeiras manifestações do direito a ser esquecido, a dogmática remete a precedentes clássicos do Tribunal Constitucional Alemão, especialmente aos casos *Lebach I*, *Irniger* e *Lebach II*⁹, que discutiram aquela vertente primeira desse direito, ligada classicamente à ressocialização de apenados que já cumpriram ou que estão em vias de cumprir suas penas.

⁹ BverfGE 35, 202 – *Lebach I*, julgado em 05/06/1973: um partícipe do assassinio de quatro militares alemães (fato ocorrido em 1969) tentou judicialmente impedir a exibição de uma reportagem que seria exibida quatro anos depois por um canal de televisão, a qual retratava também o crime que ele ajudara a cometer. O autor da ação foi condenado a seis anos de prisão e o programa televisivo seria exibido no dia da sua soltura (por progressão do regime de cumprimento da pena). Ponderando o enfraquecimento da liberdade de informação em virtude da ausência de contemporaneidade entre a data do acontecimento do fato e o de sua divulgação, bem como o fato de o momento em que seria publicado atrapalharia a ressocialização do apenado, o Tribunal Constitucional alemão reconheceu o direito a ser esquecido naquele caso.

BGE 109 II 353 – *Paul Irniger*, julgado em 09/06/1983: o filho de um criminoso condenado à pena de morte e guilhotinado em 25/08/1939, opôs-se à divulgação décadas depois de tal fato por uma empresa de radiodifusão, que o faria por meio de um documentário. O tribunal entendeu ter direito o filho do criminoso a ver esse fato esquecido, porquanto sobre ele não há mais interesse público em sua divulgação (embora tenha havido no passado, ao tempo do acontecimento), de modo que sua publicação décadas depois ofende a privacidade tanto do criminoso ressocializado quanto de seus parentes. O documentário foi impedido de ser exibido. Observa-se que o direito ao esquecimento foi tratado como repercussão do direito à privacidade.

BvR 348/98 (*Lebach II*), julgado em 25/11/1999: trata-se de uma revisitação do caso *Lebach I*, porém após o transcurso de ainda mais tempo entre a data da ocorrência do crime (1969) e a data da nova divulgação (1996). Um dos envolvidos no crime requereu a declaração do direito ao esquecimento e indenização por danos morais fundado em argumentos semelhantes aos que foram utilizados na primeira versão do caso. Porém, o Tribunal Constitucional alemão, ponderados os elementos do caso concreto, concluiu que não havia mais perigo à ressocialização do apenado e não havia razões que justificassem a indenização requerida, entendendo prevalecer naquele caso a liberdade de expressão. Salienta-se que tal conclusão não significou a negativa do direito ao esquecimento em si, mas que no caso específico ele não preponderou em relação aos demais direitos e interesses colidentes.

O mesmo se passa no âmbito judicial, tendo sido verificado em precedentes mais recentes de tribunais nacionais que foram colhidos contributos das razões de decidir daqueles casos alemães, a exemplo do que fez o Superior Tribunal de Justiça do Brasil (STJ) nos casos que ficaram conhecidos como o da *Chacina da Candelária*¹⁰ e *Aida Curi*¹¹. Esses casos alcançaram o Supremo Tribunal Federal do Brasil (STF) e aguardam o julgamento da corte constitucional brasileira¹².

¹⁰ STJ, julgado em 28/05/2013, Resp. 1334097/RJ: discutiu o direito de um dos indiciados como coautor/partícipe do homicídio de oito sem-teto na cidade do Rio de Janeiro, ocorrido no dia 23/07/1993, a impedir que aquele fato fosse divulgado em programa televisivo 13 anos após a data de sua ocorrência (em 2006). O respectivo indiciado foi absolvido por unanimidade do conselho de sentença do tribunal de júri que o julgou, e o programa, apesar de tê-lo retratado como indiciado pela prática do crime, informou sua absolvição por negativa de autoria, mantendo-se fiel à verdade. Ainda assim, o indiciado alegou que a rememoração daquele fato lhe expôs ao ódio social desnecessariamente e pugnou pela concessão do direito ao esquecimento naquela hipótese; entretanto, como a ação foi julgada muito depois da exibição do programa de televisão, o que se pretendeu foi a condenação da empresa da comunicação ao pagamento de indenização pelos supostos danos gerados. O tribunal superior considerou os valores, direitos e interesses colidentes no caso (aspectos dessa colisão que serão analisados no capítulo III) e reconheceu direito ao esquecimento naquela oportunidade, registrando que apesar do interesse público existente na divulgação daquele fato histórico brasileiro para o conhecimento das novas gerações, o autor tem direito a não ter seu nome e imagem novamente vinculados a ele e exposto à mesma situação danosa a que fora ao tempo de sua ocorrência. Uma nota importante da *ratio decidendi* desse precedente é que toda a fundamentação do direito ao esquecimento e da condenação imposta fundou-se em direitos da personalidade já tutelados pelo ordenamento Constitucional, nomeadamente a intimidade da vida privada, podendo haver repercussão também na honra e na imagem; ademais, tratou a pretensão do titular do direito ao esquecimento como análoga a de criminosos que cumpriram suas penas e desejam ver seus registros criminais esquecidos, o que possui previsão na legislação infraconstitucional brasileira, com a epígrafe de direito à “reabilitação” (art. 743 e seguintes do código de processo penal). O caso será novamente julgado, desta vez pelo Supremo Tribunal Federal (STF), onde já foi recebido e aguarda julgamento.

¹¹ STJ, julgado em 28/05/2013, Resp. 1335153/RJ: também relacionado a fatos criminosos, na espécie irmãos de uma jovem vítima de violência sexual seguida de homicídio, também no Rio de Janeiro, no ano de 1958, sustentaram ter direito ao esquecimento quanto à divulgação extemporânea (50 anos depois) desse fato por uma rede de comunicação da televisão. Nesse caso, discutiu-se o direito ao esquecimento de parentes da vítima do fato criminoso, ou seja, ao contrário do anteriormente citado, o pretense titular do direito a ser esquecido não é o criminoso ressocializado, mas as pessoas ofendidas pelo fato criminoso passado. Embora a ação tenha sido julgada improcedente (em razão da ponderação dos elementos do caso concreto apontar para a preponderância da liberdade de informação), o tribunal superior reconheceu na fundamentação do acórdão o direito ao esquecimento a vítimas de fatos que lhes ofenderam no passado, utilizando também o fundamento da ressocialização, porém por via de um argumento *a fortiori*, porquanto configuraria incoerência e desigualdade o reconhecido de tal direito a quem causou a dor alheia e não àquele que a suportou no passado. A análise do direito ao esquecimento também partiu do direito à intimidade/privacidade. O julgamento não foi por unanimidade, tendo sido proferido dois votos dissidentes. O caso também aguarda julgamento no STF.

¹² O STF julgou recentemente matéria que guarda substancial simetria com o que se discute nas lides sobre o direito ao esquecimento. A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.815 (ADI 4815), julgada procedente pelo STF em 10/06/2015, foi proposta pela Associação Nacional dos Editores de Livros (ANEL), que requereu a declaração parcial de inconstitucionalidade de dispositivos do código civil brasileiro (arts. 20 e 21), visando a caçar do ordenamento nacional dimensões interpretativas desses artigos sem redução de seus enunciados normativos. Pelas formas interpretativas combatidas naquela ADI, é ilícita a publicação de biografias sobre pessoas públicas ou envolvidas em eventos públicos sem autorização prévia do biografado. Objetivou-se na ADI 4815, privilegiando-se a liberdade de expressão, que fosse declarada permitida a publicação de biografias independente da autorização prévia da pessoa biografada, sendo eventuais pretensões indenizatórias apuradas em concreto, mediante ponderação caso a caso, o que vinha sendo inviabilizado pela forma como alguns

Nesses arestos, o que se discutia era o direito de uma pessoa a impedir que um fato passado negativamente avaliado por ela e que lhe dizia respeito fosse divulgado no presente a um número razoável de pessoas (ou a respectiva responsabilidade civil, quando a divulgação já ocorrera). Isso porque a manutenção de certos fatos, como uma condenação criminal ou qualquer outro acontecimento desabonador e doloroso, na memória da pessoa neles envolvida tem o condão de perpetuar as sanções e os danos outrora sofridos, e até de agravá-los.

Fundada em razões semelhantes, mas considerando a mutabilidade da personalidade humana, reconhece-se também a pretensão de impor a observância de uma visão prospectiva da pessoa (MATOS, 2011: 218, 234-239, e nota 378). Indivíduos que mudaram de ideologia política, de orientação sexual, passaram a professar outra fé, pugnam pelo direito de exigir o respeito à sua identidade mais atualizada, esquecendo-se a anterior. Acerca dessa face do direito ao esquecimento a dogmática aponta para precedentes que a reconheceram, por exemplo, a decisão do Tribunal de Roma de 21 de novembro de 1996¹³.

Além disso, como consequência do reconhecimento do direito a ser esquecido, os interessados intentam igualmente o apagamento ou retificação dos registros daqueles fatos e

tribunais aplicavam os arts. 20 e 21 do CCB, de modo que a simples publicação de biografias sem autorização prévia da pessoa biografada configuraria, por si só, um ato ilícito. Observa-se, portanto, também dizer respeito à colisão de direitos da personalidade com a liberdade de expressão. A suprema corte brasileira decidiu nesse caso em favor da liberdade de expressão, consignando que a exigência de autorização prévia configura censura prévia, devendo os direitos da personalidade serem tutelados *a posteriori* por via do direito de resposta e de indenizações, após o *balanceamento* da colisão em concreto; assim como, no voto do Ministro Marco Aurélio, que compreender o contrário seria contribuir para o empobrecimento cultural, imaturidade moral e subdesenvolvimento da sociedade brasileira. O STF, claramente, manteve-se aplicando o *standard* de proteção da liberdade de expressão fixado por ocasião do julgamento da ADPF 130 (30/04/2009), quando difundiu o entendimento segundo o qual a liberdade de expressão deve ser *a priori* exercida livremente, sem limitações prévias, sendo direitos como a privacidade e a honra tutelados *a posteriori*, por meio do direito de resposta e das responsabilidades civil e criminal, após ponderada a colisão em concreto. Assim, a corte máxima de justiça brasileira adota uma linha pró-liberdade de expressão, o que, em tese, pode indicar alguma resistência ao acolhimento do direito ao esquecimento nos moldes recentemente propagado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia.

¹³ Tribunal de Roma, julgado em 21/11/1996 (caso descrito em pormenores em MATOS, 2011: notas 378, 234-238): foi julgada a pretensão de o direito ao esquecimento requerido em favor do filho de um criminoso. Este ganhou notoriedade pública negativa em virtude desse fato e se entendeu que sua má-reputação influenciava a formação da identidade pessoal de seu filho menor de idade. Em razão disso foi impedida a divulgação de um documentário televisivo que pretendia retratar, não só o fato criminoso, mas a vida do delinquente, incluído o nascimento da respectiva criança. O *diritto all'oblio* foi reconhecido ao menor e os fatos e elementos relacionados a seu ascendente foram silenciados como forma de tutela da identidade pessoal daquele, porquanto tais realidades prejudicariam a formação de sua personalidade caso viesse a ser de conhecimento público. Esse precedente demonstra a proximidade entre os direitos fundamentais à intimidade da vida privada e à identidade pessoal, os quais são tratados por significativa doutrina como direitos filiados, sendo a intimidade o mais denso e abarcante.

realidades passado; sendo, ao nosso ver, essa pretensão uma consequência associada às prerrogativas do direito ao esquecimento supramencionadas.

Também foi observado que pretendem ser titular do direito ao esquecimento terceiros atingidos desfavoravelmente pelo passado de pessoas próximas, a exemplo de cônjuges, descendentes, ascendentes, irmãos. Citamos atrás precedentes jurisprudenciais que dão conta dessa realidade (o aresto alemão *Irniger*, o brasileiro *Aida Curi*, bem como o precedente do Tribunal de Roma de 21 de novembro de 1996 são exemplos disso).

Destaca-se que, da análise desses casos, por tratarem uma ponderação de direitos fundamentais em colisão num caso concreto, verificamos ter havido forte utilização judicial do princípio da proporcionalidade como metódica da concordância prática dos valores, direitos e interesses contrapostos nas lides, com o escopo de controlar a racionalidade e a legitimidade das conclusões avançadas. A respeito do princípio da proporcionalidade, dedicamos, no momento oportuno, tópico próprio voltado à discussão dos confins desse importante princípio, cuja metódica é o principal instrumento de resolução de colisões entre direitos fundamentais, tal qual a objeto desta pesquisa.

Em suma, do estudo dos casos do direito ao esquecimento – para cuja análise mais detalhada, neste trabalho, foi adotado o recurso das notas de rodapé –, verificou-se que ele é comumente relacionado a determinados direitos da personalidade como se fosse uma dimensão específica destes. Usando como amostragem o que foi sustentado no caso alemão *Lebach I* e nos citados arestos do Superior Tribunal de Justiça do Brasil, a diferença entre demandas sobre direito ao esquecimento e outras acerca de direitos como a intimidade da vida privada e a honra é que naquelas não há contemporaneidade entre o fato e a data de sua divulgação. Nos casos mais comuns, em que colidem a liberdade de expressão e a privacidade, o fato e sua divulgação ocorrem em datas próximas, logo contemporaneamente¹⁴.

No entanto, considerando que um mesmo fato pode afetar a mais de um direito, tal constatação não é fundamento suficiente para afirmar uma relação filial entre o direito a ser

¹⁴ Também na dogmática há defesas desse posicionamento, segundo as quais, sendo o elemento distintivo a ausência de contemporaneidade da notícia, há conhecimento, experiência e critérios bem definidos que podem ser retirados dos vários casos em que há contemporaneidade (nos quais a colisão ocorre com outros âmbitos protegidos da privacidade) e que podem auxiliar na resolução dessa colisão frente aos novos desafios impostos pela sociedade da informação, especialmente no âmbito da internet (ÁLVAREZ RIGAUDIAS, 2014: 118).

esquecido com qualquer outro direito da personalidade. Por conseguinte, importa analisar também o suporte fático dos direitos comumente relacionados ao direito ao esquecimento, a fim de identificar as diferenças e semelhanças entre eles, e só assim responder precisamente acerca da natureza jurídica daquele e se ele é uma dimensão de outros direitos ou se estamos diante de uma nova e autônoma espécie jurídica¹⁵.

2. Natureza Jurídica do Direito ao Esquecimento

Por ocasião da análise dos modos de exercício, observamos que o direito ao esquecimento é comumente discutido em conjunto com outros direitos da personalidade, tendo sido citados como paradigmas, não exaustivamente, os direitos à intimidade da vida privada, à identidade pessoal, à honra. Sendo assim, é etapa necessária à determinação da natureza jurídica do direito ao esquecimento e das conclusões almejadas a seu respeito estudar esses outros direitos ordinariamente a ele relacionados para bem definir o direito objeto de nosso estudo.

Antes, porém, justifica-se o porquê de *a priori* ter sido afirmado neste trabalho ser o direito ao esquecimento um direito fundamental da personalidade, a fim de não permitir a existência de lacunas no desenvolvimento do raciocínio que ora está sendo exposto.

¹⁵ Interessante abrir um parêntese para registrar que uma outra construção do direito ao esquecimento também é utilizada historicamente pelo Estado como ferramenta de defesa de interesse público, nomeadamente como meio de coesão social e paz cívica, especialmente após o acontecimento de eventos que marcaram negativamente um povo, a exemplo de um regime militar. As leis de anistia intentam fazer esquecer um período de crise na sociedade, concedendo perdão a delitos cometidos no respectivo período e adotando outras providências destinadas ao perecimento da situação de crise, como tornar antijurídica a divulgação de crimes e criminosos anistiados (LETTERON, 1996: 409-410). Tais medidas destinam-se a apaziguar a sociedade e a promover uma reconciliação política na nação pós-transição de governos, por via de uma espécie de amnésia coletiva ou institucional (SOUSA, 2014: 5-8). Por outro lado, há fortíssima corrente doutrinária que afirma que fatos dessa natureza, especialmente quando dizem respeito a traumas coletivos, estão inclusos num chamado *imperativo de memória pública*, em relação aos quais impera um dever de não esquecimento, incumbindo às instituições públicas promover o reconhecimento público de tais fatos a fim de manter viva a história da respectiva nação, assim como de fazer justiça em prol dos indivíduos que de algum modo sejam enquadrados na condição de vítima de tais acontecimentos históricos (TERUEL LOZANO, 2015: 19). No entanto, nesses casos, apesar de a nomenclatura ser aplicada por alguns autores e até analogias serem realizadas, não se deve confundir o direito ao esquecimento na condição de instrumento Estadual de promoção de interesse público e o direito ao esquecimento como direito individual subjetivo, que tutela elemento fundamental da personalidade humana. Sendo assim, ressalta-se que, apesar dessa outra construção do direito ao esquecimento, não tem com o objeto de estudo deste trabalho, cuja problemática é a possibilidade de reconhecimento e proteção de um direito fundamental do indivíduo, e não a viabilidade jurídica e legitimidade do perdão Estadual destinado a causar um esquecimento coletivo do passado em prol da estabilidade do novo governo.

Essa conclusão inicial foi alcançada em razão de, aprioristicamente, subjazer ao direito ao esquecimento o escopo de proteger o ser humano de seu próprio passado, que em virtude de diversos fatores o afeta negativamente e lhe pode causar danos. Portanto, é irrefutável que o direito ao esquecimento tem por objeto aspectos da *própria pessoa ou modos de ser da personalidade humana*, o que, segundo o Doutor Paulo Mota Pinto (1993: 485), define o gênero direitos da personalidade.

Sendo assim, está compreendido no gênero dos direitos da personalidade, sendo por isso um direito subjetivo, pessoal, absoluto (mas limitável por ato de vontade de seu titular), irrenunciável, intransmissível e, em regra, fundamental, tal qual os demais direitos da personalidade, que maioritariamente são tutelados pelas Constituições ocidentais contemporâneas com atribuição de *fundamentalidade* (em Portugal, no arts. 24º e seguintes da Constituição)¹⁶.

Portanto, partimos do pressuposto de que o direito ao esquecimento se enquadra no direito geral de personalidade, que, por sua vez, tem por objeto a personalidade humana como um todo, incluída a totalidade das formas por que se manifesta (MOTA PINTO, 1993: 491); podendo, por essa razão, incluir bens ainda não expressamente tipificados, como aquele cuja proteção é visada pelo direito ao esquecimento¹⁷.

2.1. Dos Direitos da Personalidade Comumente Associados ao Direito ao Esquecimento

2.1.1. Intimidade da Vida Privada

Começando pelo direito fundamental à reserva da intimidade da vida privada, é conhecida a dificuldade e até impossibilidade de definir seu valor fundante (a privacidade). A amplitude fática abarcada nesse valor é tamanha que sua determinação se torna vazia, por conduzir a um conceito demasiado elástico. Além disso, a complexidade desse direito passa pela inviabilidade de distinguir com precisão as fronteiras do público e do privado,

¹⁶ No Brasil, o título II da Constituição (dos direitos e garantias fundamentais) protege a personalidade em seus diversos aspectos e modos de manifestação, também como direito fundamental do ser humano.

¹⁷ Compreendemos, por essa razão, não haver necessidade de cláusula específica de proteção do direito ao esquecimento para que possa ser considerado um direito fundamental ou que possa gozar das proteções reforçadas normalmente conferidas aos direitos da personalidade, visto que pode ser compreendido nas cláusulas gerais de proteção da personalidade, tal qual o direito a honra se insere no art. 26º da CRP e o direito ao bom nome contra opiniões difamatórias no art. 70º do CCP.

considerando o processo de imbricação por que elas vêm passando ao longo da história, já não sendo, por exemplo, tão clara a separação entre família e Estado. Sendo assim, é mais apropriado conhecer esse direito fundamental a partir do interesse nuclear por ele tutelado (MOTA PINTO, 1993: 524).

Subjacente ao direito à intimidade da vida privada há o interesse jurídico protegido de salvaguardar a reserva ou o sigilo de aspectos íntimos da vida de uma pessoa, bem como de impor o respeito a “individualidades não partilhadas” (MATOS, 2011: 148, 150); ou o interesse de impedir a intromissão na esfera de foro íntimo ou a divulgação das informações dessa natureza (MOTA PINTO, 1993: 508); e ainda, mais classicamente, a pretensão “a ser deixado só” (WARREN/BRANDEIS, 1890)¹⁸, tutelando-se tanto a não intrusão na esfera dos segredos quanto a não difusão das respectivas informações colhidas.

A esse respeito, há doutrina que divide a proteção da privacidade humana em razão de esferas de proteção, sendo mais intensa a tutela quanto mais se aproxima das dimensões mais íntimas da pessoa ou da perspectiva do segredo. Três são as esferas a considerar: a *esfera da publicidade*, a *esfera privada* e a *esfera íntima* (FARINHO, 2006: 45-47; NOVELINO, 2014: 491-498)¹⁹.

A esfera da publicidade integra os atos da vida pública do indivíduo, que são praticados para o conhecimento da comunidade ou aqueles cuja possibilidade de se tornarem públicos seja do conhecimento do sujeito (mesmo que tacitamente), por haver interesse público em sua divulgação. Em tese, os atos praticados nessa esfera não possuem proteção de privacidade contra as liberdades da comunicação, a exemplo da aparição em programas televisivos, publicações em *blogs* abertos na internet, envolvimento em fatos públicos, bem como os atos integrantes do domínio público do Estado²⁰.

¹⁸ O direito à intimidade da vida privada está previsto na Constituição Portuguesa em seu art. 26º, nº 1, e também no Código Civil lusitano, em cláusula especial de proteção (art. 80º). No Brasil, positivado no art. 5º, X, da Constituição da República e no art. 21 do Código Civil.

¹⁹ Bem defendida corrente dogmática sustenta não ser metodologicamente adequado adotar essa teoria para estudar o direito à intimidade da vida privada, ante a reconhecida ausência de tutela da esfera pública e a distinção não segura entre as esferas privada e íntima; verificando, porém, utilidade em adotá-la no tocante à mensuração da gravidade das ofensas perpetradas contra esse bem jurídico, sendo mais grave quanto mais ofensivo à esfera íntima ou do segredo (MOTA PINTO, 1993: 524-525, e nota 122).

²⁰ Ressalta-se que o que define a esfera do público não é apenas o lugar onde o ato é praticado, não sendo apenas o critério espacial determinante se haverá ou não proteção contra a publicidade, até porque uma conversa secreta pode ocorrer num ambiente público, a exemplo de uma praça ou um restaurante. O mesmo se diz em relação ao número de pessoas envolvidas no fato, não sendo o quantitativo de intervenientes

É necessário ter em mente, porém, e que diz respeito diretamente ao nosso objeto de estudo, que fatos e informações que disseram respeito à vida pública de uma pessoa no passado podem passar a dizer respeito somente a sua vida privada, perdendo a pertinência com a esfera da publicidade (MOTA PINTO, 1993: 528). Assim, um fato público no passado não necessariamente sempre o será, podendo perder sua natureza pública com o transcurso do tempo, passando a pessoa exposta a ter interesse válido em pretender sua não divulgação e rememoração.

O mesmo ocorre em relação às condições pessoais do titular. Celebidades no passado ou pessoas que por alguma eventualidade adquiriram fama (mesmo sem desejar), com o passar do tempo podem deixar de ser famosas, ocorrendo o chamado *abandono da celebridade*, o que repercute também em seu patrimônio jurídico, sobretudo nos domínios da proteção da privacidade. Nessa hipótese, é possível que aquelas informações outrora divulgadas a respeito da pessoa sejam reincluídas em seu âmbito privado, possibilitando a defesa contra a publicidade, mesmo que no passado a divulgação tenha sido autorizada pelo titular (MOTA PINTO, 1993: 560, nota 199).

A esfera privada diz respeito aos atos, fatos e decorrentes informações comuns da interação de uma pessoa com a sociedade, não havendo, em rigor, interesse público em sua divulgação (exemplos: transações comerciais, dados pessoais e bancários, informações fiscais, parte do passado de alguém). Entretanto, em se tratando de pessoas famosas ou de pessoas públicas, a exemplo de titulares de cargos políticos do Estado, poderá existir curiosidade lícita que legitime um escrutínio mais rigoroso da vida de tais pessoas pelos *médias*, porquanto informações sobre o perfil familiar, o círculo de amizade, os ambientes frequentados, os hábitos de consumo dos políticos e das pessoas que o rodeiam, à partida, interessam ao público e condicionam o processo de decisão política num Estado Democrático de Direito (MACHADO, 2014: 176, 178, 187-188).

Mas definir vida privada não é tarefa simples. É que o conceito de vida privada sofre necessariamente a valoração social de cada comunidade, o que varia entre os mais diversificados meios sociais, assim como em razão da pessoa a quem diga respeito. Logo, vida privada oscilará a depender da comunidade e da pessoa a que se refira, não sendo um

determinante da proteção contra a publicidade não almejada, não obstante seja um dos elementos a serem considerados por ocasião da ponderação em um caso real (MOTA PINTO, 1993: 526, 532)

conceito estático, embora deva buscar-se definir a privacidade a partir de elementos objetivos (MOTA PINTO, 1993: 526; WARREN/BRANDEIS, 1890).

Por último, a esfera íntima, que corresponde, mais tipicamente, à intimidade da vida privada da pessoa, sobre a qual não há, em tese, interesse público legítimo na sua intromissão e divulgação sem o consentimento ou a renúncia do titular. São exemplos: a sexualidade, as informações confidenciais, os segredos pessoais (como anotações em um diário), a inviolabilidade do domicílio.

A determinação da intimidade de alguém é construída por meio da relação de duas perspectivas, uma interna e outra externa. A primeira, o chamado elemento volitivo interno, corresponde à configuração que o titular faz de seu próprio espaço de intimidade, definindo ele o que entende por privado e o que compreende ser público, a depender de seu estilo de vida e de sua postura acerca da preservação de sua privacidade. A segunda, o chamado elemento valorativo externo, equivale ao já mencionado modo como comunidade em que o indivíduo está inserido conforma as respectivas esferas da privacidade, devendo o intérprete ficar bem atento ao contexto em que analisa a proteção desse direito, visto que as orientações éticas vigentes em cada comunidade exercem grande influência em sua definição (FARINHO, 2006: 45-50)²¹.

Essa perspectiva externa de conformação do conteúdo da intimidade da vida privada revela a necessidade de contextualização dos direitos da personalidade e dos direitos fundamentais em geral face ao contexto histórico, cultural e geográfico em que se interpretem, podendo a proteção ser mais forte ou mais fraca a depender do mundo em que se queira aplicar. Nessa esteira, verificam-se importantes variações na proteção da privacidade conferida nos Estados Unidos da América (EUA) e na União Europeia, por exemplo. Enquanto neste contexto, influenciado pela cultura da *civil law*, caminha-se para implantação de uma legislação as mais protetivas da privacidade, logo restritiva das liberdades de expressão, consoante veremos à frente; por outro lado, nos EUA, de influência

²¹ E é em razão dessa possibilidade de conformação do objeto de proteção do direito à intimidade da vida privada pelo seu titular (o que depende em muito do estilo de vida da pessoa), que a proteção da privacidade de uma pessoa comum é mais forte que aquela conferida a uma celebridade ou autoridade pública, que comumente vive em interação com um universo bem maior de pessoas e trata abertamente de seus assuntos pessoais, os quais desperta o interesse do público e lhe confere fama ou visibilidade (MOTA PINTO, 2001: 532). Essa peculiaridade do direito à intimidade da vida privada resta expressa, inclusive, no art. 80º, n. 2, do Código Civil Português.

da *common law*, observa-se uma robusta proteção das liberdades de expressão e da livre circulação de dados na internet, endossada por uma característica produção judicial mais criativa, ante a inexistência de uma legislação forte a respeito da matéria (ÁLVAREZ CARO, 2015: 85-86)²².

Salienta-se ainda que, em meio virtual ou no *ciberespaço*, as informações pessoais estão constituídas em forma de dados informáticos e demandam peculiaridades na sua proteção em razão do meio em que estão inseridas; o que, porém, não altera a natureza dos bens jurídicos que representam ou o direito que os protege, estando a proteção dos dados pessoais informatizados inclusa no âmbito de proteção dos direitos da personalidade, inclusive no do direito à intimidade da vida privada, a exemplo da proteção dos dados sensíveis cujo conhecimento interessa apenas ao seu titular e a pessoas por ele autorizadas (FARINHO, 2006: 44-45)²³.

Como expomos à frente, as inovações tecnológicas estão na gênese do direito à privacidade (WARREN/BRANDEIS, 1890), conseqüentemente, a evolução e a difusão das tecnologias como testemunhamos na sociedade da informação trazem consigo novas demandas à tutela da vida privada, exigindo contemporaneamente como objetivo desse direito, além da proteção contra a intromissão externa, em alguma medida o direito individual de dispor sobre os próprios dados pessoais (GACITÚA ESPÓSITO, 2014: 45-46).

Portanto, observa-se que modos de exercício do direito ao esquecimento podem ser enquadrados como uma repercussão do direito à intimidade da vida privada, uma vez que seu titular pretenda impedir a divulgação de um fato ou realidade que integra seu passado, que exponha particularidades que ele não deseja partilhar com o público e que não haja ou tenha deixado de haver sobre ele interesse público legítimo em divulgá-lo; intentando, por conseguinte, que tais acontecimentos e conteúdos sejam esquecidos e não rememorados.

Por fim, ressaltamos que, como é dedutível, privacidade e intimidade não possuem o mesmo conceito, estando esta contida naquela, isto é, a intimidade diz respeito ao um âmbito de proteção mais forte da privacidade (intimidade da vida privada). Porém,

²² O próprio direito à privacidade não conta com previsão constitucional, sendo fruto de criação dogmática e jurisprudencial; ao contrário da liberdade de expressão, a que se dedicou a primeira emenda à Constituição norte-americana (ÁLVAREZ CARO, 2015: 86).

²³ Sendo assim, o art. 35º da CRP não prevê novo direito fundamental, mas bem definidos modos de exercício e âmbitos protegidos dos direitos à reserva da intimidade da vida privada, identidade pessoal, honra, etc.

considerando haver proteção jurídica para além da zona da intimidade e por estar este conceito compreendido no conceito de privacidade, ao longo deste trabalho se utilizou indiferentemente o termo privacidade designando também a intimidade.

2.1.2. Identidade Pessoal

Nem todos os modos de exercício podem ser situados nos domínios da intimidade da vida privada. O direito à identidade pessoal também é normalmente associado ao direito a ser esquecido, o qual consiste na proteção dos elementos caracterizadores do indivíduo perante os demais, a partir dos quais é possível distinguir alguém diante da vasta multiplicidade de pessoas (MIRANDA/MEDEIROS, 2010: 609), bem como daquilo que permite conhecer e preservar a verdade pessoal de alguém, resguardando sua *historicidade pessoal* (MOTA PINTO, 1993: 551)²⁴.

Inicialmente, dentre os elementos garantidores da individualidade, destacavam-se o nome, o pseudônimo, a imagem, todos centrados na proteção de aspectos físicos e exteriores da pessoa; entretanto, em virtude da complexidade da sociedade contemporânea, da posição que passou a ocupar o indivíduo e da marcante evolução dos meios de comunicação, também integram a identidade pessoal a orientação sexual, a fé professada, a ideologia política adotada e outras realidades que definem o indivíduo na comunidade (MATOS, 2011: 190-206)²⁵.

Tais realidades, sem dúvidas, identificam a pessoa na comunidade em que ela esteja integrada e o direito à identidade pessoal consiste em impor o respeito a esses elementos caracterizadores do indivíduo, a partir dos quais a personalidade do seu titular é projetada no meio social, tornando-o um ser único²⁶.

²⁴ A respeito do direito à identidade pessoal e à intimidade da vida privada, há alguma divergência doutrinária em tratá-los com relação filial, como sendo o direito à identidade pessoal uma decorrência da intimidade da vida privada, que seria um direito mais denso e funcionaria como valor fundante daquele (MATOS, 2011: 214). Entretanto, existe posição contrária os autonomizando, porquanto é possível que o foro íntimo de alguém seja desrespeitado e a sua identidade permaneça incólume (MOTA PINTO, 1993: 552).

²⁵ Salienta-se que o âmbito protegido pela identidade pessoal nessa faceta não é em si o da escolha de ideologia, religião, etc., mas sim o respeito a ser identificado de acordo com tais opções ou orientações, vedando-se a projeção de sua personalidade de modo diferente ou distorcido. Trata-se da proteção à não adulteração da historicidade da pessoa (MOTA PINTO, 1993: 552).

²⁶ Não se está a defender, ressalta-se, um modelo intimista ou de aparência da identidade pessoal, de modo que a pessoa teria a prerrogativa de exigir o respeito daquilo que ela pensa ser sua identidade ou do que gostaria que as demais pessoas pensassem que fosse. A própria tutela da intimidade da vida privada impede uma

Ocorre que esses elementos definidores da identidade pessoal são mais mutáveis e reversíveis que aqueles identificadores físicos e externos da pessoa (a exemplo do nome), tornando problemática a tutela da identidade, ainda mais em algumas searas (como o da ideologia dos políticos). Mesmo assim, toda pessoa tem direito de mudar de religião, voltar atrás quanto à adoção de uma ideologia e exigir que não se projete uma imagem desatualizada ou distorcida da verdade acerca desses elementos que o identificam (MATOS, 2011: 218-228, 230-234).

Isso não significa dizer, porém, que automaticamente o indivíduo tenha direito a exigir o esquecimento e o apagamento dos registros daquilo que o identificava no passado, pois aí encontraremos outros direitos e interesses também protegidos; constituindo, assim, colisões entre direitos, o que em muito foi intensificado na sociedade da informação²⁷.

Logo, dentre os modos de exercício do direito ao esquecimento apontados na seção anterior, aquele em que se fez menção a exigir uma visão prospectiva da personalidade, considerando seu natural caráter evolutivo e mutável, pode situar-se no âmbito do direito à identidade pessoal.

2.1.3. Honra e Figuras Afins

Também o direito à honra pode ser associado ao direito ao esquecimento, visto que fatos passados que não se confundem com a vida privada da pessoa e que estejam de acordo com sua real identidade pessoal podem ser objeto de pretensão de esquecimento²⁸. A honra é analisável tanto sob uma concepção fática quanto sob uma concepção normativa, sendo a

concepção assim acerca da identidade pessoal, porquanto seria inviável aceder à correta identidade pessoal de alguém e ao mesmo tempo ter de respeitar a sua privacidade; não se olvidando também da insegurança gerada por uma concepção dessa natureza a respeito da identidade pessoal. O direito à identidade pessoal deve ser perspectivado de acordo com um modelo de integração comunitária, sendo a identidade de alguém definida a partir de *standards* e códigos sociais prevaletentes numa comunidade (MATOS, 2011: 207-215).

²⁷ A capacidade que a internet tem de tornar qualquer informação ou notícia, mesmo os de interesse local, um assunto com repercussão global, bem como a forma indelével como as informações são registradas na internet, somada à facilidade de acesso e de rememoração imediata, põe em risco o caráter prospectivo da vida humana, tendo em vista a virtualidade contida na internet de uma pessoa ter seu perfil traçado rapidamente e de acordo com informações do passado, que não mais refletem a realidade da personalidade da pessoa em causa (SORIANO GARCÍA, 2012: 273-274).

²⁸ Exemplo prático disso pode ser considerado o principal caso de reconhecimento do direito ao esquecimento julgado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, o caso *Mario Costeja Gonzalez vs. Google Spain*, que tratou da pretensão de um cidadão espanhol a ver esquecido (na espécie removido das pesquisas nos motores de busca) um fato outrora público, de interesse público e cuja divulgação foi legalmente determinada por autoridades públicas. Sobre esse precedente é feito estudo completo na última parte deste trabalho.

primeira formada a partir de elementos empíricos internos e externos ao indivíduo; e a última constituída levando-se em conta critérios ético-axiológicos (*dever-ser*). Trata-se de uma difícil distinção, especialmente porque ambas as concepções da honra possuem orientações individuais e comunitárias que se assemelham em certos aspectos²⁹.

Nos domínios da concepção fática, a honra pode ser observada de acordo com uma vertente subjetiva, que diz respeito ao conceito que o indivíduo tem de si; enquanto a concepção normativa possui uma semelhante (a concepção pessoal), correspondente a aspectos inerentes à personalidade humana independente do meio social em que a pessoa se integre. Logo, ambas se aproximam por não dependerem diretamente de valorações sociais a respeito da pessoa e serem orientações internas da honra.

Por outro lado, a concepção fática pode ser perspectivada a partir de uma vertente objetiva, conceituada a partir da avaliação que a pessoa possui no meio social; igualmente, a concepção normativa pode orientar-se também por uma vertente social da honra, determinada a partir de normas decorrentes das relações interpessoais travadas no meio social. Nas duas, a honra significa representações sociais, logo externas ao indivíduo.

Mas, a bem da segurança jurídica, maioritariamente compreende-se ser tutelável apenas as concepções normativas da honra, porquanto seria impossível a todos ajustar suas condutas em observância ao respeito da personalidade moral das pessoas, se a cada um coubesse definir os limites de sua honra (sob uma perspectiva interna) ou fosse necessário delinear-las a partir de fatos sociais determináveis empiricamente. Sendo assim, o direito à honra é definido levando em conta dimensões ético-axiológicas (MATOS, 2011: 127), constituindo um *dever-ser* exigido a todos com quem o titular se relaciona (*erga omnis*).

Nessa esteira, são protegidas as vertentes da concepção normativa da honra (pessoal e social), as quais, em Portugal, encontram respaldo e proteção essencialmente nos arts. 25º e 26º da Constituição da República Portuguesa (CRP) e nos arts. 70º e 483º, nº 1, do Código Civil Português (CCP)³⁰. Como visto, tais vertentes possuem traços individuais e

²⁹ Para melhores e mais aprofundados esclarecimentos acerca do tratamento dogmático conferido à honra, conferir a obra do Doutor Filipe Miguel Cruz de Albuquerque Matos (*Responsabilidade civil por ofensa ao crédito e ao bom nome*, 2011, p. 120-130), do qual colhemos os dados necessários às explicações feitas acerca das concepções da honra.

³⁰ No ordenamento Constitucional e infraconstitucional brasileiro o direito fundamental à honra é referenciado no art. 5º, X, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) e nos arts. 20 e 21 do Código Civil

comunitários da personalidade, protegendo a dignidade moral tanto sob uma perspectiva interna quanto externa da pessoa, o que faz da honra um direito referencial, do qual são retirados fundamentos e orientações para diversos outros direitos de personalidade (MATOS, 2011: 129, 135-136)³¹.

Dessa compreensão do direito à honra como um *direito-quadro*, surge a questão de justificar o tratamento autonomizado de alguns direitos de personalidade, especialmente o direito ao bom nome, ao crédito e também à intimidade da vida privada, já que a personalidade moral possui substancial referência e proteção por via da tutela jurídica já conferida à honra. A abordagem deles também é importante para apontar com que se associa o direito ao esquecimento.

No âmbito do direito português positivado, a proteção ao bom nome é alçada ao rol dos direitos fundamentais na Constituição (art. 26º, nº 1³²), ao lado de diversos direitos da personalidade, e integrada ao regime jurídico dos direitos, liberdades e garantias; sendo, por conseguinte, um direito imediatamente aplicável e oponível a todos, entidades públicas e privadas, logo absoluto sob essa perspectiva (art. 17º³³ e 18º, nº 1³⁴, da CRP)³⁵.

No código civil de Portugal, o direito ao bom nome encontra guarida na proteção conferida ao direito geral de personalidade (art. 70º³⁶); ganhando, porém, tratamento autonomizado na parte do código em que é disciplinada a responsabilidade civil

Brasileiro (CCB), e ainda numa cláusula geral infraconstitucional de proteção dos direitos da personalidade (art. 12 do CCB).

³¹ Em relação ao direito à honra, pode-se referir ao conceito que o indivíduo ostenta no meio social ou a sua reputação (honra objetiva), mas também ao conceito que o próprio indivíduo tem sobre si, sua autoestima (honra subjetiva) (CARBONELL, 2004: 466). A respeito da honra objetiva ou reputação, o Doutor Jónatas Machado (2014: 178) apresenta interessante conceito de sua importância na vida das pessoas, aduzindo ser ela essencial à redução dos custos e maximização dos benefícios nas transações e interações sociais às quais se sujeitam os indivíduos na comunidade em que estejam integrados.

³² Art. 26º, nº 1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação.

³³ Art. 17º. O regime dos direitos, liberdades e garantias aplica-se aos enunciados no título II e aos direitos fundamentais de natureza análoga.

³⁴ Art. 18º, nº 1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.

³⁵ No direito brasileiro não há menção expressa do direito ao bom nome; sendo, entretanto, seu conteúdo protegido pelas cláusulas gerais de proteção dos direitos da personalidade e pelos dispositivos que tutelam a honra na Constituição e no Código Civil.

³⁶ Art. 70º, nº 1. A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral.

extracontratual por ato ilícito³⁷, por ocasião de que o legislador lhe atribuiu proteção especial por via de dispositivo apartado (art. 484^{o38}) da cláusula geral de responsabilidade (art. 483^o, n^o 1³⁹)⁴⁰.

O direito à honra subjaz ao direito ao bom nome (MENEZES CORDEIRO, 2010: 551), correspondendo este a uma das vertentes daquele. O direito ao bom nome identifica-se com a noção de reputação, prestígio, respeitabilidade, consideração ou conceito que é associado à pessoa no meio social (VARELA, 2013: 549; CAMPOS/ALMEIDA, 2012: 83-84).

Tais conceitos ou perfis atribuídos a uma pessoa são configurados pelas funções exercidas na sociedade, pelos lugares que o indivíduo frequenta, por sua habitual postura em lugares públicos, sua realidade familiar, até mesmo as vestimentas da pessoa podem influir em sua qualificação como membro de uma comunidade, de que decorrem expectativas, deveres e prerrogativas sociais. Tais configurações de uma pessoa na sociedade advêm de convenções sociais, vigentes num dado tempo e espaço (MATOS, 2011: 115-116). Portanto, o direito ao bom nome é espécie do gênero honra, nomeadamente da honra normativo-social, que se reconduz à reputação da pessoa no meio social.

Mas, o fato de corresponder a uma dimensão da honra não impede que o bom nome seja qualificado como direito subjetivo. Consoante já mencionado por ocasião do enquadramento constitucional desse direito de personalidade, consiste ele em direito

³⁷ O Doutor Sínde Monteiro (1983, p. 8-9) aponta como elementos distintivos da responsabilidade extracontratual a “violação de deveres gerais de conduta que a ordem jurídica impõe aos indivíduos para proteção de todas as pessoas”, diferenciando-a da responsabilidade contratual, que decorre da quebra de um dever jurídico especial originado de um contrato entre pessoas determinadas (mas também de uma lei ou de um negócio jurídico unilateral). Portanto, o caráter absoluto é nota distintiva da responsabilidade extracontratual, não sendo relativa a pessoas determinadas ligadas por um vínculo negocial ou legal (como o é a responsabilidade contratual). Disso decorre que, na responsabilidade contratual, haverá relação jurídica específica entre as partes prévia ao dano; enquanto na extracontratual tal relação jurídica passa a existir após a verificação do fato danoso. Acerca do tipo da responsabilidade extracontratual aqui discutido – “por ato ilícito –, o ilustre autor o distingue de outras espécies (como a responsabilidade com base no risco) indicando como elementos distintivos a exigência de existir um fato ilícito e o nexo de imputação subjetivo desse fato ao agente (culpabilidade).

³⁸ Art. 484^o. Quem afirmar ou difundir um facto capaz de prejudicar o crédito ou o bom nome de qualquer pessoa, singular ou colectiva, responde pelos danos causados.

³⁹ Art. 483^o, n^o 1. Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação.

⁴⁰ Entretanto, o art. 484^o do CCP protege o direito ao bom nome e também ao crédito especificamente contra a divulgação de fatos ofensivos, não sendo tutelado pelo mesmo dispositivo as ofensas que se deem pela emissão de opiniões críticas ou juízos valorativos (nesse caso, o fundamento da proteção será a cláusula geral da responsabilidade delitual).

subjetivo absoluto, um poder oponível a todos, inclusive ao Estado, além de ser imediatamente aplicável (MATOS, 2011: 140). Por conseguinte, apesar de o direito ao bom nome não possuir autonomia em relação à honra (normativo-social), nesta se enquadrando, ele continua a ser um direito subjetivo fundamental, como uma perspectiva bem delimitada do amplo direito à honra⁴¹⁻⁴².

Assim, não há qualidades ou características específicas no direito ao bom nome que justifique seu tratamento autônomo, apartado do direito à honra. Por conseguinte, eventual conclusão de que alguns modos de exercício do direito ao esquecimento são dimensões do direito à honra engloba também o direito ao bom nome, não havendo necessidade de tratar este com autonomia neste trabalho.

Mas o ordenamento Português tutela outro direito pessoal combinado com o bom nome (art. 484º do CCP). Também vinculado à reputação está o direito ao crédito, entretanto sob perspectivas especializadas: as projeções da solvabilidade, honorabilidade e correção no meio negocial ou empresarial. Logo, uma pessoa terá seu crédito ofendido quando for negativamente abalada a noção que ostenta no mundo negocial ou empresarial acerca de sua capacidade e vontade para cumprir seus compromissos ou de seu caráter de bom devedor; atingindo-lhe, assim, a reputação socioeconômica ou profissional. Portanto, são essas notas de especificidade que o difere do direito ao bom nome, cada um dizendo respeito a dimensões diferentes da reputação (MATOS, 2011: 116, 142; PESSOA JORGE, 1999: 308-309; VARELA, 2013: 549).

Logo, ao contrário do bom nome, o direito ao crédito possui peculiaridades que faz dele um direito de personalidade *sui generis*; tendo inclusive uma dimensão patrimonial ínsita e não admite a todos como titular (em virtude de inserir-se num contexto especializado). Consequentemente, esses aspectos diferenciais justificam um tratamento

⁴¹ Logo, considerando tais ensinamentos, a defesa do direito ao esquecimento como dimensão de outros direitos da personalidade não significa seu enfraquecimento, porquanto mesmo assim continua sendo possível tutelá-lo como direito fundamental bem delimitado.

⁴² Assim, concluindo a análise da proteção do direito ao bom nome no ordenamento positivo português, havendo identidade entre a concepção normativo-social da honra e o direito ao bom nome, bem como existente adequada tutela jurídica dessa dimensão da honra no âmbito do art. 70º e art. 483, nº. 1, do CCP, a proteção especializada do art. 484º do código civil mostra-se desnecessária, uma vez que o mesmo bem jurídico já estaria devidamente salvaguardado mesmo que este dispositivo não existisse (MATOS, 2011: 150-151). Prova disso creditamos ao fato de agressões ao bom nome perpetradas por meio de opiniões críticas não serem tuteláveis pelo art. 484º, mas sim pelo art. 483, nº. 1, do CCP; ou seja, o mesmo direito é protegido por preceitos distintos a depender da forma como seja violado, não obstante pudesse ser integralmente tutelado pelo mais amplo deles.

autonomizado desse direito (MATOS, 2011: 142, 158-163, 189-190). Corroborando com o posicionamento do nobre autor Fernando Pessoa Jorge (1999: 309), este defende poder haver danos ao crédito sem que haja um correspondente dano à honra.⁴³

Por conseguinte, é possível ainda que a tutela do direito ao esquecimento seja projetada como dimensão do direito ao crédito. Autores indicam até que essa modalidade de proteção do direito a ser esquecido é das mais tradicionais, quando sua existência ainda embrionária transitava entre os direitos penal e do consumidor, logo antecedente às inovações trazidas pela sociedade da informação, não sendo essa constatação novidade nos campos doutrinário e jurisprudencial (RODRIGUES JÚNIOR, 2013).

Até mesmo no âmbito legislativo já há fundamentos para se limitar a divulgação de um fato passado em defesa do direito ao crédito. Não é incomum a existência de leis infraconstitucionais limitando no tempo a licitude da inscrição do nome de consumidores em bancos de dados negativos, como cadastros de mau pagadores (no Brasil, por exemplo, o limite é de cinco anos, nos termos do art. 43, §1º, do Código de Defesa do Consumidor)⁴⁴.

Por outro lado, apesar de ser de algum modo indicativo de proteção jurídica a limitação do tempo que uma informação ofensiva ao crédito poderá constar em bancos de dados negativos ao consumidor, isso não significa dizer que o direito ao esquecimento nessa perspectiva já está positivado. O direito ao esquecimento vai mais além que a regulação de específicos bancos de dados, haja vista que atribui ao titular o direito a objetar a divulgação em qualquer meio e não só em cadastros de proteção ao crédito. A título ilustrativo da diferença das hipóteses em questão, esses mencionados dispositivos legais de proteção do consumidor não impedem, por exemplo, que um portal na internet especializado em

⁴³ Por conseguinte, ao contrário do que concluímos em relação ao bom nome, não é dispensável o art. 484º quanto à tutela do direito ao crédito.

⁴⁴ Reconhece-se, portanto, que a licitude da divulgação de tais fatos ofensivos ao crédito não resiste ao transcurso do tempo (no Brasil, 05 anos), tendo o mal pagador do passado direito a exigir o cancelamento da respectiva inscrição e a ser indenizado pelos danos extrapatrimoniais eventualmente sofridos com a manutenção de seu nome em tais bancos de dados por mais de um quinquênio. A propósito, a responsabilização civil por danos extrapatrimoniais nessa hipótese é tão assente na jurisprudência brasileira que resta sedimentada a configuração de dano moral puro ou dano *in re ipsa*, isto é, presumido, bastando que o consumidor comprove que passou mais de 5 anos inscrito em bancos de dados negativos por causa de um mesmo fato, conforme descrito em precedentes do Superior Tribunal de Justiça: AResp 661456 BA 2015/0009014-7 (julgado em 26/05/2015), AResp 630604 SP 2014/0319658-6 (julgado em 17/03/2015), AResp 688234 TO 2015/0068944-4 (julgado em 29/05/2015), dentre vastíssima quantidade de outros arestos no mesmo sentido.

economia publique uma matéria sobre grandes calotes com proporções nacionais citando seus autores.

Distingue-se ainda o direito à honra de outro direito de personalidade que comumente a ele é associado ou juntamente tutelado, em virtude de a ofensa de um poder corresponder também à violação do outro. Estamos a falar da intimidade da vida privada. A ofensa a esse direito também pode ter em comum um dano à honra, porém essa relação não é necessária, podendo ser verificado um sem a existência do outro. A intimidade da vida privada merece trato autonomizado em relação à honra (o que se adota neste trabalho), tendo em vista que, como expomos, aquela visa à proteção da privacidade, enquanto a honra diz respeito ao conceito interno da pessoa e à sua reputação (bom nome) (CAMPOS/ALMEIDA, 2012: 83; MATOS, 2011: 146-150; MOTA PINTO, 1993: 540-545).

2.1.4. Conclusões Parciais

Acerca das conclusões alcançadas nesse capítulo, são pelo menos quatro direitos da personalidade associados ao direito ao esquecimento – intimidade da vida privada, identidade pessoal, honra e crédito (estando o direito ao bom nome enquadrado no direito à honra) –, todos relacionados aos modos de exercício ou domínios que integram o âmbito de proteção daquele direito, consoante estudado acima (cf. título 1).

O direito ao esquecimento representa a tutela do passado da pessoa, o qual integra o conceito de personalidade humana, intentando seu titular controlar o modo como sua vida progressa é tratada no presente, podendo chegar a exercer interesse juridicamente protegido de proibir a divulgação das respectivas informações, a depender de quão íntimas são ou tornaram-se elas; de quão desatualizadas, descontextualizadas ou ofensivas são.

Quanto à pretensão de apagar ou modificar os registros do passado inscritos em arquivos e bancos de dados, é uma repercussão de ambas as vertentes do direito ao esquecimento⁴⁵, tanto aquela fundada na intimidade da vida privada quanto as baseadas na identidade pessoal, honra ou crédito. Esse modo de exercício, portanto, não modifica a

⁴⁵ Nesse sentido, tratando como modos de exercício do mesmo direito ao esquecimento as prerrogativas de oposição a um tratamento e de apagamento dos respectivos dados, verificamos em obra de María Álvarez Caro (2015: 68-69).

natureza jurídica do direito ao esquecimento nem traz elementos novos que possam conferir-lhe autonomia.

E no que tange à possibilidade de qualquer desses modos de exercício ter como titular um terceiro, pessoa próxima ao envolvido no fato desabonador, discute-se apenas seu interesse jurídico para invocar o direito ao esquecimento nessa situação, também não havendo aqui alteração quanto à natureza do direito em si. Os acontecimentos e realidades em relação a alguém podem afetar a privacidade e a honra das pessoas próximas a ele, mas, nesses casos, o terceiro interessado exerce direito próprio e não direito de pessoa alheia. Essa conclusão decorre da própria lógica geral dos direitos da personalidade, que são personalíssimos e intransmissíveis, em razão de que concordamos que não há aqui uma exceção à cessação da personalidade jurídica com a morte (MOTA PINTO, 1993: 553-554, nota 184)⁴⁶.

Todavia, a aproximação desses direitos da personalidade com o direito ao esquecimento, apesar de ser um substancial indicativo, não é ainda suficiente a concluir com precisão que o direito a ser esquecido é uma perspectiva daqueles, sendo necessário avaliar se as posições doutrinárias que sustentam ser o direito ao esquecimento um direito merecedor de independência ostentam alguma peculiaridade que justifique seu tratamento como um direito autônomo em relação aos demais direitos da personalidade.

2.2. Do Direito ao Esquecimento

Apontamos antes pelo menos duas posições dogmáticas que afirmam ser o direito ao esquecimento merecedor de tratamento autonomizado, seja em razão de tratar-se de um direito típico da sociedade da informação, uma dimensão do direito à autodeterminação dos dados pessoais; seja por conter prerrogativas não protegidas por outros direito da personalidade, sobretudo em virtude da possibilidade de intentar-se o esquecimento de fatos não relacionados à vida privada do titular, os quais outrora foram informados como fatos públicos.

⁴⁶ E mesmo que o fosse, o exercício do direito ao esquecimento *post mortem* não lhe traria elementos que justificassem seu tratamento fora da órbita dos direitos da personalidade, sendo essa questão também discutida nesse mesmo âmbito jurídico.

É fato que, antes da internet, as informações divulgadas pelos meios de comunicação (geralmente escritos), depois de difundidas, passavam a ocupar bancos de dados bem menos acessíveis, como livros, revistas e jornais impressos depositados em arquivos físicos, o que gerava naturalmente um certo esquecimento social a seu respeito. Entretanto, após a difusão da internet como meio de comunicação global, os conteúdos do passado passaram a ser armazenados numa biblioteca universal, acessível por todo o mundo a qualquer tempo e em todo lugar, o que atribuiu dimensões específicas aos direitos tutelados nessa seara (SARLET, 2015; SILVA DE LAPUERTA, 2014: 8; CAUPERS, 2014).

Bem como é verdade que, antes da internet, a informação era controlada e disseminada na sociedade pelas camadas sociais mais privilegiadas, detentoras de poder econômico e político. Com o advento da internet e sua difusão como meio de comunicação global, a todos passou a ser possível informar e a manifestar-se sobre tudo o que lhes interessa, o que demandou maiores discussões sobre a licitude do tratamento de dados na *web* (FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, 2002: 312-313, 320; ROGRIGUES JÚNIOR, 2014).

Além disso, na sociedade da informação, desenvolve-se a cultura de *viver em rede*, que além de trazer para a internet um enorme fluxo diário de informações, alterou substancialmente também o modo como o tempo é dividido na vida das pessoas. As tecnologias multimídias permitem que cada vez mais se interliguem os tempos de trabalho, lazer, estudo, descanso, imbricando a casa e o escritório; levando o homem contemporâneo a ocupar seu tempo com multitarefas, o que implica a aceleração do consumo dos mais diversos conteúdos a todo instante pelas pessoas (CARDOSO, GOMES E CARDOSO, 2007: 626-640; COELHO, 2007: 25-26, 49-50)⁴⁷.

E mesmo imersos nesse universo de dados informatizados, por via dos motores de busca, os internautas podem localizar e aceder numa fração de segundos a toda informação existente na internet, até aquelas mais remotas. Os motores de busca conferem ao usuário um ágil poder de controle sobre aquele oceano de conteúdos digitais.

⁴⁷ Foi indicado no introito deste trabalho que a SI é fruto da 4ª revolução da informação, que os autores não consensualmente ora apontam ter sido antecedida pela invenção da escrita (1ª revolução), do livro (2ª revolução) e da impressão (3ª revolução) (AMARAL, 2007: 86); ora apenas pela criação da impressão (1ª revolução) e dos grandes meios de comunicação de massas (2ª revolução), sendo a SI a terceira revolução da informação (TRIGO, 2006: 559); e ainda pela escrita, imprensa, rádio e televisão, sendo a SI a quinta revolução, representada pela era do hipertexto, interactividade e multimédia on-line (GOMES, 2007: 679).

Ademais, a SI trouxe igualmente profundas mudanças no cenário econômico, desde a criação de novos mercados até a forma como se relacionam seus atores, assim como nas esferas da inovação, produção e consumo. Nesse campo também preponderam os processos de aquisição, tratamento, armazenamento e cruzamento da informação, voltados sobretudo à formação de bancos de dados sobre os perfis de consumo, usos do tempo e preferências dos potenciais consumidores. Logo, é interesse das empresas exploradoras do *e-business* fragilizar a proteção da privacidade humana e manter livre a formação de bancos de informações as mais diversas sobre as pessoas, longe do controle das autoridades e da sociedade (MOREIRA, 2007: 596, 602-604).

Também aos governos interessa a *erosão da privacidade*. O combate aos *cibercrimes* e ao terrorismo demandam que as autoridades controlem o cotidiano das pessoas, mesmo aquelas aparentemente pacíficas e probas. Por conseguinte, é crescente a criação e instalação de dispositivos eletrônicos de captação de áudio e imagens em locais públicos, de *softwares* que varrem a internet e os computadores a ela conectados, de uma forma geral avolumam-se novas TICs destinadas ao monitoramento das pessoas (GOMES, 2007: 863-865; VERÍSSIMO, 2007: 97-100).

Até mesmo os próprios internautas abrem mão da pouca proteção que possuem e passam a renunciar ou a não exercer o direito fundamental à privacidade, anuindo com a devassa de seus dados pessoais em troca de serviços na internet ou inserindo-os deliberadamente nas redes sociais. Por outro lado, muitas das vezes o desprezo da própria vida privada decorre da ignorância dos riscos e das consequências de tais atos, não levando em conta seu titular a profundidade com que os dados são tratados e que serão eternamente armazenados, podendo virem a ser utilizados em seu desfavor ou em prol de finalidades diversas daquela para qual foram recolhidos (VERÍSSIMO, 2007: 97-100)⁴⁸.

⁴⁸ Em rigor, uma pessoa tem o direito de sonegar uma informação ou de guardar um segredo pessoal quando perguntada por uma terceira pessoa a respeito. Ocorre que na SI a cada dia essa prerrogativa vem sendo suprimida pela elevada captação e cruzamento de dados e pelo monitoramento diário da pessoa, por meio de que é possível revelar peculiaridades da intimidade da pessoa mediante o escrutínio das reações instintivas, comportamentos, dados de consumo, etc. Isso possibilita a exposição da intimidade de alguém por meio da captura de conteúdos e informações que, via de regra, são de livre tratamento, como a retratação de fatos da esfera pública da vida de uma pessoa. Portanto, grande é o poder das novas TICs típicas da sociedade da informação, que viabilizam a exposição da intimidade em âmbitos que, em tese, não há proteção jurídica, revelando os novos contornos que o direito à intimidade da vida privada pode vir a ganhar, o que tornaria doutrina caduca a já contestada teoria das esferas de proteção (pública, privada e íntima) (LIMBERGER, 2011: 270-271).

Ocorre que juridicamente é possível a limitação voluntária da intimidade da vida privada por seu titular, bem como de outros direitos da personalidade. O bem avaliado autor Português, Doutor Paulo Mota Pinto (2001: 527-528), fundado no art. 81º, nº 1, do CCP, defende que, desde que não atente aos princípios da ordem pública, o titular pode dispor em alguma medida de sua intimidade, porquanto tem liberdade para tanto, direito este que também integra sua personalidade humana. Observa ainda o autor que tal limitação voluntária aparenta ser, contemporaneamente, uma prática comum, ante a crescente exploração econômica dos direitos da personalidade.

A possibilidade, as repercussões e os limites da autolimitação dos direitos da personalidade por seus titulares é um tema importante, cuja análise é essencial ao deslinde dos questionamentos que pretendemos responder neste trabalho e ao estudo aprofundado da matéria objeto da pesquisa, em razão de que voltaremos a tratá-lo à frente.

Todavia, por si só, os novos desafios impostos à dignidade da pessoa humana pela sociedade da informação e pela internet não podem ser apontados como fundamento suficiente à afirmação de que o direito ao esquecimento consiste em um novo direito. Ademais, como já adiantamos, concordamos com a conclusão segundo a qual o fato de, no meio virtual ou *ciberespaço*, as informações pessoais estarem constituídas em forma de dados informáticos não altera a natureza do bem jurídico que representam ou o direito que as protegem, estando a proteção dos dados pessoais informatizados inclusa no âmbito de proteção dos direitos da personalidade, dentre eles a reserva à intimidade da vida privada (FARINHO, 2006: 44-45)⁴⁹.

Isso é uma consequência da evolução tecnológica sentida no âmbito de proteção da privacidade. Já há bastante tempo, a proteção da privacidade está intimamente relacionada ao desenvolvimento de tecnologias que permitem o escrutínio e a invasão da vida privada das pessoas (WARREN/BRANDEIS, 1890), de modo que a internet e as inovações trazidas pela sociedade da informação desafiam ainda mais a proteção da vida privada, que passou a apresentar novas necessidades.

⁴⁹ Inferimos que a igual conclusão chegou a comissão responsável pela elaboração da exposição de motivos da proposta do Regulamento Geral Europeu sobre a Proteção de Dados Pessoais, que tende a ser o mais importante ato legislativo de proteção dos dados pessoais no âmbito da Comunidade Europeia, que prevê inclusive o direito ao esquecimento (vide tópico 3.3 da respectiva exposição de motivos, disponível para livre consulta na internet, inclusive no portal oficial da União Europeia <europa.eu/index_pt.htm>).

Contemporaneamente, a proteção da privacidade exige ir além da vedação à intromissão externa. Na *vida em rede*, para garantir que a privacidade humana seja protegida, faz-se necessário atribuir a cada indivíduo algum direito de dispor sobre seus dados pessoais, pelo menos em alguma medida, já que o acesso a tais dados por terceiros é de difícil controle nesse meio. Logo a chamada autodeterminação dos dados pessoais (informatizados) está perspectivada no âmbito do direito à privacidade e demais direitos da personalidade (GACITÚA ESPÓSITO, 2014: 45-46; MOTA PINTO: 2001: 528-531).

Desse modo, o fato de as informações pessoais passarem a ter se propagado em meios digitais, sobretudo na internet, que é a *coluna vertebral da sociedade da informação* (RALLO, 2014: 161), não modifica a natureza jurídica do direito ao esquecimento, apesar de inegavelmente ter-lhe conferido novos dimensionamentos, desafios e também relevância no universo jurídico⁵⁰.

Ademais, não verificamos na análise jurisprudencial nem legislativa a consolidação do reconhecimento a um direito de autodeterminação informacional como uma nova espécie. Como visto e também consoante enunciado adiante, o reconhecimento do direito ao esquecimento pelos tribunais passa por um exame de ponderação em concreto, a fim de verificar se o peso da liberdade de expressão e de direitos da personalidade em cada caso justifica o tratamento de dados; e, no âmbito legislativo, observa-se que o tratamento de dados pessoais não depende sempre da anuência do titular ou pessoa em causa, podendo ser justificado em diversas outras razões, inclusive em interesse legítimo do responsável pelo tratamento (matéria estudada no título IV).

Por essas razões, o deslocamento espacial dentro da CRP da proteção dos dados pessoais informatizados para além do art. 26º não significa a tutela de bens jurídicos diversos daqueles protegidos pelos direitos à intimidade da vida privada, identidade pessoal, honra; mas uma proteção especial conferida a esses direitos da personalidade em domínios da sociedade da informação.

⁵⁰ A maior importância conferida agora à não recente discussão sobre o direito ao esquecimento pode ser justificada também na reconhecida disposição das sociedades a celebrar mais a exclusão dos desiguais do que sua integração ou ressocialização (GARAPON, 1997: 233). Desse modo, enquanto o direito ao esquecimento esteve preponderantemente associado à reintegração social de condenados e criminosos não havia como agigantar-se uma discussão a seu respeito, sendo tratado pontualmente pelos tribunais quando provocados a decidir.

Sem dúvidas, a proteção dos aspectos da personalidade humana, representados por dados informatizados, no âmbito da internet, demanda considerações específicas em virtude de suas peculiaridades e das características do meio em que estão inseridos, podendo ser considerado uma dimensão bem definida dos direitos da personalidade, em decorrência dos novos desafios aportados pela Sociedade da Informação (especialmente pela internet).

Seguindo em nossas conclusões, investigamos nos tópicos anteriores que o conteúdo protegido do direito ao esquecimento coincide com os de outros direitos já conhecidos e tutelados, sendo ele uma particular manifestação ou especificação daqueles direitos da personalidade mais densos e já consagrados no universo jurídico, e não uma nova espécie.

No tocante à posição que afirma a autonomia do direito ao esquecimento sob o argumento de que ele contém prerrogativas não protegidas por outros direitos da personalidade, sobretudo em virtude da possibilidade de intentar-se o esquecimento de fatos não relacionados à vida privada do titular, também não é verificável. Foi visto que nesses casos a pretensão de ser esquecido está associada também a outros direitos da personalidade, como o direito à honra. Nesses casos, a informação não precisa necessariamente integrar a vida privada da pessoa em causa.

Por outro lado, em relação a essa segunda posição, é essencial ratificar o que foi tratado acima acerca de fatos e informações que diziam respeito à vida pública de uma pessoa no passado e que passam a importar somente a sua vida privada no presente ou no futuro, por perder pertinência com a esfera da publicidade, transmudando de esfera de proteção da privacidade. O mesmo ocorre na hipótese do chamado *abandono da celebridade*, em que celebridades no passado ou pessoas que por alguma eventualidade adquiriram fama (mesmo sem desejar) deixam de ser famosas, sendo algumas perspectivas reincluídas em seu âmbito privado (MOTA PINTO, 1993: 528, 560, nota 199).

Ante o exposto, concluímos que o direito ao esquecimento é um direito da personalidade que se apresenta como uma perspectiva bem definida de outros direitos da personalidade já consagrados; consistindo, portanto, numa dimensão de outros direitos fundamentais, especialmente do direito à intimidade da vida privada, mas também à identidade pessoal, à honra e igualmente ao crédito. Ressalta-se que isso não retira sua condição de direito fundamental, mas o contrário, ratifica tal natureza, sendo o direito ao

esquecimento perspectivado no âmbito de outros direitos fundamentais, identificados a depender de seu modo de exercício.

Concordamos que a proteção da intimidade da vida privada, a proteção dos dados pessoais informatizados e o direito ao esquecimento integram um mesmo processo de conquista e proteção da privacidade humana frente aos novos desafios que se apresentam com o passar do tempo e do desenvolvimento da vida em sociedade, logo possuem raízes comum (ÁLVAREZ CARO, 2015: 27, 42).

Portanto, tal qual o chamado direito à proteção dos dados pessoais informatizados, o direito ao esquecimento deve ser tratado no campo já conhecido dos direitos fundamentais da personalidade – aproveitando, assim, a respectiva proteção jurídica reforçada – como um âmbito de proteção da personalidade humana ligada ao modo e à finalidade com que o passado de uma pessoa é rememorado e como os dados pessoais recolhidos outrora são tratados no presente. Tal perspectiva da dignidade da pessoa humana, apesar de não ser recente, teve sua importância e *fundamentalidade* redobradas pelos novos desafios trazidos pela sociedade da informação⁵¹.

III – DAS INFORMAÇÕES ORIGINADAS NA INTERNET E A POSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO VOLUNTÁRIA DE DIREITOS DA PERSONALIDADE

Do estudo dos casos clássicos sobre o direito ao esquecimento, notou-se que os meios de comunicação tradicionais exercem a função de propagar os fatos cujo esquecimento se pretendia pela pessoa em causa. Nessa esteira, com o advento da sociedade da informação, e especialmente da internet e todas as suas características já discutidas, foram potencializados os focos de litígios dessa natureza, haja vista seu maior poder de comunicação e propagação dos fatos.

No entanto, a importância e os novos desafios trazidos pela SI e pela internet à discussão do direito ao esquecimento não se resumem a isso. Talvez mais importante sejam os conflitos originados na internet como meio em que também vivem os seres humanos

⁵¹ Prova disso é a adoção legislativa de nomenclatura própria “proteção de dados”, a qual remete à tutela da personalidade humana sobretudo no âmbito da SI, bem como o fato de já estar previsto como direito fundamental na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (art. 8º), no Tratado para Funcionamento da União Europeia (art. 16º), bem como na Constituição Portuguesa (art. 35º).

contemporâneos, quando os próprios internautas inserem seus dados pessoais na rede ou anuem com a captura deles, perdendo em seguida o controle sobre seus destinos.

Foi abordado no capítulo anterior que a crescente cultura de *viver em rede*, que a cada dia captura mais e mais parcelas da sociedade global, em decorrência de exigências não só de convívio social, mas também econômicas, conduz as pessoas a inserir na internet conteúdos de sua vida privada, assim como sua imagem e dados pessoais que interferem em sua reputação e na formatação de sua identidade pessoal.

Ressaltamos ainda o interesse dos que exploram comercialmente a internet em promover a erosão da privacidade e da proteção dos direitos da personalidade de um modo geral, sendo crescente a exploração dos dados pessoais na sociedade atual, aos quais foi atribuído valor econômico. Indiscutivelmente, informações as mais diversas a respeito das pessoas são comercializadas diariamente, seja em forma de bancos de dados destinados a traçar perfis de consumo e de credibilidade, seja em forma de conteúdos pessoais afetos às mais diversas perspectivas da personalidade humana (LIMBERGER, 2011: 269, 286-287).

Nessa esteira, verifica-se não só a inserção deliberada e espontânea de informações pessoais na internet, mas também a permissão de acesso a esses dados em troca da utilização de produtos e serviços *online*.

Ocorre que uma vez incluídas na grande rede, essas informações pessoais são armazenadas eternamente e podem ser encontradas em fração de segundos a qualquer tempo e em qualquer lugar com acesso à *web*, sobretudo com o auxílio dos motores de busca⁵², que garantem que esses dados não se percam na grande rede nem que sejam *esquecidos*. Ademais, também tivemos a oportunidade de expor nas seções anteriores que, depois de inseridas na internet, o titular dos dados perde o controle sobre as finalidades com que passarão a ser tratados e normalmente desconhecem até a profundidade com que seus dados pessoais são capturados.

⁵² É posto em destaque ainda a capacidade dos motores de busca de multiplicar a informação, em razão de que é atribuído ao evento do surgimento dos grandes motores de busca (sobretudo o *google*) importância equiparável com a que é conferida ao evento da difusão da internet como meio de comunicação global, pelo menos acerca da discussão sobre o direito ao esquecimento (SALLA GARCÍA, 2015: 101).

Desse modo, muitas das espontâneas inserções e permissões de tratamento de dados pessoais são feitas por ignorância total ou parcial de seus titulares acerca dos riscos e das consequências a que estão submetidos⁵³.

Por isso, não se deve perder de vista que a capacidade de armazenamento de dados na sociedade da informação, especialmente na internet, e a facilidade de interconexão ou cruzamento dos respectivos bancos de dados nesses meios tornam mais vulneráveis os indivíduos, o que exige um reforço da tutela jurídica não só nacional, mas também internacional, até porque no mundo da internet são desconstituídos os elementos que identificam o Estado (povo, território, soberania) (LIMBERGER, 2011: 268-270, 274).

Por conseguinte, levar em conta também esses fatores por ocasião da análise de uma pretensão de exercício do direito ao esquecimento é de suma importância, porque gravitam em torno de possíveis disposições sobre o conteúdo, limitações voluntárias e excludentes de ilicitude de potenciais atos lesivos de direitos da personalidade.

São causas justificadoras de uma ilicitude ou excludentes da antijuridicidade de um ato, além do exercício regular de um direito ou de um interesse legítimo, o consentimento do lesado (VARELA, 2013: 549, nota 1, 552-553; VAZ SERRA, 1959: 79-101)⁵⁴.

A respeito das causas justificadoras, nas palavras do Doutor Vaz Serra (1959: 5): “há circunstâncias que tiram ao facto danoso a sua ilicitude e que excluem, portanto, a responsabilidade [...] o facto só dá lugar a um dever de indemnização quando for *antijurídico*, pois, se não o for, não há base para a responsabilidade, uma vez que o agente procedeu de acordo com o direito”⁵⁵.

Por outro lado, deve ser ratificado que o conteúdo de alguns direitos da personalidade, em alguma medida, pode ser determinado por seus próprios titulares, o que

⁵³ Mais devastador podem ser os efeitos contra as novas gerações, que, mesmo antes de ter capacidade para anuir, desde o primeiro dia de vida, já começam a ter formado um perfil na internet, por meio de fotos, relatos, comentários e informações em geral acerca do contexto cultural e socioeconômico em que vivem. Essas informações são armazenadas por tempo indeterminado na *web* e poderão ser utilizadas no futuro, influenciando assim no desenvolvimento da personalidade da pessoa (VERÍSSIMO, 2007: 100). Essa preocupação foi repercutida no Regulamento Geral Europeu sobre a Proteção de Dados, conforme é tratado no capítulo seguinte.

⁵⁴ Acrescenta-se ainda as causas de justificativa da ilicitude tipificadas nos arts. 336º (ação direta), 337º (legítima defesa) e 339º (estado de necessidade) do Código Civil Português.

⁵⁵ Na mesma direção, os Doutores António Menezes Cordeiro (2010: 444) e Fernando Pessoa Jorge (1999: 154).

não se confunde com causas justificativas da ilicitude. Recordamos o que foi tratado acima acerca do âmbito de proteção da intimidade da vida privada, por exemplo (subtítulo 2.1).

Em resumo, foi destacado que a determinação da intimidade da pessoa dá-se sob duas perspectivas, uma interna e outra externa. A primeira, é volitiva, depende da vontade do próprio titular a respeito do que ele entende por espaço de intimidade, definindo ele mesmo o que é privado e o que compreende ser público (conforme seu estilo de vida e sua postura acerca da preservação da intimidade). A segunda, o chamado elemento valorativo externo, equivale ao já mencionado modo como a comunidade em que o indivíduo está inserido desenha os confins da vida privada (FARINHO, 2006: 45-50).

Parece clara a possibilidade de a pessoa conformar sua vida privada, definindo limites internos ou imanentes à amplitude de proteção conferida a esse direito fundamental. Nesses casos, não se está diante de uma limitação voluntária de um direito ou do consentimento com sua violação, mas da determinação do próprio âmbito protegido desse direito da personalidade (MOTA PINTO, 1993: 460-461; MOTA PINTO, 2001: 531-532).

Nesses casos, além da dispensa do consentimento da pessoa em causa, efeitos importantes se produzem também em relação à revogabilidade do poder de intromissão e divulgação de fatos da vida privada conferido a terceiros (MOTA PINTO, 1993: 460, nota 199; MOTA PINTO, 2001: 533).

Ocorre essa conformação de conteúdo, por exemplo, quando o titular insere voluntariamente aspectos de sua vida privada em sites, blogs e redes sociais de livre acesso (ou de que possa decorrer um conhecido acesso amplo e liberado).

Porém, a resposta se torna menos clara nos casos de redes sociais restritas a um grupo determinado de pessoas ou quando apenas certas pessoas de um grupo maior são autorizadas a aceder aos conteúdos íntimos inseridos pela pessoa em causa. Nesses casos, compreendemos estar-se nos domínios da limitação voluntária de direitos da personalidade (nesse caso, da intimidade da vida privada), visto que os respectivos conteúdos e dados pessoais continuam inseridos no âmbito de proteção da privacidade, apenas o titular faz uma graduação da satisfação desse direito, limitando-o em relação a determinadas pessoas, aspectos ou durante certo período de tempo. Essa limitação do direito pode ser feita inclusive mediante contraprestação pecuniária (MOTA PINTO, 1993: 462).

Em hipóteses como essa, partindo do pressuposto de que apenas o titular possui prerrogativa para autolimitar sua vida privada, havendo *vazamento* dos conteúdos, deve-se buscar no caso concreto se esses limites restaram claros, se houve autorização para que os conteúdos fossem divulgados para além do respectivo meio e quão extensa foi essa abertura à privacidade, porquanto a permissão de que determinadas pessoas acessem à vida privada de alguém não significa o consentimento para *publicizar* a privacidade da pessoa⁵⁶. No curso da vida de qualquer ser humano, é comum o compartilhamento de aspectos da intimidade da vida privada com algumas pessoas, não significando que essas podem tornar públicos os fatos e as informações que teve acesso por causa dessa relação de confiança⁵⁷.

Ao contrário dos casos de conformação do conteúdo protegido ou determinação de limites internos ou imanentes acerca do direito pelo seu próprio titular, a limitação voluntária exige seja dado consentimento livre e esclarecido da pessoa em causa, devendo ser levado em consideração se há alguma relação de hierarquia ou poder que possa conduzir irresistivelmente a pessoa a consentir; bem como se o titular detém os conhecimentos necessários para não ser levado a erro. Além disso, a limitação não pode ser ilimitada, estando vinculada aos limites de ordem pública, temporalmente e aos fatos e finalidades que prevê, porquanto o titular tem a prerrogativa de definir os poderes do beneficiado com a limitação de sua intimidade⁵⁸ (MOTA PINTO, 1993: 563-564; MOTA PINTO, 2001: 540-541, 550).

O consentimento não tem, porém, forma determinada, podendo inclusive não ser por escrito e ser dado até tacitamente. Em caso de dúvidas se realmente foi dado o consentimento, o ônus da prova incumbe a quem dele se beneficiou e não ao titular do direito (MOTA PINTO, 2001: 539).

⁵⁶ Outra questão importante em relação a litígios desse gênero, porém, é a possibilidade de imputação de ilícitos e responsabilização dos prestadores de serviços na internet (administradores de sites e redes sociais, provedores de internet, motores de busca). A esse respeito trataremos nos capítulos seguintes.

⁵⁷ A essas contendas, por analogia, a depender da hipótese concreta, parece serem aplicáveis as teorias da proteção da vida privada e a consequente possibilidade de responsabilização civil entre cônjuges, entre incapazes e seus representantes. Nesses casos, é patente a proteção da vida privada e a possibilidade de ser configurada uma responsabilização em razão da divulgação de conteúdos da vida privada do outro (MOTA PINTO, 1993: 555-559).

⁵⁸ Em razão de tratar-se de um direito fundamental, apesar de ser possível a revogação da limitação voluntária realizada, o titular do direito não estará isento da responsabilidade pela reparação das perdas e danos eventualmente suportados por aqueles beneficiados pelo consentimento antes conferido, nos termos do art. 81, n. 2, do CCP.

Desse modo, a limitação voluntária da proteção dos dados pessoais deve assegurar ao seu titular a possibilidade de voltar atrás no futuro, podendo ele passar a impedir ou limitar o acesso aos mesmos dados (RODRIGUES JÚNIOR, 2013).

Mas a limitação voluntária também não se enquadra como causa justificativa do ilícito, sendo outra modalidade de consentimento, pois atua também no campo da limitação do conteúdo do direito, porém não de uma forma generalizada em razão do estilo de vida ou das condições pessoais do titular, e sim por decisão específica da pessoa em causa, limitando-o em favor de terceiros, aspectos ou por algum período de tempo. A distinção se verifica porque, no caso do consentimento como limitação voluntária, não há sequer a lesão ao direito, enquanto no consentimento como causa justificativa a violação ocorre, porém, a ilicitude é excluída pela anuência do lesado com o ato. Pela limitação voluntária o titular do direito atua sobre a parte disponível do âmbito protegido do direito, sendo inclusive chamado também de limitação por acordo ou ato negocial (MOTA PINTO, 2001: 534-538).

Portanto, três hipóteses distintas que conduzirão ao afastamento de uma responsabilização foram tratadas aqui: a conformação do conteúdo pelo titular (art. 80º, n. 2, do CCP); a limitação voluntária (art. 81º do CCP); e o consentimento como causa justificativa da ilicitude (art. 340º do CCP). Nas duas primeiras hipóteses não chega a ocorrer uma lesão ao direito, enquanto na última a lesão ocorre, mas o titular coaduna com ela, afastando a ilicitude⁵⁹.

Nessa esteira, estando o direito ao esquecimento enquadrado no âmbito dos direitos da personalidade, e com especialidade nos domínios do direito à intimidade da vida privada, é de suma importância levar em conta também, por ocasião do equacionamento de sua natural colisão com a liberdade de expressão, a existência de eventos como os ora tratados, os quais inclusive foram considerados pela legislação comunitária europeia e também na portuguesa e brasileira, consoante abordado no capítulo seguinte.

⁵⁹ Pode-se acrescentar ainda a hipótese de *não exercício*, em que a lesão ao direito ocorre, não há causa que exclua a ilicitude, mas o titular decide não exercer as prerrogativas que lhe assistem em razão da violação ao direito (MOTA PINTO, 2001: 534, nota 12).

IV – AMPARO LEGISLATIVO NO DIREITO EUROPEU, EM PORTUGAL E NO BRASIL

As colisões de direitos fundamentais não são discutidas apenas em sede de casos concretos, isto é, quando um tribunal é chamado a decidir. Também em abstrato são extraídos importantes contributos ao seu equacionamento, prestados ordinariamente pelo legislador, por via de normas jurídicas restritivas, regulamentadoras e harmonizadoras (VIEIRA DE ANDRADE, 2012: 298-299).

Uma compreensão assim a respeito do âmbito de proteção dos direitos fundamentais viabiliza o diálogo institucional acerca da harmonização dos direitos fundamentais, por via da aceitação de normas que regulam colisões, as quais iniciam a construção da solução a ser aplicada em concreto pelo *juiz*, pois tanto será mais fácil solucionar as colisões quanto mais se conheça os respectivos direitos em análise (MATOS, 2011: 87 e 111; VIEIRA DE ANDRADE, 2012: 271-272, 277-278, 298-299)⁶⁰.

Assim, importa tratar dos amparos legislativos a que o intérprete pode e deve socorrer-se no direito comunitário europeu, fazendo-se análise ainda da legislação portuguesa e também brasileira, com o fim de cercar a problemática em estudo, a qual é geradora de colisões entre direitos fundamentais da personalidade e as liberdades de expressão, como já tivemos a oportunidade de abordar e consoante é exposto de modo mais analítico no próximo capítulo.

⁶⁰ Com efeito, é inegável que a Constituição traz limitações expressas ao âmbito de proteção dos direitos fundamentais, muitas vezes na mesma norma que os consagra – exemplificativamente, o art. 34, n.º 3, da CRP (“salvo em situação de flagrante delito”), o art. 45, n.º 1 (“pacificamente e sem armas”); na Constituição brasileira são exemplos o art. 5.º, IV, XI, XVI –; outras vezes em norma distinta – é o caso do dever de pagar tributo em relação ao direito de propriedade, previsto tanto em Portugal quanto no Brasil –; bem como limites implícitos em decorrência da manifesta incompatibilidade de direitos fundamentais previstos na Constituição. Também reputamos irrefutável a existência de normas jurídicas infraconstitucionais gerais e abstratas que harmonizam colisões de direitos fundamentais ainda em abstrato, as quais estabelecem balizas que vinculam o juiz por ocasião do julgamento de casos concretos. Utilizando como exemplo a comum colisão entre a liberdade de expressão e o direito à honra objetiva (reputação, bom nome), o legislador ordinário Português, ao passo que tipificou como crime de difamação a atribuição de fato ofensivo e inverídico a outra pessoa (art. 180.º, n.º 1, do Código Penal, que é uma típica declaração de *limite imanente* por via legislativa), criou o instituto da *exceção da verdade* (art. 180.º, n.º 2, “b”), do Código Penal), que é uma excludente da responsabilidade criminal, mediante comprovação de que os fatos divulgados são verdadeiros. Por outras palavras, enquanto a transmissão falsa de fato desabonador a respeito de outra pessoa é um modo de exercício da liberdade de expressão ao qual foi negado proteção Constitucional (logo posto fora do âmbito de proteção do respectivo direito fundamental, isto é, um limite interno ou imanente); se comprovada a veracidade do fato, tal imputação está compreendida no âmbito de proteção do direito à liberdade de expressão, logo protegido pela Constituição e não criminalizável. O mesmo se aplica no Brasil, de acordo com o art. 138 e seu §3º, do Código Penal.

1. Legislação Europeia

A perseguição dos objetivos previstos nos Tratados em que a União Europeia se propõe a executar é feita por meio de atos legislativos, sobretudo, por via de regulamentos e diretivas, os quais são atos vinculativos dos Estados-membros. Nessa esteira, a respeito da proteção dos dados pessoais no âmbito da comunidade europeia, relacionado à SI e aos específicos problemas objeto deste trabalho, é importante conhecer especialmente as diretivas nº 95/46/CE e 2000/31/CE, assim como, apesar de ainda não produzir efeitos vinculativos, o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados Pessoais⁶¹.

A diretiva nº 95/46/CE (marco legislativo europeu em matéria de proteção de dados pessoais)⁶² prevê dispositivos normativos que fundamentam o reconhecimento de um direito ao esquecimento (SALLA GARCÍA, 2015: 106). Muitos são os artigos em matéria de proteção de dados pessoais e sua circulação pelo continente europeu previstos na respectiva diretiva⁶³, interessando-nos aqui investigar apenas aqueles que sirvam de fundamento ao direito em estudo.

Com efeito, há normas na diretiva nº 95/46/CE que sustentam esse direito, desde que o exercício da liberdade de expressão no caso concreto não seja legítimo ou não prepondere em relação aos direitos do titular dos dados pessoais, de acordo com as balizas apontadas naquela norma. Portanto, trata-se de uma norma harmonizadora de colisões de direitos fundamentais.

⁶¹ O direito à proteção dos dados pessoais está previsto, originariamente, no direito europeu, na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (art. 8º) e no Tratado para Funcionamento da União Europeia (art. 16º).

⁶² Essa diretiva visou a tornar equivalentes as legislações dos países membro da União Europeia a respeito da proteção de dados pessoais, em razão de ter-se verificado grande disparidade legislativa entre eles, o que gerava entraves à livre circulação econômica, que exige o livre trânsito também de dados, iniciando assim a formação do *espaço europeu de proteção* de dados pessoais (GACITÚA ESPÓSITO, 2014: 174-175).

⁶³ Inicialmente, ressalta-se que o art. 2º/a define “dados pessoais” como qualquer informação a respeito de uma pessoa identificada ou identificável; e a *alínea b* do mesmo artigo conceitua “tratamento de dados” como qualquer operação automatizada ou não realizada sobre dados pessoais (indicando rol exemplificativo de tais operações, tais como, recolha, organização, conservação, alteração, recuperação e destruição). Além disso, o art. 3º, nº 1, prevê aplicação da diretiva a todo tratamento de dados no âmbito europeu, automatizado ou não, excluídos apenas aqueles tratamentos realizados por pessoa singular com fins exclusivamente pessoais ou domésticos, ou aqueles tratamentos voltados à segurança do Estado e aos domínios do direito penal. Ressalta-se também que, de acordo com o art. 1º, nº 1, é objetivo das regulamentações trazidas pela diretiva proteger, além das liberdades, os direitos fundamentais, “nomeadamente o direito à vida privada”, adiantando a base axiológica das prerrogativas nela previstas, inclusive as que se referem ao direito ao esquecimento.

O art. 6º, nº 1, da diretiva, disciplina a qualidade exigida ao tratamento de dados, impondo aos responsáveis pelo tratamento de dados lealdade e licitude, além de intentarem atender a finalidades explícitas e legítimas. O mesmo dispositivo assevera que os tratamentos de dados devem ajustar-se ao *transcurso do tempo*, mantendo compatibilidade com as finalidades para que foram realizados inicialmente, devendo serem ainda adequados, pertinentes e não excessivos, bem como exatos e atualizados, podendo vir a serem *apagados* ou retificados se deixarem de observar tais exigência de qualidade.

Em relação à legitimidade do tratamento de dados, o art. 7º prevê as hipóteses em que o tratamento de dados pessoais pode ser considerado lícito, quais sejam: *com o consentimento do titular dos dados*; havendo previsão contratual que vincule o titular; para cumprimento de obrigação legal do responsável pelo tratamento; para atender a interesses vitais do titular; para cumprir interesse público ou em exercício de autoridade pública; e a última, e mais geral, quando *o tratamento for necessário para prosseguir interesses legítimos do responsável pelo tratamento ou do terceiro a quem os dados sejam comunicados, desde que não prevaleçam os interesses ou direitos do titular dos dados* (alínea f).

O art. 8º, nº 1, trata dos dados pessoais sensíveis, aos quais é dado maior proteção, sendo, em rigor, vedado o tratamento de tais dados pessoais. Dados dessa natureza são os que revelam a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas, a filiação sindical, e informações relativas à saúde e à vida sexual da pessoa em causa⁶⁴. Todavia, o nº 2 do mesmo dispositivo elenca diversas exceções, dentre elas a hipótese de *limitação voluntária* de direito pelo titular dos dados; não prevendo, porém, aquela cláusula geral de exercício legítimo de direito ou interesse, denotando assim que nessa seara não haverá exercício legítimo da liberdade de expressão. Por outro lado, autoriza os Estados-membros a adotar outras derrogações a tal proteção, inclusive para conciliá-la com as normas de proteção à liberdade de expressão (art. 9º), o que pode tornar-se necessária a remissão ao direito nacional por ocasião da análise de um caso concreto.

⁶⁴ A maior proteção conferida aos dados sensíveis justifica-se também pela importância na prevenção contra a discriminação e na promoção da igualdade, porquanto a exposição de dados dessa natureza a respeito de uma pessoa pode colocar o indivíduo em situação de desigualdade ou de discriminação, por exemplo, numa seleção de emprego (LIMBERGER: 2011: 286-287).

A diretiva nº 95/46/CE traz ainda prerrogativas aos titulares dos dados, dentre as quais, ao lado do direito de informação sobre vários aspectos (art. 10º e 11º), os direitos de acesso (art. 12º/a), de retificação, *apagamento* e *bloqueio* dos dados pessoais *inadequadamente tratados* (art. 12º/b)⁶⁵.

Ademais, no art. 14º/a está previsto o *direito à oposição*, que, intentando a proteção de interesses legítimos do titular dos dados, pode ser exercido a qualquer momento do tratamento de dados, sobretudo quando este se fundamente em exercício de interesse ou de autoridade pública, e ainda de direito ou interesse do responsável pelo tratamento.

Portanto, da interpretação sistemática da diretiva nº 95/46/CE (sobretudo dos arts. 6º, nº 1; 12º/b; e 14º/a), é possível extrair que um tratamento de dados originariamente lícito pode tornar-se ilícito com transcurso do tempo, autorizando a pessoa em causa a exercer as prerrogativas de oposição, bloqueio e até apagamento dos respectivos dados pessoais. Assim, não há dúvidas que é viável fundamentar o direito ao esquecimento no âmbito da diretiva nº 95/46/CE.

Destaca-se, ainda que previsto não expressamente, a presença marcante na diretiva nº 95/46/CE do princípio da proporcionalidade como método de ponderação dos valores fundamentais em colisão, logo de concretização dos direitos nela disciplinados (ÁLVAREZ CARO, 2015: 75).

Exista ainda outra diretiva da União Europeia que importa conhecer. A diretiva 2000/31/CE trata da prestação de serviços na sociedade da informação e do comércio eletrônico, sendo-nos interessante analisar alguns conceitos, distinções e também limitações de responsabilidade trazidos por essa legislação comunitária, os quais incidem diretamente na discussão sobre o direito ao esquecimento.

Para tal diretiva, prestação de serviço na sociedade da informação significa, exatamente, qualquer serviço da SI, isto é, serviços prestados normalmente mediante remuneração, à distância, por via electrónica e a pedido individual de um destinatário deles (art. 1º/a, que remete a outra diretiva). Nessa definição pode-se incluir, sem grandes esforços

⁶⁵ Em todo caso, o art. 13º autoriza os Estados-membros da União Europeia a editar leis internas derogatórias dos direitos e obrigações previstos nos citados art. 6º, nº 1, 10º, além dos dispostos nos arts. 12º e 21º.

interpretativos, os serviços prestados pelos motores de busca, redes sociais, blogs, os quais geralmente são indiretamente remunerados.

Por *prestador de serviço*, a diretiva considera, precisamente, qualquer pessoa, singular ou coletiva, que preste um serviço no âmbito da sociedade da informação (art. 1º/b).

Dentre as muitas regulamentações feitas pela diretiva 2000/31/CE, interessa-nos aquelas localizadas em seu capítulo II, seção 4 (arts. 12º a 15º), que se destina à responsabilidade dos prestadores *intermediários* de serviços, em relação aos quais são feitas derrogações de responsabilidade, devendo os Estados-membros velarem para que não sejam diretamente responsabilizados, em virtude de não eles os autores dos conteúdos postados na *web*.

São considerados prestadores intermediários aqueles que prestam serviços de *simples transporte*, consistente na disponibilização de acesso a uma rede ou na transmissão de informações não originadas nem destinadas por eles, e cujos conteúdos não são por eles modificados (art. 12º)⁶⁶; de *armazenagem temporária (caching)*, que diz respeito ao serviço de armazenamento automático, intermédio e temporário de informações, efetuado apenas com o objetivo de tornar mais eficaz a transmissão posterior da informação a pedido de destinatários do serviço, desde que não modifique a informação, respeite as condições de acesso e atualização do respectivo conteúdo, que não se utilize da tecnologia para obter dados de uso da informação, e que adote medidas necessárias à remoção ou bloqueio da informações logo que tome ciência de ela deixou de ser disponível na origem, inclusive quando determinado por autoridade competente (art. 13º); e de *armazenagem em servidor*, que corresponde ao serviço de armazenamento de informações fornecidas pelo destinatário do serviço, desde que não tenha conhecimento de eventual ilicitude relacionada aos conteúdos e, quando tome ciência, adote providências para apagar ou bloquear o acesso, bem como não exerça autoridade ou controle sobre o destinatário do serviço (art. 14º).

Em relação a esses prestadores de serviços na sociedade da informação, o art. 15º, nº 1, da diretiva, assevera não existir obrigação geral de vigilância desses prestadores em

⁶⁶ Destaca-se que o art. 12º, nº 2, acrescenta que as atividades de transmissão e de viabilização de acesso mencionadas no nº 1 (tratadas no texto) abrangem a armazenagem automática, intermédica e transitória das informações transmitidas, desde que essa armazenagem sirva exclusivamente para a execução da transmissão na rede de comunicações e a sua duração não exceda o tempo considerado razoavelmente necessário a essa transmissão.

relação às informações que transmitam e/ou armazenam, bem como de fatos ou circunstâncias a elas relacionadas; portanto, não têm eles dever de fiscalização ativa dos respectivos conteúdos originados pelos destinatários dos serviços que prestam.

Nesse aspecto, autores que se ocupam com a pesquisa da matéria apresentam algumas perplexidades ao analisar em conjunto as diretivas 95/46/CE e 2000/31/CE, especialmente em virtude de o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) ter reconhecido em 2014, em julgamento que ganhou repercussão mundial, a responsabilidade do motor de busca *Google* em relação aos conteúdos que indexa na internet sem sequer fazer menção àquelas derrogações de responsabilidade previstas na diretiva 2000/31/CE (ÁLVAREZ RIGAUDIAS, 2014: 112, 116)⁶⁷. Esse caso é analisado em pormenores no último capítulo.

Por um lado, o art. 1º, nº 5/b, da diretiva nº 2000/31/CE, prevê expressamente que suas normas não produzem efeitos em relação às hipóteses de aplicação da diretiva nº 95/46/CE, o que, em rigor, afastaria as dúvidas suscitadas acerca da compatibilidade dessas diretivas.

Por outro lado, a depender da interpretação dada a ambas as legislações, essa previsão da diretiva nº 2000/31/CE acaba por esvaziar parcialmente seu conteúdo, sobretudo em relação às regulamentações acerca da responsabilidade dos prestadores intermediários de serviços, tendo em vista que a diretiva nº 95/46/CE, no seu art. 3º, prevê sua aplicação a todo *tratamento de dados pessoais* no âmbito do direito comunitário europeu, automatizado ou não, excluídos apenas aqueles tratamentos realizados por pessoa singular com fins exclusivamente pessoais ou domésticos, ou aqueles tratamentos voltados à segurança do Estado e aos domínios do direito penal.

Ademais, a diretiva nº 95/46/CE define *dados pessoais* como qualquer informação a respeito de uma pessoa identificada ou identificável (art. 2º/a); conceitua *tratamento de dados* como qualquer operação, automatizada ou não, realizada sobre dados pessoais, indicando, dentre muitas e sem prejuízo de outras, as operações de recolha, organização,

⁶⁷ A autora critica ainda o TJUE pelo fato de, em momento algum da análise dos critérios a serem levados em conta por ocasião da ponderação da colisão no mesmo caso (*Google Spain vs. Mario Costeja González*, processo C-131/12), ter feito menção à impossibilidade de serem tratados dados sensíveis sem o consentimento da pessoa em causa ou sem incidência em alguma das exceções legais previstas a esse respeito (ÁLVAREZ RIGAUDIAS, 2014: 116).

conservação, consulta, comunicação por transmissão, difusão ou qualquer outra forma de colocação à disposição, com comparação ou interconexão (art. 2º/b); e estabelece como *responsável pelo tratamento* qualquer pessoa, individualmente ou em conjunto, determine os meios de tratamento e as finalidades dos dados pessoais (art. 2º/d).

Portanto, fatalmente, muitos prestadores intermediários de serviços estão vulneráveis à responsabilização, podendo serem responsabilizados mesmo não tendo ingerência sobre as informações que transportam ou armazenam nem obrigação geral de fiscalização da licitude dos respectivos conteúdos (nos termos da diretiva 2000/31/CE), a dependente da compreensão que seja feita.

Tais prestadores apenas estão livres de responsabilização se atuarem na condição de *subcontratados*, hipótese em que o *responsável pelo tratamento* contrata outrem para realizar o tratamento de dados por sua conta e risco, determinando aquele os meios de tratamento e as finalidades dos dados pessoais objeto de tratamento (art. 2º/e em combinação com o art. 23º, ambos da diretiva nº 95/46/CE). E ainda, livram-se de responsabilização quando comprovem que os fatos causadores dos danos não lhe são imputáveis (art. 23º, nº 2).

Desse modo, com efeito, a perplexidade demonstrada por alguns autores é justificável, pelo menos até certo ponto, ante a difícil compatibilização das analisadas diretivas europeias a respeito da responsabilidade dos prestadores intermediários de serviços no tocante ao tratamento de dados pessoais em meio digital, o que poderá exigir grande esforço interpretativo a depender do caso a serem aplicadas. Voltaremos a tratar o assunto à frente, por ocasião do estudo de casos, quando veremos que o TJUE imputou deveres a prestador intermediário mesmo num caso em que a informação foi licitamente publicada na origem do tratamento e onde o conteúdo permanecia disponível.

Ocorre que a diretiva nº 95/46/CE será em breve expressamente revogada, em decorrência da entrada em vigor e aplicação do Regulamento Geral Europeu sobre Proteção de Dados Pessoais (o que se espera acontecer em algum momento do ano 2018), o qual, na qualidade de regulamento, vinculará diretamente a todos os Estados-membros e dispensará a adoção de normas internas de transposição para os respectivos ordenamentos nacionais.

Na exposição de motivos da proposta do regulamento geral, foi destacado que, apesar da manutenção da validade dos objetivos e princípios adotados por meio da diretiva

nº 95/46/CE, observou-se uma fragmentação da proteção dos dados pessoais no âmbito da União Europeia, tendo em vista que a diretiva, por sua natureza, exige normas nacionais de transposição, além de prever a possibilidade de derrogação de suas regulamentações quando transpostas aos ordenamentos dos respectivos Estados-membros. Isso, somado ao fato de ser livre a transmissão de dados pela internet na Comunidade Europeia, inviabiliza que tais problemas sejam tratados no âmbito interno de cada nação, exigindo a harmonização dos instrumentos jurídicos e a adoção de um quadro de proteção à nível comunitário.

Foi declarado também na citada exposição de motivos que a adoção do Regulamento Geral intenta a combater o ainda persistente sentimento geral de insegurança e desconfiança frente aos riscos existentes nas operações realizadas na internet, o que, ao modo de ver dos estudos realizados ao longo dos muitos anos de vigência da diretiva nº 95/46/CE, enfraquece o mercado digital, porquanto afugenta potenciais negociantes e consumidores que, temendo os riscos de insucesso nas transações, optam por outros meios comerciais.

Quanto ao conteúdo do Regulamento, considerando que foram mantidos os objetivos e princípio da diretiva nº 95/46/CE, é válido ressaltar os principais acréscimos e modificações trazidos e que têm alguma relação substancial com o objeto de nossa pesquisa.

Já no art. 2º, nº 3, do Regulamento, está prevista a manutenção dos arts. 12º a 15º da diretiva 2000/31/CE (relativas aos prestadores intermediários de serviços), sendo o regulamento aplicado sem prejuízo dessa diretiva.

Em relação ao tratamento de dados posterior a um tratamento anterior com finalidade distinta, dispõe o art. 6º, nº 4, do Regulamento, não poder o responsável pelo tratamento alegar que o fez com fundamento em interesses legítimos próprios, podendo fundar-se apenas no consentimento do titular dos dados⁶⁸, na execução de contrato ou dever jurídico, na proteção de interesses vitais do titular, no exercício de autoridade pública ou em interesse público legítimo.

Acerca dos dados pessoais considerados sensíveis (agora chamados de *categorias especiais*), o regulamento acrescentou os dados genéticos e as informações relacionadas à orientação sexual e a condenações penais ou medidas de segurança conexas (art. 9º),

⁶⁸ Acerca dos requisitos para que o consentimento do titular dos dados possa ser considerado válido, tratamos no capítulo anterior a seu respeito, estando tais condições previstas nos art. 7º e 8º do Regulamento Geral.

mantendo os demais gêneros dispostos na diretiva nº 95/46/CE, mas prevendo diversas exceções à vedação ao tratamento de tais dados, mantendo inclusive o consentimento do titular dos dados.

A respeito das prerrogativas dos titulares dos dados, o Regulamento prevê os direitos de informação (art. 14º), de acesso (art. 15º), de retificação (art. 16º), de portar os dados (art. 18º), *de oposição* (art. 19º), *a não se sujeitar a medidas automáticas de definição de perfis* (art. 20º), a ser comunicado de violação de seus dados (art. 32º), de queixa (art. 73º), à indenização (art. 77º, nº 1), sem prejuízo de outras prerrogativas e proteções trazidas no regulamento geral.

Mas é no art. 17º que se encontra a regulamentação mais importante ao objeto desta pesquisa. O direito ao esquecimento foi substancialmente disciplinado no regulamento geral sobre proteção de dados pessoais nesse artigo. O art. 17º prevê expressamente o direito a ser esquecido e ao apagamento dos respectivos dados pessoais, tendo o titular, desde que preenchidos os requisitos necessários, o direito subjetivo ao apagamento dos dados pessoais que lhe digam respeito e à cessação da comunicação deles, especialmente quando os tenha fornecidos quando ainda era uma criança.

O direito ao esquecimento e o conseqüente apagamento também é aplicável quando tais dados deixem de ser necessários à finalidade para qual foram tratados ou recolhidos; se o consentimento do titular for por ele retirado ou tiver expirado o período consentido; se o titular exerce o direito de oposição em relação a eles; e se, de algum modo, o tratamento de dados em causa não observou as normas do regulamento.

O art. 17º, nº 2, do regulamento, estabelece ainda que o responsável pelo tratamento deve, além de cessar a comunicação ou apagar os dados, tomar providências razoáveis para que tal medida seja eficaz, inclusive informando os terceiros que tenham tratado os mesmos dados por meio dele. O responsável pelo tratamento responde solidariamente pelos atos dos terceiros que tenha autorizado a realizar tratamento dos mesmos dados.

Ademais, nos termos do art. 17º, nº 3, o responsável será obrigado a providenciar o apagamento dos dados imediatamente, salvo se demonstrar estar a exercer legitimamente direito de liberdade de expressão; a perseguir interesse público da saúde pública; a visar a fins de investigação histórica, estatística ou científica; ou a cumprir dever legal de conservação dos respectivos dados.

Em outras hipóteses do regulamento (art. 17º, nº 4), o responsável deverá restringir o tratamento de dados, quando sua exatidão for contestada pelo titular dos dados; quando o tratamento já tenha alcançado sua finalidade mas o responsável os mantenha para fins de prova; quando assim for solicitado preliminarmente pelo titular que se opõe ao apagamento dos dados tratados ilicitamente (e não quer que continuem sendo livremente tratados); quando, em relação a dados inseridos em sistemas de tratamento automático, o titular deseje transmiti-los em outro sistema automático (direito do titular previsto no art. 18º, nº 2, do regulamento). A restrição ao tratamento supramencionada significa apenas a conservação dos dados; o uso para fins de prova; a utilização com anuência do titular ou para proteção de direitos de outra pessoa; ou outro tratamento necessário à satisfação de interesse público, mediante notificação do titular (art. 17º, nº 5 e 6, do Regulamento).

Quanto à responsabilidade pelo tratamento de dados, o art. 77º do regulamento prevê a responsabilidade conjunta e solidária dos responsáveis pelo tratamento dos dados e seus subcontratados, salvo se algum deles comprovar que não participou das causas dos danos, hipótese em que sua responsabilidade será excluída.

Ainda assim, observa-se que a disciplina do direito ao esquecimento no Regulamento Geral é, em muitos aspectos genérica, marcada por expressões jurídicas não determinadas (p. ex., *interesse público*, *exercício da liberdade de expressão*, *medidas razoáveis*, *investigação histórica*⁶⁹), por hipóteses pendentes de determinação legislativa (p. ex., *cumprimento de obrigações jurídicas previstas pelo direito da União ou dos Estados-membros* e todas as matérias elencadas no art. 17º, nº 9, do regulamento).

Além disso, persistem os questionamentos levantados acerca da aplicação das diretivas nº 2000/31/CE e o Regulamento Geral acerca da responsabilidade dos prestadores intermediários de serviços; porquanto, apesar de revogar eventuais derrogações de responsabilidade conferidas em legislações nacionais (pois um regulamento tem aplicação direta e vinculativa), manteve em vigor aquela diretiva (art. 2º, nº 3), nada mais sendo disciplinado no Regulamento que facilite a compatibilização dessas normas.

⁶⁹ Exemplificativamente, a respeito da definição do que seja um fato histórico grandes complexidades se apresentam, pois é possível considerar histórico um acontecimento do dia anterior? Importantes autores apontam que a escrita da história presume um distanciamento temporal entre o fato descrito e a sua divulgação (MOTA PINTO, 1993: 576).

Portanto, o regulamento reconhece e cerca em muitas perspectivas o direito ao esquecimento, mas seu campo de aplicação ainda reserva muitas perplexidades e aspectos a serem conformados por novos atos legislativos e sobretudo pela interpretação dos Tribunais quando chamados a decidir casos concretos.

2. Legislação Portuguesa

Em Portugal, levando em conta ainda a legislação europeia analisada acima, os principais atos normativos sobre proteção e circulação de dados pessoais são a lei nº 67/98 (que transpôs para o ordenamento interno a diretiva nº 95/46/CE) e o decreto-lei nº 7/2004 (que transpôs a diretiva nº 2000/31/CE), além das previsões constitucionais (arts. 26º, nº 1, 2 e 3, 35º, 37º e 38º da CRP) sobre a matéria⁷⁰.

Antes, porém, de figurar em leis, as consequências jurídicas trazidas pela SI e especialmente pela internet, dentre as quais a colisão da liberdade de expressão com os direitos de personalidade dos internautas nesse meio em específico, foram objeto de outras medidas governamentais portuguesas, com destaque ao chamado Livro Verde para a Sociedade da Informação em Portugal, publicado pelo Ministério da Ciência e da Tecnologia Português e aprovado pelo conselho de Ministros em 1997.

O livro verde visou a uma reflexão estratégica prévia, voltada a auxiliar na definição das diretrizes a serem adotadas na implantação da sociedade da informação em Portugal, a qual já produzia seus efeitos àquela altura da história (mas não com a mesma intensidade contemporânea). Nele foram apontadas medidas e orientações propostas pelo então governo Português para o enfrentamento dos novos tempos, que lá foram enunciados⁷¹.

⁷⁰ Com arrimo nas mencionadas previsões Constitucionais, em Portugal, há dezenas de atos normativos que tratam de diversas atividades desenvolvidas no âmbito da internet e nos meios típicos da sociedade da informação em geral, abrangendo atividades públicas, transparência governamental, proteção de direitos autorais, acessibilidade, *cibercrimes* e outros aspectos da sociedade da informação. Porém, limitar-nos-emos à abordagem apenas daqueles atos normativos que diretamente importam ao objeto de investigação deste trabalho.

⁷¹ Todavia, autores portugueses concordam que Portugal não conseguiu alcançar as metas almejadas e traçadas no livro verde para a revolução digital desencadeada pela sociedade da informação, indicando como causa disso erros e descontinuidade das políticas públicas, abusos de posições dominantes ocupadas por algumas empresas-âncora que exploram o setor, ineficiências dos *médias* e o próprio contexto internacional em que Portugal se encontrou durante a primeira década posterior ao livro verde (CÁDIMA, 2007: 544).

Foi observado no respectivo livro, em relação à previsível vulneração dos direitos humanos, que os processos desencadeados no âmbito da SI tornariam caducos os modelos tradicionais de regulação, sendo necessária a adoção de intervenções Estaduais que considerem as peculiaridades do meio, que intrinsecamente baseia-se na liberdade de expressão, assim como na impossibilidade de a regulação travestir-se de modalidades de policiamento político, ideológico ou moral (título 9, subtítulo 9.1)⁷².

Iniciando a análise da legislação infraconstitucional portuguesa, de um modo geral, a lei n.º 67/98 (transpõe a diretiva n.º 95/46/CE), como deve ser, segue os objetivos e princípios da diretiva que transpõe ao ordenamento interno português⁷³, mantendo essencialmente as definições gerais sobre dados pessoais, tratamento de dados, responsável pelo tratamento (art. 3.º); as exigências de qualidade do tratamento (art. 5.º); as condições de legitimidade (art. 6.º); os direitos de informação (art. 10.º), acesso, retificação, apagamento, bloqueio (art. 11.º) e oposição em relação aos tratamentos de dados (art. 12.º)⁷⁴.

Mas algumas alterações merecem ser respaldadas, especialmente a respeito dos *dados sensíveis* (art. 7.º) – que, nos termos dessa lei nacional, referem-se a informações sobre convicções política ou filosófica, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada, origem racial ou étnica, saúde, vida sexual e dados genéticos.

A lei nacional portuguesa estabelece restrições mais exigentes à sua transmissão, porquanto revelam dimensões informativas que se aproximam do conteúdo mais essencial da intimidade e da identidade da pessoa em causa. O tratamento de dados sensíveis pode ser

⁷² O Livro Verde Português traz elementos que confirmam a tese aqui adotada acerca da vinculação do chamado direito à proteção dos dados pessoais (ou à autodeterminação informativa) aos direitos da personalidade já consagrados (consoante tratado no capítulo II), porquanto, em relação às questões relativas à proteção da privacidade das informações pessoais no contexto da sociedade da informação, asseverou que tal já está suficientemente protegido sob o ponto de vista da arquitetura jurídica, sendo discutível apenas sua efetividade (título 9, subtítulo 9.1, página 97).

⁷³ Os Estados-membros ao transpor uma diretiva ao ordenamento interno vinculam-se aos seus objetivos, mas podem eleger meios e as formas por via das quais irão alcançar o dado objetivo, considerando as peculiaridades nacionais de cada Estado. Logo, as diretivas europeias não constituem direta e automaticamente direitos e obrigações aos indivíduos, pois são direcionadas aos Estados para que as executem no âmbito interno, transpondo-as ao ordenamento nacional. Todavia, ante uma eventual postura omissa de qualquer Estado-membro e havendo direito líquido e certo à luz da norma comunitária, os cidadãos prejudicados com a inércia ou insuficiência das medidas de execução da diretiva no ordenamento interno podem invocar tais direitos com fundamento direto na diretiva (GACITÚA ESPÓSITO, 2014: 172-173).

⁷⁴ Na mesma lei, além das já mencionadas, há regulamentações sobre segurança dos dados objeto de tratamento e divulgação (arts. 14.º e 15.º), transferência de dados entre Estados da União Europeia e para fora dela (arts. 18.º e 19.º), criação de Comissão Nacional de Proteção de Dados (arts. 21.º a 33.º), contraordenações, infrações, coimas, crimes e penalidades (art. 35.º e seguintes).

feito, porém, se autorizado por lei ou pela Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNDP) para persecução de interesse público *importante* e indispensável ao exercício de obrigações legais ou estatutárias do responsável pelo tratamento; quando *consentido pelo titular* dos dados; estando o titular impossibilitado de emitir seu consentimento, for indispensável à proteção de seus interesses vitais ou os de outra pessoa; para tutela de um direito em processo judicial; e *quando espontaneamente forem tornados públicos pelo seu titular*.

No tocante ao âmbito de aplicação, ao contrário da diretiva nº 95/46/CE, a lei nº 67/98, em seu art. 4º, nº 7, assevera que suas disposições se aplicam ao tratamento de dados pessoais que tenham por objetivo a segurança pública, a defesa nacional e a segurança do Estado. Portanto, em Portugal, ao menos nos domínios legislativos, as proteções trazidas pela diretiva europeia nº 95/46/CE também são estendidas às atividades de segurança do Estado, o que significa, potencialmente, maior proteção aos indivíduos.

Em relação ao decreto-lei nº 7/2004 (que transpõe a diretiva nº 2000/31/CE e trata da prestação de serviços na sociedade de informação), nos interessa as regulamentações em matéria de prestadores intermediários de serviços, que estão situados nos arts. 12º e seguintes do respectivo decreto-lei.

Nesses dispositivos são definidos prestação de serviço na internet e os *prestadores intermediários de serviços*, que prestam serviços técnicos para que a informação seja transmitida, acessada e armazenada, sendo prestadores dos serviços de simples transporte (art. 14º), armazenagem intermediária (art. 15º), armazenagem permanente (art. 16º) e associação de conteúdos em rede (art. 17º).

O decreto-lei nº 7/2004 distribui a responsabilidade dos prestadores intermediários de forma diferenciada a depender dos serviços que prestem; prevendo a todos, no entanto, ausência de um dever geral de vigilância sobre as informações que transmitem ou armazenam, bem como de investigação de eventuais ilícitos praticados pelos destinatários (art. 12º).

Em relação aos que prestam serviços de simples transporte, estes são isentos de qualquer responsabilidade por eventual ilicitude dos conteúdos que transmite (art. 14º, nº 1). O mesmo se aplica aos que prestam serviços de armazenagem intermediária, salvo se não cumprirem os deveres de atualização dos dados, se não remover ou tornar indisponíveis os

conteúdos armazenados quando assim ocorrer na origem ou se utilizar a tecnologia para obter informação de como explorá-los (art. 15º).

Quanto aos prestadores intermediários do serviço de armazenagem em servidor e de associação de conteúdos (a exemplo dos motores de busca), só respondem pelas informações que armazenam e associam se tiverem conhecimento de atividade ou informação cuja ilicitude for manifesta e não retirar ou impossibilitar logo o acesso a essa informação (art. 16º e 17º).

Dessas regulamentações pode-se concluir que os *fornecedores de conteúdo*, que dão origem a conteúdos na rede, responsabilizam-se pelas informações divulgadas de acordo com o regime comum da responsabilidade civil (art. 11 do decreto-lei nº 7/2004), respondendo diretamente por eles (VICENTE, 2004: 323); enquanto que os *prestadores intermediários de serviços* têm a responsabilidade diferenciada, nos termos expostos acima.

Portanto, as dificuldades interpretativas expressadas por alguns autores a respeito das diretivas europeias, potencialmente, também repercutem em relação à lei nº 67/98 e ao decreto-lei nº 7/2004, que transpõem os respectivos atos normativos europeus, a depender da interpretação aplicada.

3. Legislação Brasileira

No Brasil, apesar de haver previsão Constitucional da proteção dos dados pessoais (art. 5º, XII) e da intimidade da vida privada (art. 5º, X), assim como a garantia do *habeas data* (art. 5º, LXXII), é verdade que se demorou muito para regulamentar a matéria no âmbito da internet, quiçá por acreditar-se que a legislação comum serviria para disciplinar os conflitos em rede, o que se mostrou equivocado, em razão das peculiaridades das relações sociais nesse particular domínio.

Mas o vazio normativo já não existe, em 23 de junho de 2014 entrou em vigor o chamado marco civil da internet no Brasil, isto é, a lei nº 12.965/2014 (estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil, além de diretrizes para atuação da União federal e demais entes federados em relação à matéria). Porém, como um marco legislativo, tal lei ainda depende de novas regulamentações, trazendo maioritariamente

normas gerais acerca do uso da internet em seus âmbitos de aplicação, muitas vezes remetendo a outras normas que ainda não foram sequer editadas⁷⁵⁻⁷⁶.

A lei brasileira também tutela tanto as liberdades de expressão e informação quanto à integridade moral dos internautas, resguardada pela inviolabilidade da vida privada e proteção dos dados pessoais (arts. 2º, 3º, 7º e 10º), ressalvadas as hipóteses em que o titular coadune com o tratamento de seus dados pessoais e as que outras leis prevejam.

Em relação à responsabilidade civil pelos danos produzidos, a lei nº 12.965/2014 afasta a responsabilidade dos provedores de conexão e de aplicações na internet em relação às informações produzidas por terceiros (o que se assemelha ao conceito de *prestador intermediário de serviços*), salvo se for notificado judicialmente adotar medidas e manter-se inerte, quando passará a responder junto com o provedor da informação (arts. 18 e 19). Em caso de conteúdos que retratem nudez ou atos sexuais de caráter privado e sem permissão do titular, a notificação para retirada poderá ser feita pelo próprio titular ou representante legal ao provedor de aplicações, em cujo conceito se enquadra os motores de busca e as redes sociais, por exemplo (art. 21).

Não há menção ao direito ao esquecimento, não obstante tal prerrogativa pessoal possa ser fundamentada no art. 7º, X, da respectiva lei, o qual elenca, dentre os direitos e garantias dos usuários da internet no Brasil, o direito à exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet ao término da relação entre as partes, salvo quando utilizado para fins de registro da conexão, nos prazos e formas legais, o que consiste num tratamento sigiloso e destinado exclusivamente à identificação pelo Poder Judiciário de eventuais internautas infratores (arts. 13 a 17, 22 e 23 da mesma lei).

De uma forma geral, apesar da pouca intervenção legislativa a avaliar, julgamos que as instituições brasileiras mantêm-se adotando uma postura pró-liberdade de expressão,

⁷⁵ A esse respeito, na própria exposição de motivos da lei nº 12.965/2014 foi expressamente ressalvado que o marco civil representa um primeiro passo no caminho legislativo, e tem a finalidade de embasar posicionamentos legislativos futuros sobre os temas importante nesse domínio que ainda carecem de harmonização, tendo sido citado a proteção de dados pessoais dentre os quais.

⁷⁶ Antes do marco civil, já existiam algumas leis específicas que tratavam de determinadas matérias, a exemplo das leis nº 9.296/1996 (disciplina as hipóteses admitidas de interceptação das comunicações), nº 105/2001 (dispõe sobre o sigilo das operações financeiras), nº 12.414/2011 (disciplina a formação de bancos de dados para histórico de crédito e seu acesso), nº 12.527/2011 (lei de acesso à informação pública) e nº 12.737/2012 (tipifica como crime a invasão de dispositivos informáticos e outras condutas), que são importantes regulamentações brasileiras a respeito do tratamento de dados pessoais na sociedade da informação, apesar de estarem fora da problemática ora em apreço.

cujo *standard* foi indubitavelmente ventilado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 130 (em 30/04/2009), quando difundiu o entendimento segundo o qual a liberdade de expressão deve ser *a priori* exercida livremente, sem limitações prévias, sendo direitos como a intimidade da vida privada e a honra tutelados *a posteriori*, por meio do direito de resposta e das responsabilidades civil e criminal, após ponderada a colisão em concreto. Prova disso deu o próprio legislador, que, na exposição de motivos do marco civil em comento, abertamente apontou que *as opções adotadas privilegiam a responsabilização subjetiva, como forma de preservar as conquistas para a liberdade de expressão, caracterizada pela livre produção de informações sem a necessidade de aprovação prévia.* Aduziu ainda o legislador ordinário que a respectiva norma adota *como pressuposto o princípio da presunção da inocência, tratando os abusos como eventos excepcionais.*

Nesse sentido, veremos mais detalhadamente à frente, por ocasião do estudo de casos, que os tribunais superiores do Brasil compreendem reduzida a responsabilidade dos prestadores intermediários de serviços na internet (também chamados provedores de aplicações, hospedagem ou conteúdo sem controle editorial) por conteúdos ilícitos produzidos por terceiros e que tenham sido expostos nas páginas ou transitado pelos recursos administrados por aqueles.

Esses são os principais contributos da legislação infraconstitucional brasileira à harmonização das colisões de direitos fundamentais na internet. Observa-se que o legislador visou às peculiaridades do meio onde ocorrem essas colisões, com destaque para medidas identificadoras dos autores dos atos ilícitos, mitigação da responsabilidade dos prestadores intermediários de serviço e criação de garantias aos direitos em rede, sem cercear o exercício da liberdade com modalidades de censuras prévias, muito embora seja reconhecida a manutenção de muitas matérias e brechas ainda pendentes de regulação legislativa.

Comparado à atuação legislativa Europeia, que desde a década de 90 já regula substancialmente a internet, possuindo diretivas e diversas leis nacionais disciplinando-a, inclusive com previsões implícitas e em vias de tê-las explícitas em relação ao direito ao esquecimento (com a entrada em vigor próxima do Regulamento Geral Europeu sobre Proteção de Dados Pessoais), é bastante claro que a harmonização legislativa das colisões na internet e a proteção dos direitos dos internautas nos domínios brasileiros é menos desenvolvido em termos legislativos. Por outro lado, nos últimos anos, os tribunais do Brasil

produziram bastante nesse campo, tendo sido inúmeras vezes invocados a decidir litígios travados na internet, cujas conclusões também analisaremos ao fim do próximo capítulo.

V – DA COLISÃO COM A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SEU EQUACIONAMENTO

É cediço que os direitos fundamentais surgem em períodos diferentes da história, à medida que o homem e a vida em sociedade vão se desenvolvendo, de modo que seu rol continua a ser ampliado ante a inexorável mutação social. Além disso, os direitos se fundam sobre valores diversos e possuem conteúdo impreciso e heterogêneo, o que dificulta sua coexistência⁷⁷. Ademais, também mutantes ao longo da história, acrescentam-se a essa tensão as exigências da vida em sociedade, as quais não raras vezes formam animosidades com os direitos fundamentais do indivíduo⁷⁸; e ainda, os pressupostos fáticos à ativação desses direitos. Tudo isso faz dos direitos fundamentais bens não absolutos, porquanto não são plenamente realizáveis ao mesmo tempo⁷⁹.

Acerca dessa problemática, ressalta-se que não só os direitos sociais carecem da intervenção Estadual, também entre os chamados direitos de primeira geração há conflito entre a postura exigida ao Estado, porque as liberdades civis não são apenas oponíveis às entidades públicas (exigindo seu afastamento, sua omissão), mas também aos demais indivíduos (apelando ao Estado uma intervenção protetiva) (GUY HAARSCHER, 1997: 14, 49). O mesmo se aplica, portanto, aos direitos, liberdades e garantias, tais quais a liberdade de expressão e os direitos da personalidade (em que se enquadra o direito ao esquecimento).

⁷⁷ Recorda-se a clássica distinção segundo a qual a primeira geração é formada pelas liberdades civis e políticas (os *direitos de*), fundadas na oposição do indivíduo ao poder Estadual, carecendo da redução e afastamento do Estado das relações particulares; enquanto a segunda geração é constituída pelos direitos sociais (os *direitos a*), embasados no anseio de estabelecer igualdade material entre os indivíduos, pugnando por um Estado forte e interventor. Há ainda uma terceira geração (direitos difusos fundados na solidariedade) e até a defesa doutrinária de outras gerações. Dentre muitos, reverenciamos as aulas expositivas ministradas pelo notável Professor Doutor Mário Alberto Pedrosa Reis Marques, de 23 de outubro a 18 de dezembro de 2014, referentes à primeira parte da disciplina de Filosofia dos Direitos Humanos do Curso de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, cujas anotações pessoais de frequência integral nessas aulas utilizamos.

⁷⁸ Mesmo os pensamentos políticos considerados liberais também consideram e visam a realizar projetos coletivos, sendo importante a manutenção de um equilíbrio suficiente a não permitir que tais projetos sufoquem o campo da autonomia da vida privada ou que a liberdade de atuação individual não seja extensa ao ponto de corromper a estrutura e o perfil social almejado (BUNNIN/TSUI-JAMES, 2002: 433-459).

⁷⁹ Verifica-se, portanto, que o caráter absoluto referido por ocasião da análise dos direitos da personalidade diz respeito ao fato de serem oponíveis de forma *erga omnes*, contra o Estado e os particulares; não significando, portanto, que o exercício deles sempre irá prosperar, conforme tratado neste capítulo.

Logo, é complexa a tarefa de harmonizar a contento os direitos fundamentais, que possuem estrutura normativa formada também por princípios e comumente relacionam-se com outros em relação de tensão ou colisão⁸⁰. A variedade dos valores fundantes e a heterogeneidade de seus conteúdos fazem dos direitos fundamentais concorrentes entre si e também com outros valores Constitucionais (livre acesso às redes informáticas, função social, ordem pública, solidariedade), de modo que, por vezes, a realização de uns implica a restrição de outros⁸¹.

É certo, portanto, que um direito fundamental, por ter estrutura de princípio, admite outro igualmente válido em sentido contrário (DWORKIN, 2010: 39, 44-45); e que, ao contrário das regras (cuja aplicação dá-se de modo *tudo ou nada*), aqueles admitem uma realização gradual na maior medida do que for fático e juridicamente possível, podendo, assim, serem preteridos numa situação concreta e manter incólume sua validade (ALEXY, 2011: 90-91).

Estamos a tratar de problemas de interpretação e aplicação do direito que os critérios tradicionais de resolução de antinomias jurídicas pouco contribuem para a resolução (BARROSO, 2010: 303-304, 312, 329-334)⁸². Os clássicos cânones da interpretação jurídica (literal, histórico, sistêmico e teleológico) e o método de justificação do silogismo jurídico não são capazes, por si só, de responderem a todos os quesitos suscitados pelas equações jurídicas formadas num sistema constituído por normas tais quais os princípios (ALEXY, 2013: 21, 221, 226), visto que não são aptos a retirar premissas de normas de conteúdo indeterminado e a considerar as circunstâncias do caso concreto para tanto (SÁNCHEZ GIL,

⁸⁰ Tratam-se de antinomias impróprias ou antinomias de princípios, as quais se referem à contraposição dos valores fundantes do ordenamento jurídico. Tais situações não são antinomias propriamente ditas, mas fontes geradoras de normas antinômicas (BOBBIO, 2011: 94-95).

⁸¹ Ratifica-se que, sendo dever Estadual a proteção dos direitos fundamentais, não é legítima a restrição da eficácia deles senão em razão da tutela de outro direito fundamental ou de valores, exigências e objetivos comunitários (CANOTILHO/MOREIRA, 2014: 391-392).

⁸² Em razão de os direitos fundamentais serem previstos em normas constitucionais, não há hierarquia formal entre eles, podendo, a depender da interpretação dada, uns gozarem de uma posição preferencial no sistema ante a importância dos valores em que se amparam. Pela mesma razão, o critério segundo a qual a norma posterior revoga a anterior não tem aplicação (critério da temporalidade); pois, em tese, o contrário é o que se aplica, sendo revogada a emenda constitucional (posterior) que conflita com o texto original da Constituição (anterior), sobretudo em se tratando de limites materiais de revisão ou cláusulas pétreas – como é ordinariamente o caso dos direitos fundamentais. E, em princípio, por estarem os direitos fundamentais contidos em normas de conteúdo indeterminado (aberto), logo genéricas, o critério da especialidade (pelo qual a norma de conteúdo especial derroga a de conteúdo geral) também se mostra ineficiente para resolver tais modalidades de antinomia. Faz-se necessário medir os pesos em concreto dos direitos fundamentais antes de resolver a colisão, tema que trataremos à frente.

2007: 21)⁸³. Portanto, a técnica jurídica classicamente considerada comum do direito não é capaz de resolver essas controvérsias (DWORKIN, 2010: 3, 4).

Observa-se, portanto, que a pergunta mais importante não é se os direitos fundamentais são ou não absolutos no sentido de plena e permanentemente realizáveis (já parecendo pacífico que não são), mas sim, em quais condições prevalecerão, quão relativizados ou comprimidos podem ser esses direitos preferenciais e como controlar a legitimidade das decisões e intervenções Estaduais sobre eles; determinando, assim, a eficácia desses direitos vitais.

No curso deste trabalho, tivemos a oportunidade de apontar que o exercício do direito ao esquecimento colide naturalmente com a liberdade de expressão, já tendo essa colisão sido refletida em normas do direito comunitário europeu e nos ordenamentos português e brasileiro (consoante analisado no título III). Mas não de forma terminante ou exaustiva – e não deveria ser –, restando complexidades e uma robusta potencialidade de antinomias entre esses direitos, o que continua a demandar novas intervenções do Estado, ainda mais no contexto da sociedade da informação (especialmente nos domínios da internet).

Indispensável, portanto, é escrutinar as soluções aplicadas a tais colisões no âmbito dos novos desafios apresentados pela sociedade da informação, colhendo seus contributos e visando também a controlabilidade de suas razões, o que viabilizará uma conclusão mais correta a respeito dos problemas enfrentados neste trabalho. Antes, porém, não havendo como ponderar a colisão em discussão sem bem conhecer ambos os lados da tensão, o estudo da liberdade de expressão é indispensável ao alcance das conclusões intentadas nesta pesquisa.

⁸³ As teorias do *direito/princípio abstrato* e *direito/princípio concreto* demonstram bem essa realidade acerca da aplicação das normas-princípio, visto que em abstrato um princípio traça um *objetivo geral* que não revela como ele será pesado ou harmonizado em uma hipótese específica de exercício em relação a outro. Em concreto, o direito é um *objetivo definido*, cujo peso é exposto de forma mais precisa em relação a outros direitos em circunstâncias específicas (DWORKIN, 2010: 146). Isso revela a existência de graus de realização das normas-princípio a depender dos contextos concretos em que sejam aplicadas, de modo que a concorrência entre normas dessa natureza não as invalidam. No mesmo sentido, mas utilizando as expressões caráter *prima facie* e caráter *definitivo* (ALEXY, 2011: 103-106).

1. Liberdade de Expressão

Dentre os direitos fundamentais básicos de um Estado Democrático de Direito, figura com relevante destaque o direito à liberdade de expressão, consistente num *direito-quadro* de que decorrem diversos direitos, liberdades e garantias fundamentais bem definidos. Tais direitos integram-se no conceito de liberdade de expressão em sentido amplo, que alberga uma vital posição do indivíduo, além de valores constitutivos do Estado Democrático. Em conjunto, esses direitos formam um bloco de proteção da expressão do pensamento e da informação, cuja titularidade pertence à generalidade das pessoas e são oponíveis a particulares e também ao Estado (MACHADO, 2009: 73; MATOS, 2011: 44, 60-61, 75, 94-95)⁸⁴.

Sem dúvidas, a liberdade de expressão integra o catálogo dos direitos fundamentais e enquadra-se no regime dos direitos, liberdades e garantias. Além disso, pode ser referida sob uma perspectiva individual ou subjetiva – como um poder de autodeterminação e expressão da personalidade do indivíduo – e sob uma perspectiva comunitária ou objetiva – como essencial ao bom funcionamento da democracia (logo uma garantia institucional) e à promoção da verdade (TAVARES DA SILVA, 2014: 30-31).

Dentre os direitos que se filiam na liberdade de expressão, em sua dimensão subjetiva, destacam-se o direito de expressar o pensamento e outras manifestações pessoais; a trilogia de direitos vinculados à liberdade de informação (direitos *de informar*, *de se informar* e *de ser informado*) e a liberdade de imprensa.

Acerca da liberdade de expressão como direito subjetivo imediatamente aplicável e exequível, consiste na liberdade de manifestação do pensamento, por meio de comunicação direta entre dois indivíduos ou por via da exposição a um número determinado ou indeterminado de pessoas (em conferências, palestras, ou por meio de livros, jornais,

⁸⁴ Em Portugal, esse sistema de proteção da liberdade de expressão em sentido amplo, que é tutelado do art. 37º ao art. 40º da Constituição Portuguesa, é denominado “constituição da informação” (CANOTILHO/MOREIRA, 1993: 223-224). Além disso, o bloco de proteção formado pela liberdade de expressão também foi alçado como direito da mais alta importância para o ser humano e para a higidez do Estado de Direito Democrático na Convenção Europeia para Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais-CEDH (art. 10), na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia-CDFUE (art. 11) e, antes, já na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (art. 11) e na Declaração de Direitos do Estado da Virgínia de 1776 (art. 12). No Brasil, art. 5º, *caput*, inc. IV e IX, da CRFB.

revistas). Há ainda no âmbito desse direito uma faceta *negativa*, isto é, o direito a não manifestar o pensamento ou de ficar calado (SILVA, 2011: 244-245).

No tocante à liberdade de informação, nomeadamente às já mencionadas três vertentes de proteção. A primeira (*direito de informar*) consiste na liberdade de transmitir uma informação livremente; a segunda (*direito de se informar*), na liberdade de buscar informações sem ser obstaculizado; e a terceira (*direito a ser informado*) corresponde ao direito a receber ou recepcionar a informação, prestadas inclusive por órgãos públicos (CANOTILHO/MOREIRA, 2014: 573; MACHADO, 2009: 75; e NOVELINO, 2014: 525-527).

Por último, a liberdade de imprensa, que, em seu sentido amplo (englobante não só da divulgação da informação em meio impresso, mas também por meios audiovisuais e eletrônicos, logo a internet), integra todas as liberdades até aqui mencionadas, porém recebe proteção autonomizada em virtude de ser igualmente uma garantia fundamental institucional e do modo qualificado como é exercida: por meios de comunicação de massa (*médias*) e com profissionalismo. Destaca-se também a liberdade de imprensa por conter dimensões institucionais/empresariais (a exemplo do direito de criação dos meios de comunicação). Salienta-se que, apesar de ser uma característica marcante, não se trata de um direito exclusivo de pessoas coletivas, sendo exercido também por pessoas naturais, havendo em suas dimensões igualmente a de direito subjetivo de pessoa natural (MATOS, 2011: 61-65, notas 70, 71 e 74; NOVELINO, 2014: 525)⁸⁵.

Ademais, além dessa dimensão individual a ser protegida, importa salientar a dimensão comunitária/objetiva desse *direito-quadro*, pois é com informação que se forma a opinião pública, que o povo se torna politizado e apto a fiscalizar a coisa pública (logo se torna efetivamente capaz de exercer os direitos políticos com consciência)⁸⁶. A manutenção de um povo na ignorância é um meio de aprisioná-lo, pois sem educação adequada nem acesso à informação livre não há democracia, tampouco liberdade, pois apenas em um

⁸⁵ O art. 38º, n. 1/a, da Constituição Portuguesa, deixa claro essa possibilidade ao assegurar os direitos dos jornalistas a expressar sua criação. O art. 220 da Constituição brasileira também, ao prescrever que “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, *sob qualquer forma, processo ou veículo* não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.”

⁸⁶ O Doutor Jónatas Machado (2014: 186-187), com toda a propriedade a respeito do tema, destaca que uma comunicação social fraca, tímida, amedrontada por excessiva proteção de direitos de personalidade (especialmente dos atores políticos do Estado), enfraquece as possibilidades de controle democrático do exercício do poder. O nobre autor relaciona, inclusive, a debilidade dos *médias* como favorecedor da crise econômica contemporânea.

Estado Democrático (fala-se aqui no seu conceito substancial) é possível ser livre, ter *poder* de alcançar seu próprio desenvolvimento (SILVA, 2011: 233-234), ter liberdade como autonomia (BOBBIO, 2004: 49)⁸⁷.

O Doutor Jónatas Machado (2009: 74, 76) defende que tal dimensão objetiva da liberdade de expressão é um subprincípio do princípio democrático, por sua fundamental importância na construção da opinião pública, na promoção da comunicação cívica e no processo de decisão político-democrática, de forma geral, por ser essencial à crítica e controle social do exercício do poder, o que lhe confere uma *preffered position* no ordenamento jurídico Constitucional. Com efeito, em abstrato, desde as primeiras declarações de direitos fundamentais até, contemporaneamente, quase totalidade das constituições nacionais, a liberdade de expressão é normativamente proclamada como um valor tendente a ser livre de restrições do parlamento e de atos do governo (MENDES, 2012: 546).

Mas também a liberdade de expressão sofre os reflexos do contexto social onde é interpretada e aplicada, tal qual os demais direitos fundamentais, que são conformados a depender de quão ressonantes são seus valores fundantes, de modo que são concebidos mais amplos ou mais restritos a depender dos fatores históricos, políticos, econômicos e culturais de cada comunidade (TAVARES DA SILVA, 2014: 31, 33-35). Por conseguinte, intérprete e aplicador da liberdade de expressão em cada contexto nacional, o Estado, sobretudo por via das funções legislativa e judiciária, exerce importante papel na delimitação dos contornos desse direito fundamental (MENDES, 2012: 547).

Nos Estados Unidos da América, por exemplo, a liberdade de expressão é fortemente protegida, sendo historicamente atribuída robusta eficácia à 1ª emenda constitucional (carta de direitos que lá a previu originariamente) pelas cortes judiciais americanas. Recordar-se, a esse respeito, a metáfora usada pelo ínclito então juiz da suprema

⁸⁷ Ainda no início da década de 90, o filósofo italiano, Norberto Bobbio, já previa as conotações conflituosas que a liberdade de expressão e seus corolários ganhariam em virtude da revolução da informação, tendo anotado que “Não é preciso muita imaginação para prever que o desenvolvimento da técnica, a transformação das condições econômicas e sociais, a ampliação dos conhecimentos e a intensificação dos meios de comunicação poderão produzir tais mudanças na organização da vida humana e das relações sociais que se criem ocasiões favoráveis para o nascimento de novos carecimentos e, portanto, para novas demandas de liberdade e de poderes. Para dar apenas alguns exemplos, lembro que a crescente quantidade e intensidade das informações a que o homem de hoje está submetido faz surgir, com força cada vez maior, a necessidade de não ser enganado, excitado ou perturbado por uma propaganda maciça e deformadora; começa a se esboçar, contra o direito de expressar as próprias opiniões, o direito à verdade das informações” (2004: 33).

corte americana Oliver Wendell Holmes Jr. (que inclusive vem sendo recordada contra o direito ao esquecimento nos mais recentes debates), segundo a qual a liberdade de expressão deve ser exercida no livre *mercado das ideias*, onde se verifica o melhor teste da verdade (HELLMAN/WEAVER, 2002: 146). A tese do mercado das ideias é representativa da concepção liberal norte americana acerca da liberdade de expressão, a qual, curiosamente em voto vencido, foi pronunciada pelo *justice* Holmes no caso *Abrams vs. United States* (250 US 616, 1919) (MENDES, 2012: 449-550)⁸⁸.

A partir desses casos a jurisprudência norte-americana passou a posicionar-se fortemente a favor da liberdade de expressão. Outra concepção também ganhou força no contexto norte-americano, a qual vislumbrou a liberdade de expressão a partir de uma perspectiva democrática ou objetiva, cujas ideias foram ventiladas por James Madison, tendo seu reconhecimento culminado no julgamento do caso *New York Co. vs. Sullivan* (376 US 254, 1964)⁸⁹ pela Suprema Corte americana. Por essa doutrina, a liberdade de expressão é uma garantia do debate público almejado numa democracia, sendo necessário permitir seu livre exercício acerca de questões públicas, inclusive com a manifestação de conteúdo crítico, sem o que se tornaria deficiente o sistema político-democrático. Por conseguinte, controles prévios do conteúdo da expressão e medidas repressivas posteriores em razão de erros factuais e até de eventual difamação das pessoas envolvidas, desde que não se verifique

⁸⁸ Esse caso tratou de panfletos contrários ao envio de tropas norte-americanas à Rússia para o combate aos revolucionários de 1918. Os panfletos foram distribuídos pelo Sr. Abrams e outras pessoas que também foram condenadas a 20 anos de prisão com base nas leis de espionagem e sedição, sob a acusação de incidirem no crime de conspiração, decisão que foi mantida pela Suprema Corte, quando o juiz Holmes proferiu o voto vencido discordando de seus pares a respeito da condenação do réu. Também curiosamente, a posição vencedora fundamentou-se na doutrina do *perigo claro e iminente*, cuja autoria também é atribuída ao juiz Holmes, que a pronunciou antes, no caso *Schenck vs. United State* (249 US 47, 1919), para declarar a constitucionalidade de lei de espionagem de 1917. Neste último caso, cidadãos contrários à guerra, liderados pelo Sr. Schenck, distribuíram folhetos incitando soldados a não irem lutar e a desobedecer às ordens de seus superiores, os quais foram condenados pelos crimes de conspiração, incitação ao amotinamento e obstrução ao recrutamento obrigatório, com o voto favorável do juiz Holmes, que não interpretou contrário à 1ª emenda as restrições à liberdade de expressão trazidas na lei de espionagem, porquanto fundadas num *perigo claro e iminente* de um mal maior que deve ser evitado pelo Estado. A teoria liberal norte-americana acerca da liberdade de expressão aporta os fundamentos daquela perspectiva individual ou subjetiva desse direito fundamental, conforme tratamos acima, no início das análises acerca da liberdade de expressão. São tributários clássicos dessa concepção John Milton e John Stuart Mill (MENDES, 2012: 550).

⁸⁹ O caso se passou em 1960, quando o New York Times publicou matérias em apoio ao direito dos negros, em favor dos movimentos liderados por Martin Luther King, narrando inclusive as ações policiais contra as manifestações. O Sr. Sullivan, comissário de polícia na região onde ocorreram os eventos mais graves, alegando que as informações publicadas não estavam de acordo com a verdade, propôs ação judicial contra o jornal, que foi condenado nas instâncias inferiores. Chegando à Suprema Corte, a decisão condenatória foi anulada por estar em desacordo com a 1ª emenda segundo a interpretação adotada, logo por violar a liberdade de expressão.

a existência de dolo, passaram a poder ser compreendidos como formas de censura⁹⁰. Essa mesma postura interpretativa foi adotada pelo *justice* Brandeis⁹¹ no julgamento do conhecido caso *Whitney vs. California* (274 US 357, 1927) (HELLMAN/WEAVER, 2002: 151; MENDES, 2012: 552).

Logo, ambas as interpretações extraídas da 1ª emenda à constituição dos Estados Unidos da América, tanto a subjetiva quanto à objetiva, construíram a aplicação de um exigente *standard* de proteção da liberdade de expressão. Entretanto, em ambas as concepções da liberdade de expressão não se verificou impedimento à atividade regulamentadora do poder legislativo por meio da edição de leis infraconstitucionais regulamentadoras e até restritivas da liberdade de expressão (MENDES, 2012: 554). É certo que as doutrinas que prosperaram no direito norte-americano acerca da 1ª emenda a consideram uma norma-princípio, logo um sentido a ser adotado pelos Poderes constituídos, mas que não impede ser comprimido quando isso for justificado pela articulação com outros princípios e políticas fundamentais (DWORKIN, 2010: 44).

Na Alemanha, também foi construída uma dupla dimensão da liberdade de expressão: a individual subjetiva e a comunitária institucional. A doutrina aponta como expoentes dessa construção dogmática o julgamento dos casos *Lüth* (BverfGE 7, 198, 1958)⁹² e *Spiegel* (BverfGE 20, 62, 1966)⁹³ pelo Tribunal Federal Constitucional da

⁹⁰ O jornalista ou quem faça suas vezes não tem o dever de realizar juízos acrílicos acerca dos conteúdos que divulga, é inata à função de comunicar a prerrogativa de fazer juízos valorativos, sobretudo em se tratando de pessoas públicas, desde que a crítica seja lastreada em elementos factó-probatórios minimamente razoáveis, seja racional, coerente e vise a promover interesses públicos; sendo ainda lícita a utilização de figuras e técnicas de linguagem as mais diversas no exercício desse desiderato (ironia, metáfora, humor) (MACHADO, 2014: 179).

⁹¹ Louis D. Brandeis foi juiz da suprema corte norte-americana de 1916-1939 e autor da obra *The Right to Privacy*, em coautoria com Samuel D. Warren, a qual foi muito utilizada neste trabalho por ocasião do estudo do direito fundamental à privacidade, sendo ela reverenciada como a certidão de nascimento desse direito fundamental da personalidade por alguns autores (RODRIGUES JÚNIOR, 2013). Portanto, também curiosamente, um protagonista norte-americano presente na promoção dos dois polos de uma fonte inesgotável de colisões entre direitos fundamentais: liberdade de expressão e privacidade.

⁹² No famoso caso *Lüth* foi discutido o direito de um crítico do cinema a emitir manifestações boicotando um filme produzido por *Veit Harlan*, que outrora foi produtor de filmes nazistas. O crítico Erich Lüth foi condenado pelas instâncias inferiores a abster-se de fazer boicotes ao filme do produtor nazista, sob a pena de multa ou prisão. Porém, em julgamento de reclamação constitucional, o Tribunal Federal Constitucional alemão reconheceu que seu direito à liberdade de expressão havia sido violado, cassando a respectiva decisão condenatória, fundamentando a decisão na dupla dimensão desse direito fundamental (MENDES, 2012: 555).

⁹³ Também fundado na dupla dimensão da liberdade de expressão, tratando especialmente da liberdade de imprensa, esse caso discutiu o direito de uma revista (*Der Spiegel*) a publicar informações sobre a condição militar da Alemanha, revelando pontos fracos. Condenada em instância inferior e proposta reclamação constitucional ao Tribunal Federal Constitucional alemão, apesar de não ter sido declarada inconstitucional a decisão reclamada (por ter havido empate na votação), foram expostos nos votos, sobretudo, a condição de

Alemanha. Além do direito subjetivo voltado a assegurar a liberdade privada de cada indivíduo, logo sua dignidade humana; também é destacada a importância da liberdade de expressão como garantia institucional do Estado Democrático de Direito, a ser promovida pelos poderes legislativo, executivo e judiciário (MENDES, 2012: 554-562)⁹⁴.

Por outro lado, em outro contexto social, na Turquia, o âmbito de proteção conferido à liberdade de expressão é bem mais limitado, onde manifestações políticas foram apreciadas no campo dos atos de terrorismo pelas autoridades judiciárias nacionais em diversos casos, que, reanalisados pelo TEDH, foram reconduzidos aos domínios da liberdade de expressão. São exemplos o caso *Ek vs. Turkey* (Processo nº 28496/95, 2002), *Ibrahim Aksoy vs. Turkey* (Processo nº, 28635/95, 30171/96 e 34535/97, de 2002) (TAVARES DA SILVA, 2014: 32, nota nº 10)⁹⁵.

Sob um panorama geral, observa-se das análises feitas até este ponto que estão relacionadas liberdade, comunicação e democracia⁹⁶. Por conseguinte, trazendo a discussão

indispensável garantia institucional para um Estado livre a promoção de uma imprensa livre, salvaguardada do controle do Estado e exercida em livre concorrência e iniciativa protegida pelas funções Estaduais (MENDES, 2012: 558).

⁹⁴ No Brasil, essa dupla dimensão da liberdade de expressão apenas veio a ser efetivamente declarada no já mencionado julgamento da ADPF nº 130 (30/04/2009), pelo Supremo Tribunal Federal. Até essa decisão, vigorava no Brasil uma lei de imprensa que fora elaborada durante o regime ditatorial militar (1964-1985), a qual previa demasiadas exceções às liberdades de expressão e informação dos meios de comunicação, além de extenso rol de proibições, infrações e penalidades – tratava-se de uma lei destinada a inviabilizar a livre divulgação de informações e ideias, típica de um Estado totalitário tal qual tentava impor o governo militar. Pelo julgamento da ADPF nº 130, fundado na proteção do bloco de direitos constituído pela liberdades de expressão, o STF declarou a não recepção daquela lei pela Constituição brasileira (idênticos efeitos da declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex nunc* e *erga omnis*) e estabeleceu que ambos os blocos das liberdades comunicativas e o dos direitos da personalidade (reputação, honra, imagem e vida privada) possuem proteção fundamental na Constituição e densificam a dignidade humana, logo não se hierarquizam; porém existe uma ordem de precedência cronológica de exercício do primeiro (retirada da interpretação constitucional), pela qual as liberdades devem ser exercidas livremente e o segundo bloco tutelado *a posteriori*, por ocasião da ponderação dos elementos do caso concreto e consequente aplicação do direito de resposta e das responsabilidades civil e criminal, porque tais liberdades possuem íntima relação com a democracia, logo dimensões objetivas coletivas ou comunitárias a serem protegida. Por conseguinte, foi consignado que o pensamento crítico está contido na imprensa livre, como alternativa à versão oficial dos fatos e instância de formação de opinião pública (o mesmo pode ser dito do humor crítico ou da sátira – entendimento aditado na decisão da ADI 4.451/2010). A decisão da ADPF nº 130 se baseou na interpretação da disciplina Constitucional de conteúdo bem determinado a respeito da liberdade de expressão (*de eficácia plena*), prevista no art. 5º, IV e IX, e 220 da CFRB.

⁹⁵ Em Portugal, notadamente de acordo com o sentido norte-americano de interpretação da liberdade de expressão, o Doutor Jónatas Machado (2014: 177) destaca a importância dessa dimensão objetiva/institucional da liberdade de expressão ao controle dos Poderes Públicos, representando a comunicação social um quarto poder, devendo, por isso, ser economicamente forte e politicamente independente.

⁹⁶ Nesse sentido, tratando a liberdade de informação conjugada com a liberdade de expressão, no sentido de liberdade de comunicação, o autor espanhol Fernández Rodríguez (2008: 300) revela a importância de seu livre

a um contexto contemporâneo, não há como deixar de concluir que a internet é um importante instrumento democrático, por ser um meio de comunicação menos controlável e onde se produz informação em escala maciça, além de viabilizar a comunicação multidirecional e reflexiva. É indiscutível que a internet também é uma fonte de poderes (ÁLVAREZ CARO, 2015: 52; VICENTE, 2004: 81-82)⁹⁷.

No entanto, como visto, também permeiam a internet muitos produtos da globalização geralmente tratados como problemas da modernidade, a exemplo do consumismo, individualismo, isolacionismo, novas formas de exclusão e de pobreza, bem como, a devassa da privacidade e da honra humana, o que foi acentuado em razão da utilização da internet como meio de comunicação global (FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, 2008: 298-299; VICENTE, 2004: 138). Nessas transmissões de conteúdos informativos em linha, a liberdade de expressão nem sempre se apresenta comedida e adequada aos limites de seu exercício, sendo comum sua colisão com direitos da personalidade (CARBONELL, 2004: 456).

Isso decorre da natural heterogeneidade entre esses diversos direitos fundamentais, somada à coexistência com uma pluralidade de outros valores fundamentais individuais e comunitários, o que inviabiliza a realização em absoluto desses direitos (SILVA, 2006: 35-36; VIEIRA DE ANDRADE, 2012: 263; BOBBIO, 2004: 41). E no âmbito do objeto de nosso estudo não é diferente, sendo inevitável a ocorrência de colisão da liberdade de expressão com os direitos da personalidade, o que é recebido pela dogmática e jurisprudência até aqui pesquisada como autorização constitucional à intervenção dos poderes constituídos sobre o conteúdo dos direitos fundamentais, inclusive de forma restritiva, demonstrando-se pacífica a conclusão acerca da realização não absoluta deles.

Entretanto, não é tarefa fácil definir, à partida, os conteúdos protegidos pela liberdade de expressão a fim de identificar o que não é objeto de proteção. A defesa de uma perspectiva estritamente pré-formada da liberdade de expressão é pouco provável, porquanto até formas de comunicação em princípio menos ou não protegidas – a exemplo da

exercício para a formação de um governo democrático, para o desenvolvimento da personalidade humana e para o descobrimento da verdade.

⁹⁷ A internet também é o meio mais apto à realização dos ideais previstos no art. 19 da Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), que, visando assegurar liberdades ao ser humano, dispõe: “todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem considerações de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão”. Essas disposições da declaração universal potencializam a importância da internet, pois ela é o meio de comunicação mais capacitado à difusão de informações *sem considerações de fronteiras*.

pornografia, do discurso de ódio e até mesmo o humor –, podem ser utilizadas como instrumento de manifestações políticas e sociais (TAVARES DA SILVA, 2014: 31).

Da análise das normas do direito europeu (especificamente do art. 6º, nº 1/b c/c art. 7º/f, da Diretiva nº 95/46/CE), verificou-se que o legislador reconheceu a possibilidade de ser realizado um tratamento de dados pessoais fundado no exercício de interesses legítimos do responsável pelo tratamento, mas que esse tratamento deve respeitar o transcurso do tempo. Por outro lado, tendo conteúdo histórico os dados tratados, é possível serem conservados além do tempo exigido à satisfação do interesse visando ao qual foram originariamente tratados. Logo, mesmo estando bem balizada essa questão, sobre a qual são destinados diversos dispositivos da citada diretiva europeia, para decidir uma colisão concreta seria indispensável verificar se a matéria contextualizou a informação, quais os objetivos visados e demais circunstâncias especiais do caso.

Por conseguinte, apesar da essencial importância de bem conhecer os confins do âmbito de proteção dos direitos fundamentais em estudo, o que viabiliza inclusive a solução antecipada de casos que não passam de aparentes colisões, é imprescindível equacionar a colisão com os elementos do caso concreto, o que exige um método apropriado.

2. Método da Proporcionalidade

Como mencionado, os clássicos métodos de resolução de antinomias e os cânones tradicionais da interpretação jurídica, por si só, são ineficientes a solucionar os problemas enfrentados neste trabalho. A razão disso é facilmente perceptível: a textura aberta do conteúdo dos direitos fundamentais, que possuem estrutura normativa de princípio, são dotados de grande carga axiológica e natural imprecisão conceitual, além do fato de estarem inseridos em um mesmo plano normativo hierárquico.

Por óbvio, a resposta não pode ser alcançada por meio de um retorno ao formalismo jurídico ou a um interpretativismo⁹⁸. Essas teorias já se mostraram incapazes de solucionar *hard cases* tais quais os que nos propusemos a estudar neste trabalho, pois são inaptos a decidir casos de colisão de princípios sem regras de solução pré-existentes; porquanto a

⁹⁸ Ambos vinculam a interpretação jurídica à literalidade do enunciado normativo ou apenas aos elementos intrínsecos da lei, bem como condicionam o sentido da interpretação à intenção do legislador, uma teoria típica dá já vencida concepção de que o direito se resume a um sistema de regras (BARROSO, 2010: 275, 281).

apreensão dos direitos fundamentais exorbita a análise do sistema jurídico em si, dialogando com o contexto sócio-político-econômico e com os valores que os subjazem (ATIENZA, 2005: 11, 72-74; ALEXY, 2011: 29).

Por outro lado, não se deve incorrer em um movimento pendular para, saindo da ineficiência do formalismo, adotar um excessivo pragmatismo (BUNNIN/TsUI-JAMES, 2002: 433-459). Numa concepção instrumentalista, o pragmatismo peca por desprender-se do plano jurídico e focar-se demasiado no grau de utilidade da decisão, o que justifica conclusões que sacrifiquem desproporcional e não razoavelmente direitos fundamentais como meio de satisfazer finalidades coletivas (BARROSO, 2010: 279-284)⁹⁹.

Sendo assim, diante da insuficiência de *controlabilidade* das conclusões sobre problemas de princípios (incluídos os direitos fundamentais), é necessária a adoção de um método confiável de controle dos atos e medidas dos poderes constituídos sobre esses direitos, dada a importância vital dos bens jurídicos que protegem. É preciso aproximar-se da melhor conclusão dentre as possíveis (BUNNIN/TsUI-JAMES, 2002: 433-459), o que pode exigir a construção de pontes do direito entre a teoria jurídica e a realidade por trás dela (DWORKIN, 2010: 21).

Com o avanço da constitucionalização do direito e do respectivo caráter normativo dos princípios, surgiu uma nova concepção do direito no mundo, tendente a moderar as teorias jurídicas mais radicais e aproximar os polos das tensões teóricas existentes, cujas premissas não admitem uma compreensão do direito não inclusiva de regras e princípios; que não visualize o sistema jurídico como uma prática social complexa, integrada por fatos, valores e normas; que não leve em conta as consequências das soluções avançadas; que não conceba a interpretação jurídica como atividade conformadora do direito; e que, sobretudo, desconsidere a necessidade de justificação racional das decisões (ATIENZA, 2005: 71-74).

Observa-se, em decorrência disso, que uma atividade interpretativa não estará automaticamente legitimada simplesmente pela autoridade, sendo necessário o controle da

⁹⁹ Uma teoria assim preocupa-se mais em justificar soluções conflitantes do que encontrar soluções de acordo com os princípios do direito (DWORKIN, 2010: 20-21). Entretanto, considerada a ideia em uma versão *ampla*, mais afastada de sua definição mais clássica, logo revisada, significa um postulado a ser aplicado por toda teoria da argumentação ou metódica jurídica, porquanto não mais centraliza-se no *relativismo axiológico* nem somente no utilitarismo ao ponto de confundir a correção da interpretação com sua eficiência; pugnando, por outro lado, pela consideração das consequências da interpretação sem instrumentalizar o direito, logo compatível com a promoção dos direitos e valores fundamentais (ATIENZA, 2005: 75-76).

argumentação utilizada em sua justificação, logo o controle da razão prática aplicada (TOLEDO, 2013: 2-3).

Por conseguinte, uma metódica adequada deve ser capaz de considerar os direitos fundamentais em concomitância com seus condicionantes jurídicos e não-jurídicos; manter suas conclusões de acordo com a legitimidade democrático-constitucional exigida aos poderes públicos; e ser controlável.

Na persecução desse exigente objetivo o intérprete deverá sempre reconduzir seu raciocínio ao ordenamento jurídico; buscar a transcendência da *argumentação* aplicada (não deve fazer interpretações intencionalmente casuísticas); e considerar os efeitos práticos de sua conclusão (SÁNCHEZ GIL, 2007: 103; BARROSO, 2010: 312, 339-342)¹⁰⁰.

Atendendo a tais exigências, o mais importante controle dos atos e medidas dos Poderes públicos que versam sobre ou interfiram nos direitos fundamentais é hoje o princípio da proporcionalidade¹⁰¹ (TAVARES DA SILVA, 2014: 49); é o meio mais apto a relacionar adequadamente coisas de natureza distinta em rota de colisão (SÁNCHEZ GIL, 2007: 9, 13, 46-47)¹⁰²; um valioso instrumento inclinado ao devido processo legal substantivo e à justiça (BARROSO, 2010: 305); uma máxima decorrente da própria natureza dos direitos fundamentais como mandamentos de otimização a serem realizados na maior medida fático e juridicamente possível (ALEXY, 2011: 99, 116-120).

O princípio da proporcionalidade é considerado geralmente um princípio ou postulado implícito nas Constituições nacionais (SÁNCHEZ GIL, 2007: 14, 33-34; BARROSO, 2010: 305), apesar de ser comum encontrar padrões da proporcionalidade ao longo de textos

¹⁰⁰ Assim como atividade jurisdicional, os demais poderes públicos também não estão isentos da justificação das decisões tomadas. O Poder Legislativo, apesar de não fazer constar do enunciado das leis as razões e os fundamentos que levaram a sua edição, deve fazê-lo por ocasião da exposição de motivos do projeto de lei e durante o processo legislativo respectivo; e o Poder Executivo deve motivar os seus atos, que poderão ser controlados judicialmente (SÁNCHEZ GIL, 2007: 71-74).

¹⁰¹ Divergências existem quanto à natureza do “princípio da proporcionalidade”, se seria mesmo um princípio, uma regra ou um postulado. Uns atribuem à proporcionalidade natureza de *postulado*, porquanto não se enquadraria nos conceitos de regra e princípio (NOVELINO, 2014: 421); outros consideram-no uma regra, em virtude de não poder ser aplicado em parte, operando-se do modo “tudo ou nada” (SÁNCHEZ GIL, 2007: 02,03); e muitos o tratam mesmo como princípio (VIEIRA DE ANDRADE, 2012). Certo é que, no sentido aqui discutido, trata-se de uma norma procedimental composta por um método de argumentação jurídica.

¹⁰² Em curiosa análise das fontes da proporcionalidade, o autor mexicano Rubén Sánchez Gil observa que se trata de uma ideia inerente à natureza humana, que a manifesta em diversas esferas a que se estende seu conhecimento, a exemplo da matemática, da filosofia, da psicologia e das artes. Disso decorreria uma predisposição subjetiva humana para acolher a proporcionalidade como critério universal de harmonização ou como meio da finalidade geral de fazer justiça (2007: 09-11).

constitucionais, como se observa dos arts. 18º, 19º, nº 3; 113º, nº 5; 142º, h; 149º, nº 1 e 2; 163º, g; 218º, nº 2; e outros, todos da CRP¹⁰³. Portanto, ainda que não seja expressamente prevista uma metódica em si, o princípio da proporcionalidade é dedutível do próprio sistema constitucional (CANOTILHO/MOREIRA, 2014: 392), visto que qualquer afetação negativa de princípios de direitos fundamentais deve ser estritamente proporcional ao que exigir a realização dos fins que a justificam (ALEXY, 2011: 116-117).

Ademais, o método da proporcionalidade vem sendo universalizado como *padrão de valoração de poderes e medidas*, presente em ordenamentos nacionais, comunitários e internacionais, bem como nos ordenamentos da *common law* e *commonwealth* (a exemplo de Israel e África do Sul), além da maciça aplicação nos sistemas da *civil law* (TAVARES DA SILVA, 2014: 50, 59-72).

Nessa esteira, iniciando a discussão do método do princípio da proporcionalidade, sua ideia central é alcançar a *ponderação* ou *concordância prática* dos direitos, objetivos e medidas colidentes (dentre os quais figuram os direitos fundamentais), distribuindo os pesos da colisão mediante a consideração de elementos jurídicos e não-jurídicos. Dessa ponderação obtém-se uma conclusão, chamada *lei da ponderação* ou *regra de precedência condicionada*, a partir da qual um dos valores colidentes irá ceder e ser limitado em prol de maior realização do outro, sendo válida apenas ao caso concreto (por isso *condicionada*) – logo não se estabelece hierarquia incondicionada (em abstrato, *prima facie*) entre os direitos fundamentais por via desse método.

Essa concordância prática é realizada através de três etapas, os chamados testes ou exames da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, por via dos quais se busca atender à exigência argumentativa de concreção dos princípios, extraindo-lhes enunciados normativos (ALEXY, 2013: 241)¹⁰⁴.

Antes, porém, o aplicador deve superar uma fase prévia: observar todos os fatos relevantes do caso concreto (em busca de enunciados empíricos sobre fatos, atos, motivos,

¹⁰³ No Brasil, o mesmo se verifica, consoante redação dos arts. 5º, V; 7º, V e XXI; 40, §1º, I e II; 45; 71, VIII; e mais, todos da CRF/88.

¹⁰⁴ Além das obras de Robert Alexy, muito citadas nesta seção, há vasta doutrina que analisa a metódica do princípio da proporcionalidade, tendo sido utilizados aqui, preponderantemente: Tavares da Silva (2014: 52-53), Vieira de Andrade (2012: 288, 301-303), Vitalino Canas (1994, 2012, 2014), Sánchez Gil (2007: 39-59), Barroso (2010: 305-306), Novelino (2014: 421-426).

estado de coisas, o que exige conhecimento interdisciplinar); os cânones da interpretação da lei (semântica, genética, histórica, comparativa, sistemática e teleológica); os contributos da dogmática jurídica e da jurisprudência; bem como os argumentos lógico-jurídicos especiais (analogia, *argumentum a contrario*, *argumentum a fortiori*). Portanto, deve lançar mão de todas as fontes do discurso jurídico a fim de buscar as premissas a serem aplicadas na solução do caso (ALEXY, 2011: 165-166, 551-573; ALEXY, 2013: 228 ss).

Nessa fase prévia, o intérprete deve verificar as margens de discricionariedade existente, porquanto não é incomum que haja vinculação legal das finalidades a serem alcançadas, assim como aos meios pelos quais o serão, o que também reduzirá as possibilidades do discurso jurídico a ser construído (ALEXY, 2011: 585-587).

Iniciando o primeiro teste, o exame da adequação, deve ser verificada a idoneidade ou aptidão da medida para atingir a finalidade almejada, devendo ser descartada qualquer proposta de solução inapta a atingir o fim intentado (ALEXY, 2011: 116-120, 588-590).

Por ocasião do segundo teste, o da necessidade (mandamento do meio menos gravoso), também chamado de exame de exigibilidade ou indispensabilidade, pergunta-se se não há meio menos ofensivo ao interesse contrário e que seja capaz de atingir igualmente a finalidade pretendida, tendo em vista que deve ser aplicada a solução que afete o interesse oposto apenas o estritamente necessário à produção dos efeitos almejados. Em suma, são relacionados os graus de realização e afetação dos valores tensionados em prol da maior satisfação com o menor custo factualmente possível (ALEXY, 2011: 116-120, 590-593)¹⁰⁵.

Por fim, o teste da proporcionalidade em sentido estrito (*mandamento de sopesamento propriamente dito*), no qual o intérprete analisa a relação entre os benefícios e os prejuízos produzidos pela medida e verifica se as benesses produzidas compensam as perdas geradas, ou seja, determina a importância ou peso em concreto dos princípios colidentes¹⁰⁶. É estritamente o mandamento de ponderação, mas que não pretende conduzir

¹⁰⁵ Ressalta-se que, em virtude de avanços tecnológicos, pode ocorrer de existir alguma medida tal qual eficaz e menos gravosa, mas que exija vultosos investimentos pecuniários ou que seja tecnicamente muito difícil de ser aplicada (a depender de onde e quem deverá fazê-lo). Tais situações também devem ser ponderadas por ocasião da aplicação da metódica (SÁNCHEZ GIL, 2007: 47).

¹⁰⁶ Há quem entenda que, por tais testes serem autônomos (basta a reprovação em um deles para que o ato ou medida controlado seja reprovado), é possível aplicá-los em ordem diversa da que apresentamos, sendo indiferente ao resultado final (SÁNCHEZ GIL, 2007: 37). Alexy, em um momento, assevera que não há abstratamente razões para dizer se há ou não a indispensabilidade de os testes serem executados segundo alguma ordem pré-definida, desde que a medida escrutinada seja aprovada em todos eles; porém, em seguida,

o intérprete a um único e inequívoco resultado, embora essa possibilidade muitas vezes seja possível (ALEXY, 2011: 116-120, 171, 594-611).

Nessa última fase é realizada a chamada *fórmula do peso* ou cumprida a *lei do sopesamento*, regulada pela máxima de que o grau de não satisfação ou afetação negativa de um princípio da colisão deve ser justificada pelo grau de importância da satisfação do outro. Tal fórmula é dividida também em três etapas: avaliação do grau de não satisfação de um princípio; mensuração da importância da realização do outro; verificação se a satisfação de um compensa as perdas geradas ao outro.

Essa última etapa deve ser percorrida mais precisamente por meio da classificação em três níveis dos graus de intervenção em um princípio e de satisfação do outro: fraco, médio e forte. Por conseguinte, quando relacionados as perdas e os ganhos não pode resultar uma intervenção mais severa (p. ex., forte) que o grau de satisfação gerado (p. ex, médio ou fraco), sob a pena de a medida escrutinada dever ser rejeitada e considerada inválida frente à não-satisfação insuportável de um e à satisfação não compensadora do outro princípio ou direito (ALEXY, 2011: 593-603).

No entanto, poderá haver um resultado de empate entre os custos e os ganhos aferidos (forte/forte, médio/médio, fraco/fraco). Nesses casos, haverá uma discricionariedade, não havendo como indicar precisamente por via do método da proporcionalidade que a medida examinada deve ser afastada. Essa é a discricionariedade que pode restar da aplicação do princípio da proporcionalidade, a qual caberá à autoridade competente decidir (ALEXY, 2011: 603-608; SÁNCHEZ GIL, 2007: 48-59).

Concordamos que essa escala de perdas e ganhos poderia ser melhorada, mas que, em tese, não deve ser mais refinada senão com considerável segurança (com o escopo de reduzir ao mínimo as chances de empate), visto não ser possível retirar um grau ideal de exatidão e certeza acerca do peso dos princípios pela via interpretativa (sendo comum

declina que o exame da necessidade deve preceder o da proporcionalidade em sentido estrito (ALEXY, 2011:117, nota 84, e 119-120). Pessoalmente, por questões lógicas, compreendo que os testes devem ser aplicados na ordem exposta no texto, visto que não há sentido em verificar se uma medida é mais ou menos gravosa (teste da necessidade) se ela não for idônea a atingir o fim que almeja (teste da adequação), e é inútil escrutinar a juridicidade de uma medida que restrinja algum outro princípio ou direito sem que se considere ela adequada e necessária à finalidade visada, até porque em qualquer modalidade de argumentação séria inclusive a jurídica) apenas são levadas em consideração possibilidades realizáveis (ALEXY, 2013: 202) . Na mesma ordem cronológica apresentada foram aplicados os testes da metódica da proporcionalidade pelo Tribunal Constitucional Português (acórdão nº 187/2001).

verificar-se divergências), o que tornaria obscuro, logo intuitivo, o enquadramento nos mais variados níveis de prejuízo e satisfação, o que levaria ao esvaziamento da eficácia de uma escala mais rebuscada (ALEXY, 2013: 609-611).

Mas, como melhor veremos abaixo, não é diretamente o objetivo da metódica em análise definir os graus de importância e os níveis de intensidade das restrições dos valores colidentes, porque isso depende substancialmente das valorações feitas ao nível da justificação externa ou determinação do conteúdo dos princípios, não obstante os momentos de justificação funcionem numa relação de complementariedade mútua¹⁰⁷.

Em suma, por meio desse método é realizada a fase da proporcionalidade em sentido estrito, ao final da qual, passados os dois exames anteriores, é obtida a *lei da ponderação* ou *regra de precedência específica* que resolverá a colisão.

Considerando os direitos fundamentais como mandamentos de otimização, os dois primeiros testes (adequação e necessidade) atendem ao sentido de otimização perante condições fáticas (sendo assim considerados os elementos fáticos da tensão em busca de uma solução adequada e menos gravosa)¹⁰⁸; enquanto por via do terceiro é perseguida a otimização diante das condições jurídicas (quando é feita uma análise normativo-jurídica da questão) (ALEXY, 2011: 118).

Para que não se perca em objetivos utópicos, é importante conhecer que o conceito de otimização pode ter diferentes leituras, sendo uma delas a que o confunde com a ideia de *maximização* dos direitos fundamentais, de modo que a resposta válida seria sempre a que alcançar um ponto ideal máximo de realização. Essa concepção é equivocada e conduz a conclusões ilegítimas em um Estado Democrático de Direito, visto que direcionaria, em última análise, ao Tribunal Constitucional a decisão, a quem compete interpretar a constituição (isso, obviamente, em um contexto nacional). O conceito de otimização que deve ser adotado observa que o conteúdo dos direitos fundamentais é construído de acordo com um sistema que contém muitos outros direitos, valores e objetivos fundamentais. Logo,

¹⁰⁷ Portanto, ratifica-se que o método da proporcionalidade atua sobretudo sob a perspectiva da justificação interna, porque a *fórmula do peso* ou *lei do sopesamento* revela não se pretender valorar o conteúdo dos direitos fundamentais em tensão (ALEXY, 2011: 167-171).

¹⁰⁸ Intenta-se com os exames da adequação e necessidade realizar a ideia do ótimo ou eficiência de Pareto, segundo o qual, deve-se buscar a solução que mais realize uma posição sem piorar uma outra (ALEXY, 2011: 589, 591).

em situações concretas, as possibilidades de exercício de um direito são em muito reduzidas em virtude de outro em sentido contrário, mesmo que tais possibilidade estejam abstratamente compreendidas em seu âmbito de proteção ou suporte fático. Desse modo, a metódica da proporcionalidade não visa à maximização ideal direitos, e sim reprovam hipóteses que, embora normativamente possíveis, não atendam às supramencionadas exigências da ponderação, que tem por escopo também a redução dos custos aos demais valores e interesses da tensão. Portanto a ideia de otimização aqui aceita tem características também redutoras, o que não se compatibiliza com a ideia de *maximização* dos direitos fundamentais individualmente considerados (ALEXY, 2011: 588).

Logo, como se percebe, pelo princípio da proporcionalidade são articulados elementos fáticos e jurídicos em um procedimento universalizável guiado até uma conclusão dotada de correção racional que aspira a alcançar um grau ótimo de realização dos valores fundamentais colidentes, cujo produto é a *regra de precedência condicionada* ou *lei da colisão*¹⁰⁹.

A construção ora exposta, consubstanciada pelos três testes, foi inicialmente desenvolvida pela jurisprudência e dogmática alemã (por isso chamada de tradicional ou *trilogia alemã*) (TAVARES DA SILVA, 2014: 50-51), a qual opera preponderantemente no campo da justificação interna ou da perspectiva metódica de um raciocínio conducente a uma decisão jurídica racional, coerente e conforme as exigências da legitimidade democrático-constitucional.

Entretanto, são tecidas críticas ao método da proporcionalidade, sob o fundamento de que ele permite brechas a subjetivismos e *decisionismos*, especialmente quando do exame da proporcionalidade em sentido estrito. Uma vez confirmadas essas críticas, o exame da proporcionalidade poderia viabilizar discricionariedades além do razoável e até a arbitrariedade (BARROSO, 2010: 338), o que desperta também a questão da substituição do legislador pelo *juiz* e os respectivos problemas de justificação democrática quando esteja em causa o controle judicial de atos do legislativo.

¹⁰⁹ A lei da colisão é uma *regra* deduzida de uma colisão de princípios, a qual expressa a relação dos pesos desses princípios num caso concreto, revelando qual tem o maior peso naquelas circunstâncias e apontando uma consequência jurídica precisa condicionada àquelas condições fáticas e jurídicas específicas (ALEXY, 2011: 95-99).

Diante de casos-limite, questões inéditas ou muito controvertidas acerca de colisões entre direitos fundamentais (de um modo geral, *hard cases*), há quem defenda que, por não haver normas previamente aprovadas por instituições propriamente legitimadas e/ou por haver mais de um resultado interpretativo, o *juiz* estaria autorizado a realizar uma interpretação criativa livre ou uma *leitura moral* das normas colidentes segundo suas intuições. Levada ao extremo essa liberdade, seria autorizado ao intérprete, declarada ou dissimuladamente, criar novos direitos e aplica-los retroativamente em desfavor de alguém, o que vai de encontro ao princípio democrático e à segurança jurídica (DWORKIN, 2010: 128-129)¹¹⁰.

É indispensável considerar que o discurso jurídico possui dois momentos que interagem numa relação de complementariedade: a *justificação interna* e a *justificação externa*. Esta diz respeito ao aspecto material dos argumentos utilizados, isto é, ao conteúdo das normas jurídicas e enunciados empíricos considerados (chamado *processo de descobrimento*); aquela, ao aspecto formal ou procedimento argumentativo, cujo objetivo é encontrar o resultado correto racionalmente fundamentado a partir das premissas extraídas da justificação externa (ALEXY, 2013: 219 ss).

Portanto, em princípio, segundo sua construção original, o método argumentativo em estudo não pretende responder substancialmente a questões de *justificação externa*, ou seja, sobre a definição de conteúdo do direito vigente; com efeito, na aplicação do método da proporcionalidade o intérprete parte de suas convicções acerca do direito, utilizando-as como premissas materiais do discurso a sustentar uma decisão jurídica (ALEXY, 2013: 33). Por conseguinte, numa colisão envolvendo a liberdade de expressão, p. ex., partindo-se ora de um *standard* como o turco e ora de outros como o norte-americano, alemão ou brasileiro (analisados atrás), não seria inesperado se as respostas dadas fossem diferentes.

Isso revela que as conclusões alcançadas poderão variar no tempo e no espaço, a depender do contexto cultural e do momento em que se aplique. Não duvidamos que a

¹¹⁰ Isso autorizaria, por exemplo, juízes e tribunais a decidir fundados apenas em *argumentos de política* (fundamento baseado em objetivos coletivos almejados) e não em *argumentos de princípio* (padrão de exigência da justiça, equidade ou outra dimensão da moralidade), o que significaria admitir a atuação do Poder Judiciário como típico legislador, ferindo a separação dos poderes e os padrões do governo democrático, porquanto os juízes definiriam políticas públicas fora de um processo político-democrático participativo. Assevera-se, porém, que a argumentação fundamentada em políticas definidas em leis e na constituição nacional não infringem os ditames da legitimidade democrático-constitucional dos juízes (DWORKIN, 2010: 36, 129-133).

verdade é uma *produção cultural contextualizada temporalmente* (TOLEDO, 2013: 6). E foi levando em conta isso que julgamos importante a análise dos dois polos da colisão objeto deste trabalho; considerando, ademais, as variações de conteúdo e grau de importância dos direitos fundamentais em diferentes culturas.

Desse modo, o método da proporcionalidade como teoria da argumentação jurídica não nega a possibilidade de obter-se mais de um resultado admissível, mas exclui respostas irracionais, contraditórias, não demonstráveis logicamente, incoerentes com as condições limitadoras do discurso jurídico (lei, dogmática, precedentes) (ALEXY, 2013: 31-32). Ademais, a adoção de um método de justificação interna atende ao princípio da justiça formal e da segurança jurídica, garantindo a todos uma decisão segundo uma mesma lógica de reconhecimento e aplicação do direito (ALEXY, 2013: 220).

Mas incorre em erro quem afirma que a realização de valorações por ocasião da decisão de casos jurídicos significa um livre espaço para convicções morais do aplicador. Apesar de as valorações sobre o conteúdo do direito determinarem em muito a conclusão do raciocínio jurídico, elas devem ser objetivadas (ALEXY, 2013: 23-26; TOLEDO, 2013: 5). A discricionariedade judicial não significa que a argumentação da decisão está imune aos exames da racionalidade, coerência, equidade, juridicidade, mas apenas que não foi guiada por padrões decisórios pré-estabelecidos (DWORKIN, 2010: 53, 108-113; ALEXY, 2013: 245-246)¹¹¹. Isso afasta grandemente os perigos da arbitrariedade dos Poderes constituídos, a despeito de não se pretender alcançar com o método da proporcionalidade sempre uma decisão única e inequívoca, mas de rejeitar as incorretas sob uma perspectiva de racionalidade e coerência com as premissas de que parte o discurso jurídico (ALEXY, 2013: 31-32, 203-204; ALEXY, 2011: 163-166).

Deve ser considerado ainda que em grande parcela das hipóteses concretas, o grau de complexidade dos ordenamentos contemporâneos ocidentais, a experiência acumulada pelos tribunais e as compreensões dogmáticas construídas ao longo do tempo guiarão a interpretação (DWORKIN, 2013: 439-445; ALEXY, 2013: 25). Nessa esteira, embora o

¹¹¹ A ideia de discricionariedade ora exposta no texto (em sentido fraco) se opõe à defendida por teorias positivistas segundo a qual diante de *hard cases*, aqueles casos em que não há uma regra clara e precedente a aplicar para solucionar a controvérsia, o aplicador teria liberdade para decidir da forma como bem entender, isto é, passaria a dispor o intérprete de uma discricionariedade em sentido forte, pela qual não teria balizas a seguir, porquanto ambos os polos da tensão teria razão, o que validaria qualquer das opções feita pelo *juiz*; sendo desnecessário, portanto, um método de controle da argumentação utilizada (DWORKIN, 2010: 127-128).

intérprete não esteja (ressalvadas exceções) vinculado a uma decisão anterior, o respeito aos precedentes ou à *consistência articulada* das argumentações judiciais confere coerência e integridade ao direito (DWORKIN, 2010: 60; NOVELINO, 2014: 170-171), o que atribui ao *juiz* discordante um fardo de argumentação bem mais pesado a ser vencido caso decida não acompanhar a *ratio* dos precedentes existentes (SÁNCHEZ GIL, 2007: 103-105; ALEXY, 2013: 268)¹¹².

E também contendo o desiderato de aumentar a racionalidade das decisões, o recurso ao estudo do direito comparado e ao *judicial dialogue* poderá oferecer soluções aos casos excepcionais (casos-limite), buscando compreender o problema ou ao menos colher contributos de outras culturas jurídicas e da jurisprudência internacional, por meio do estudo de problemas semelhantes enfrentados em outros sítios do globo, desde que atento à necessária contextualização. A propósito, há ordenamentos nacionais que já preveem expressamente essas propostas como instrumentos de interpretação e aplicação do direito em suas Constituições, é o caso da África do Sul e da Hungria (TAVARES DA SILVA, 2014: 137).

Portanto, deve-se concordar que a abertura dos problemas jurídicos a valorações não pode justificar que o intérprete disponha de livre subjetivismo ou de discricionariedade em um sentido forte (DWORKIN, 2010: 52-63)¹¹³; mas sim, que ele deve esforçar-se para *objetivar* as valorações realizada (TOLEDO, 2013: 5).

O problema pode ser assim articulado: na medida em que os princípios realizam a abertura do sistema jurídico em face da Moral, as fontes do direito tratam de objetivar os conceitos daí retirados; porém, mesmo com o diuturno trabalho do legislador ordinário, da jurisprudência e da dogmática, que determinam aspectos dos princípios e rendem muitos

¹¹² A respeito da carga argumentativa da norma fixada no precedente (a *ratio decidendi*), sua não utilização na resolução do caso concreto presente deve decorrer da aplicação da técnica do *distinguishing* ou do *overruling*: esta significa a rejeição do entendimento precedente, julgando-o equivocado, logo violando sua *ratio*; aquela, à verificação de existência de alguma característica no caso a ser decidido que justifique a não aplicação do precedente (respeitando, portanto, sua *ratio*) (ALEXY, 2013: 271).

¹¹³ Alexy (2011: 582-583) aponta que em relação aos princípios em geral, logo também aos direitos fundamentais, há dois tipos de discricionariedade: estrutural e epistêmica. Esta decorre da estrutura das normas constitucionais, cujos conteúdos imprecisos admitem margens de apreciação cognitiva, a partir de que se define o que é efetivamente obrigatório ou proibido, e o que não é obrigatório nem proibido, logo permitido; aquela diz respeito à margem de atuação prescrita pelas normas constitucionais, sendo facultado aos poderes constituídos fazer as escolhas devidamente motivadas e justificadas dentro dessa moldura (em razão de que trata a Constituição como uma *ordem-moldura*). Esse conceito de moldura está de acordo, destaca-se, com o conceito de discricionariedade de Dworkin, que a trata como um *espaço vazio no centro de uma rosca, circundado por faixas de restrições* (2010: 51). Voltaremos à frente a esse tema.

contributos à fundamentação das decisões jurídicas, cercando as controvérsias, não há dúvidas que não é suficiente a evitar o surgimento de novos *hard cases* e a solucionar em definitivo os gêneros de conflitos já conhecidos, existindo graves tensões até mesmo entre as premissas ventiladas por essas fontes (ALEXY, 2011: 27-28; ALEXY, 2013: 27-28).

Resta bastante claro ser possível extrair mais de uma resposta após a aplicação da metódica da proporcionalidade, e que, dentre essas possibilidades de resolução, será considerada correta a que mais estiver de acordo com as valorações feitas ou levadas em consideração pelo intérprete, o que não é controlável em absoluto (nem pretende ser) pelo método da ponderação em si. Todavia isso não significa que a proposta aqui tratada é uma metódica conducente ao arbítrio ou a subjetivismos intoleráveis. Em toda decisão jurídica, sobretudo envolvendo a aplicação de princípios, haverá abertura a valorações em algum grau. Compreendemos que o princípio da proporcionalidade impede que esse grau atinja os níveis da arbitrariedade ou de decisões intuitivas (ALEXY, 2011: 543-544; ALEXY, 2013: 28)¹¹⁴.

Nessa esteira, o pesquisador atento deve identificar uma segunda utilidade da metódica de justificação interna ora discutida: além de ser um procedimento de argumentação racional, também reflete no processo de descobrimento do direito, repelindo fundamentos que não possam ser justificados conforme procedimento argumentativo exposto ao longo desta seção. Desse modo, o princípio da proporcionalidade possui dupla função, justificar racionalmente uma decisão jurídica; e verificar a possibilidade de as premissas utilizadas justificarem uma conclusão válida (ALEXY, 2013: 227).

Logo, quer-se dizer que os aspectos da justificação externa (processo de descobrimento) e da justificação interna (processo de justificação) do discurso jurídico repercutem-se mutuamente, aquela aportando as premissas a serem usadas pela última; e esta controlando a possibilidade de as premissas fornecidas justificarem uma argumentação racional válida. Por isso, são aspectos do discurso jurídico que interagem em relação de complementariedade mútua.

¹¹⁴ Ademais, a confessada impossibilidade de garantir uma segurança indelével das conclusões jurídicas não retira a validade de uma teoria da argumentação jurídica que esse fato considere, porquanto nem mesmo as ciências naturais conseguem garantir um grau de certeza absoluto das respostas que dão (ALEXY, 2013: 284).

Isso é claramente verificável ao descrever-se a *regra do peso* (a ser observada por ocasião da aplicação do teste da proporcionalidade estrita), segundo a qual quanto maior for a intervenção (não satisfação) sobre um princípio ou valor, maior deve ser a importância da satisfação do outro (ALEXY, 2011: 171, 593-611). Dessa forma, premissas que não respeitem essa máxima não serão aprovadas pela metódica da proporcionalidade, conduzindo a um resultado inválido. Logo, observa-se que a metódica da proporcionalidade não rejeita apenas conclusões irracionais, mas reprova também premissas incapazes de conduzir a respostas corretas sob os pontos de vista do método ora discutido.

Entretanto, como não se visa a definir precisamente as premissas materiais de que parte o raciocínio, o método da proporcionalidade não garante nem pretende conduzir sempre a um único e inequívoco resultado, conforme reiteradamente já foi declinado neste trabalho.

E não poderia ser diferente. É preciso ter em mente que nenhuma teoria do discurso jurídico consegue eliminar todos os *defeitos* que inviabilizam a plena precisão e clareza da fundamentação de uma decisão sobre um *hard case*, se isso fosse possível, estabelecer-se-ia um código da razão prática, constituído de todas as regras e formas da argumentação prática racional, tornando estéril toda essa discussão (ALEXY, 2013: 187). Logo o alcance de duas proposições válidas é uma *possibilidade discursiva* considerada pelo método em tela (ALEXY, 2013: 204)¹¹⁵.

Em suma, não vemos razões por que se possa imputar à metódica da proporcionalidade o carácter fomentador de subjetivismos ou de não alcançar os objetivos a que se destina¹¹⁶. Na verdade, margens de discricionariedade é que evitam que um Estado

¹¹⁵ Ressalta-se, além disso, que o discurso jurídico é um *caso especial* do discurso prático geral. Quer-se dizer com isso que, apesar de dirigir-se ao agir e almejar ser correto e justo, aquele é um discurso limitado por vincular-se ao direito vigente, sobretudo no âmbito de um processo judicial, em que é limitado ainda pelas normas procedimentais, que admitem, por exemplo, que os participantes se orientem conforme seus interesses; um dever de veracidade limitado (o que se verifica, exemplificativamente, nas regras de distribuição do ônus da prova, no princípio segundo o qual ninguém é obrigado a produzir provas contra si, incluída aí a confissão sobre matérias de fato); e a justificação dos argumentos e a discussão são restritas por regras processuais, devendo ser realizada em tempo, por meios e até de forma determinados. Assim, a *racionalidade* buscada no discurso jurídico é uma razão consoante o ordenamento em vigor, o que pode admitir como válida uma decisão com alguma deficiência de correção sob um ponto de vista de valorações morais (ALEXY, 2013: 209-216, 229).

¹¹⁶ Até mesmo o erro ou equívoco nas conclusões está insito na atividade interpretativa do direito, o que independe da metódica da proporcionalidade ora discutida, não havendo prova de que a atuação construtiva do intérprete produza mais injustiças do que uma argumentação cingida a padrões decisórios pré-existentes (DWORKIN, 2010: 135).

com uma constituição em seu centro (ou ápice, como queira) seja submetido a uma ditadura judicial, haja vista que, se sempre existisse uma única e inequívoca resposta válida, sendo o tribunal constitucional o intérprete, em última instância, da constituição, toda colisão entre valores constitucionais seria decidida por *juízes*, que se sub-rogariam nas competências dos legisladores ordinários e esvaziariam a eficácia de todo o ordenamento infraconstitucional (porque tudo seria decidido de acordo com a interpretação direta da constituição) (ALEXY, 2011: 578-584).

Acerca da discricionariedade, elas podem ser de duas espécies: estrutural e epistêmica. Haverá discricionariedade estrutural quando, por exemplo, a Constituição determina o que é obrigatório, o que é proibido e o que é permitido, de modo que os poderes constituídos poderão atuar dentro dos limites, espaço ou moldura estabelecido como permitido (podendo, a depender da hipótese, definir fins e/ou meios à medida que foi autorizado). Existirá discricionariedade epistêmica quando o conteúdo da Constituição for indeterminado ao ponto de não se saber ou ter-se dúvidas sobre o que é obrigatório, proibido e permitido (ALEXY, 2011: 582-583). Neste último caso, não há definição prévia dos limites dos espaços de atuação discricionária.

Nos domínios da discricionariedade estrutural, atua plenamente a metódica da proporcionalidade até aqui discutida, no âmbito de que, mesmo quando se deduz mais de uma resposta válida a um caso complexo, ambos são constitucionalmente esperados, ambos são juridicamente possíveis, cabendo ao legislador fazer a escolha política (ALEXY, 2011: 593-611). Nesse caso, a discricionariedade está de acordo com o Estado de Direito, pois há uma liberdade de atuação do poder político juridicamente concedida, o que atribui legitimidade ao legislador para decidir.

O mesmo não se pode dizer no âmbito da discricionariedade epistêmica. Aqui, dependendo da forma como se concebam seus efeitos, estará o legislador amplamente livre para inovar no ordenamento e definir ele próprio suas margens de decisão; funcionando, portanto, além do direito vigente. Seria algo como uma criação jurídica infensa a qualquer controle pelo Direito. Uma concepção assim é inválida, visto que viola os ideais do Estado de Direito e do sistema de direitos fundamentais, não se podendo retirar da própria norma constitucional a autorização para atuar contra ela.

A discricionariedade epistêmica pode ser de dois tipos: empírica ou normativa. A epistêmica-empírica se verifica quando há um impasse em relação às *premissas* sobre fatos, as quais exercem essencial papel na otimização fática dos direitos fundamentais¹¹⁷. A esses casos, embora não possa o judiciário substituir a decisão legislativa pela sua (por faltar-lhe legitimidade democrático-constitucional), é possível aplicar a mesma lógica da *formula do peso*, apontando que quanto mais forte for a intervenção sobre um direito fundamental, maior deve ser a certeza sobre as premissas empíricas de que se parte (aplicando-se aqui também a relação dos graus forte, médio e fraco entre a intensidade da intervenção e o nível de certeza/incerteza da premissa empírica base da decisão) (ALEXY, 2011: 612-620).

Diferentemente, existe uma discricionariedade epistêmica normativa quando há incerteza quanto às possibilidades jurídicas extraíveis do princípio, verificando-se um impasse epistêmico, em que não se consegue perceber o que é obrigatório, proibido ou permitido da análise da norma jurídica, cabendo ao legislador determinar os próprios limites de discricionariedade estrutural a serem observados por ele (ALEXY, 2011: 620-622).

Nesses casos, por não existir controles jurídicos para confinar a decisão em limites mais ou menos claros, considera-se que a discricionariedade para decidir deve respeitar ao menos dois parâmetros: o núcleo essencial dos direitos fundamentais e o sentido global da constituição ou do sistema de direitos fundamentais (interpretação sistemática) (ALEXY, 2011: 623-627). Sendo assim, a discricionariedade epistêmico-normativa é, em alguma medida, limitada e controlável por esses parâmetros¹¹⁸.

Por fim, é fato que existem variações na realização do princípio da proporcionalidade a depender das hipóteses a que se aplique. A profundidade do exame

¹¹⁷ Cita-se como exemplo o controle de ato legislativo que permite a livre comercialização de produtos derivados da *cannabis* sem que haja conhecimentos científicos suficientes a comprovar as benesses ou os malefícios desses produtos à saúde humana (ALEXY, 2011: 612).

¹¹⁸ Mas não inteiramente. Inferimos que a preocupação central de Alexy (2013: 26-29) em sua teoria da argumentação jurídica é com a precisão da fundamentação das decisões jurídicas. E é justamente por carência de precisão e clareza das fontes de onde as valorações são retiradas que são consideradas como não conducentes a um resultado preciso algumas propostas lançadas em célebres teorias do discurso, dentre elas a de que o intérprete deve extrair suas valorações de convicções coletivas (inclusive de juristas); dos sentidos do ordenamento jurídico como um todo; de uma ordem de valores supralegais objetivamente reconhecíveis (incluindo proposições de direito natural); de consensos fáticos empiricamente reconhecidos. O autor, porém, reconhece a utilidade dessas propostas, julgando válidas e importantes as valorações feitas com base nelas utilizadas pelos Tribunais alemães, mas reconhece que, mesmo o somatório de todas elas, não são suficientes, sendo necessário buscar novos caminhos.

poderá ser *intenso ou total; de plausibilidade ou defensabilidade; ou por evidência* (VIEIRA DE ANDRADE, 2012: 205-220), respectivamente, forte, moderado e leve.

Essa questão tem total relação com o que foi discutido a respeito da discricionariedade conferida ao *decisor*, sendo uma consequência direta também das causas geradoras das discricionariedades estrutural e epistêmica, somadas à distribuição constitucional das competências dos poderes constituídos.

Importantes doutrinadores vinculam as variações na realização do princípio da proporcionalidade à natureza do objeto do controle e da autoridade emissora. Destinada a controlar leis em sentido estrito, isto é, tendo o ato sido emitido pelo legislador, deve ser respeitada a competência e legitimidade que o Legislativo possui para atuar criativamente, podendo inclusive restringir direitos fundamentais (havendo admissibilidade Constitucional) ou harmonizar colisões entre eles e com outros valores fundamentais, dentro dos confins das já discutidas discricionariedades estrutural e epistêmica. O controle variará em intensidade a depender do grau de vinculação do legislador à Constituição e do grau de determinação do conteúdo da norma constitucional objeto da intervenção legislativa (CANOTILHO/MOREIRA, 2014: 389).

Sendo conferida autonomia legislativa para intervir sobre direitos e valores fundamentais elegendo meios, especificando fins e decidindo sobre em que momento e intensidade concretizá-los, e ainda para determinar ou conformar seu conteúdo, o exame da proporcionalidade deverá basear-se num *juízo por evidência* sobre a validade e legitimidade da medida legislativa escrutinada (é a intensidade mais fraca da proporcionalidade) (VIEIRA DE ANDRADE, 2012: 211, 213-214, 218).

É o caso, em tese, do controle de criação e alteração de políticas públicas sociais e econômicas (o que pode decorrer da mudança de opções políticas, das exigências da economia e até da deficiência orçamentária do Estado), em razão de que direitos fundamentais são atingidos. Nessas situações, por se tratar de matérias essencialmente políticas e da competência típica dos Poderes Legislativo e Executivo, a margem de escrutínio pelo Judiciário deve ser mais reduzida (TAVARES DA SILVA, 2014: 73).

Quando houver comando expreso incumbindo o dever de legislar, podendo o ato legislativo destinar-se a proteger e até restringir valores fundamentais, em via de regra, o controle da proporcionalidade se baseará num critério de *plausibilidade* ou *defensabilidade*,

isto é, num controle moderado (VIEIRA DE ANDRADE, 2012: 219). Nesses casos, sendo implicitamente dedutível a necessidade de intervenção legislativa, e não expressamente, justifica-se um controle mais elevado (CANOTILHO/MOREIRA, 2014: 389).

Nas hipóteses de lei interpretativas e harmonizadoras de colisão, aquelas que concretizam o âmbito protegido de direitos fundamentais ou declaram a existência de limites iminentes (limites internos), o controle deverá ser *total*, pelo qual o juiz pode realizar um completo reexame do ato legislativo, porquanto compete ao judiciário interpretar, em última instância, o texto constitucional, cabendo-lhe o escrutínio da interpretação feita pelo legislador ordinário (VIEIRA DE ANDRADE, 2012: 211-213, 219).

Quando esteja em causa um ato administrativo, em virtude de ser emitido por uma autoridade estritamente vinculada ao princípio da legalidade, o juiz terá uma maior autonomia para controlá-lo, mas observando as competências típicas e margens de liberdade técnica conferidas à Administração Pública¹¹⁹. Também será *intenso* o controle de uma proposta de resolução de uma colisão concreta, para cuja solução foi chamado a decidir o judiciário, devendo aprofundar-se na análise do caso com amplo poder de decisão e fazer um reexame total, inclusive das decisões proferidas nas instâncias inferiores, respeitadas as regras processuais.

Ressalta-se que esse critério, segundo o qual a intensidade do controle variará a depender do gênero do ato objeto de controle, é menos preciso, podendo esses indicativos de realização do princípio da proporcionalidade segundo natureza do ato e da autoridade emissora encontrar exceções, o que dependerá da hipótese em análise e conforme a discricionariedade conferida.

De toda sorte, o método não pode ser aplicado sempre da mesma forma a todos os problemas a que se propõe resolver, devendo mesmo haver graduações em sua aplicação. Propostas dogmáticas mais recentes propõem inclusive construções que vão além da trilogia alemã. Isso decorre da *expansão transnacional* porque passou e passa esse princípio (da Alemanha ao mundo), da globalização também dos direitos humanos e da internacionalização de sua proteção, o que viabiliza, pelo menos em tese, a construção de

¹¹⁹ Nesse sentido já se manifestou o Tribunal Constitucional Português (acórdão nº 187/2001), bem como o Supremo Tribunal Federal do Brasil (p. ex., no julgamento do RMS 24.699/DF).

standards globais de proteção e da consideração de novos valores no contexto da ponderação (TAVARES DA SILVA, 2014: 50-51, 54).

Uma dessas propostas é a criação de um teste prévio destinado a aferir a *legitimidade dos fins* pretendidos com a medida a ser escrutinada, de modo que, sendo reprovada neste teste prévio, a medida não terá aptidão sequer a ser submetida aos exames da adequação, necessidade e proporcionalidade estrita (TAVARES DA SILVA, 2014: 54). Compreendemos que essa proposta pode ser abarcada naquela mencionada fase prévia em que o intérprete identifica as premissas empíricas e jurídicas a utilizar, sendo inclusive teoricamente articulável com a metódica mais tradicional da proporcionalidade, que, como visto, funciona numa relação de complementariedade com o momento da justificação externa do discurso jurídico.

No entanto, mais interessante é proposto pela Doutora Suzana Tavares da Silva (2014: 51, 54-55), ao enveredar na perspectiva da justificação externa pugnando pelo *alargamento do leque de valores a tomar em consideração*, considerando a globalização e a internacionalização das relações intersubjetivas, e pela busca por soluções globalizantes, que exige o recurso ao estudo do direito comparado e ao *judicial dialogue*. Tal proposta intenta a adoção de meios de justificação do conteúdo das premissas, o que é atendido pela articulação do método tradicional com o princípio da razoabilidade, potencializando o controle das premissas de que parte o raciocínio jurídico.

Dentre esses valores a levar em conta no momento interpretativo dos direitos e valores, a autora indica como indispensável a consideração dos ditames do novo modelo socioeconômico global vigente (cujos interesses verificamos estar presentes numa internet livre e na redução da proteção de direitos da personalidade), cuja inobservância pelo legislador conduzirá à reprovação no exame de razoabilidade. Nesse caso, tendo em vista tratar-se de premissas empíricas que interferem na conformação dos direitos e valores fundamentais, o exame da razoabilidade poderia ser combinado com o teste da necessidade, aumentando a força desse teste e do controle das medidas escrutinadas nos limites impostos pela legitimidade democrático-constitucional (TAVARES DA SILVA, 2014: 58, 75)¹²⁰.

¹²⁰ O exame da necessidade suscita problemas a respeito da legitimidade do judiciário para, ao identificar uma solução igualmente adequada e menos gravosa, substituir a decisão do legislador pela sua (TAVARES DA SILVA, 2014: 53; ALEXI, 2011: 118, nota 86). Nessa esteira, a combinação do teste da necessidade com um exame de razoabilidade viabilizaria, em tese, o melhoramento da metódica sem ultrapassar os limites da legitimidade

Trata-se, portanto, de uma tentativa de constituir não só um controle da justificação interna das decisões (perspectiva metódica), mas também torná-las mais inteligíveis no campo da justificação externa (perspectiva *conteudística*) (TAVARES DA SILVA, 2014: 51-59).

Observamos positivamente tais evoluções doutrinárias, pois permitem conferir maior densidade aos controles das medidas políticas, exigindo-as serem mais criteriosas e racionais, o que fortalece o instituto do princípio da proporcionalidade e o controle das ações dos poderes públicos acerca dos direitos, objetivos e valores fundamentais¹²¹. Acreditamos que foram até aportados os elementos materiais e formais necessários à compreensão e ao balizamento da colisão estudada neste trabalho, restando apenas um aprofundamento no estudo de como os Tribunais (especial os Europeus) vêm decidindo e o que levam em conta nas decisões desses casos, ao final de que poderemos retirar as conclusões necessárias a responder às questões levantadas.

3. Do Estudo de Casos e da Ponderação da Colisão em Concreto

Quando da análise de seus modos de exercício, vimos que a discussão a respeito do direito ao esquecimento não é tão recente (analisamos célebres casos que foram julgados durante a década de 70); mas, por outro lado, analisamos que, com a difusão da internet mundo afora e, de um modo geral, com o desenvolvimento das tecnologias da informação, novos desafios foram impostos à proteção dos direitos da personalidade, deixando a problemática de restringir-se apenas ao âmbito dos registros de antecedentes criminais e passando a marcar diversos domínios da vida civil das pessoas¹²².

jurídico-constitucional dos tribunais, transformando, por exemplo, o critério *de evidência* (mais fraco em virtude da maior discricionariedade conferida ao legislador) em um exame de razoabilidade (TAVARES DA SILVA, 2014, 75).

¹²¹ Para maiores esclarecimentos acerca dessas atualizações, consultar obra da Doutora Suzana Tavares da Silva (*Direitos Fundamentais na Arena Global*, 2ª ed., 2014).

¹²² No sentido com que até aqui foi tratada, consoante assevera o Doutor José Eugenio Soriano García (2012: 207, 274), a internet corresponde a uma biblioteca universal, onde toda informação é armazenada, inclusive nossa intimidade, imagem e demais informações a respeito de nossa personalidade, formando uma memória da história. Ademais, reforça o autor espanhol que as informações registradas na internet têm a potencialidade de ganhar repercussão global, não apaga com o tempo e pode ser lembrada de imediato a qualquer tempo.

Por conseguinte, equivalente de toda a problemática enfrentada neste trabalho não são aqueles precedentes mais clássicos do direito ao esquecimento¹²³, e sim os casos contemporâneos, que discutem o direito ao esquecimento no âmbito civil da sociedade da informação ou o chamado *direito ao esquecimento digital* (ÁLVAREZ CARO, 2015: 76).

Considerando isso, não obstante a existência de outros precedentes acerca do direito ao esquecimento, mais representativo dos problemas enfrentados neste trabalho é o caso *Google Spain vs. Mario Costeja González*, julgado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia no dia 13/05/2014 (processo nº C-131/12); pois, além de ter reconhecido o direito ao esquecimento de uma forma mais ampla (não se limitando apenas à vertente clássica ligada a ressocialização de apenados), situou a discussão especialmente no âmbito da internet e das novas complexidades aportadas pela SI, assim como tendeu a fixar a interpretação a ser dada àqueles dispositivos da diretiva nº 95/46/CE que fundamentam o direito ao esquecimento¹²⁴. Acrescenta-se ainda a robusta publicidade que teve essa decisão em todo o mundo, muito em virtude de ter sido julgado pelo TJUE.

Eis o caso: no dia 05/03/2010, na Espanha, o senhor Mario Costeja González apresentou reclamação à autoridade de controle espanhola em matéria de proteção de dados contra um jornal espanhol de grande tiragem, assim como em desfavor do Google Spain e Google Inc., relatando que, ao ser realizado pesquisa pelo seu nome nos motores de busca na internet, estavam sendo indexadas duas publicações negativas a ele feitas naquele jornal (ocorridas em 19/01 e 09/03 do ano 1998, ou seja, fatos datados 12 anos antes e há 16 anos se considerada a data do julgamento pelo tribunal europeu).

Os fatos diziam respeito à publicação de edital de hasta pública em que seria alienado imóvel de sua propriedade que fora arrestado no passado em razão de processo de execução fiscal que já havia sido resolvido há anos. Pedia o reclamante que fosse determinado ao jornal o apagamento dos dados ou o bloqueio de acesso das *spiders* dos motores de busca àqueles conteúdos, e ao Google que deixasse de indexar tais informações,

¹²³ Faz-se referências aos arestos alemães *Lebach I*, *Irniger* e *Lebach II*, tratados de forma pormenorizada no tópico II.1.

¹²⁴ Além disso, viabilizou a uniformização das interpretações acerca do direito ao esquecimento nos domínios do direito comunitário europeu (e até para além dele), o que é muito importante à segurança jurídica e à integridade dos órgãos jurisdicionais. A título exemplificativo, só na Audiência Nacional (tribunal espanhol) já havia mais de 200 casos discutindo direito ao esquecimento na internet ao tempo em que esse órgão submetera as questões prejudiciais decididas pelo tribunal europeu no caso em comento (ÁLVAREZ RIGAUDIAS, 2014: 110).

sob o argumento de que não eram mais pertinentes e que não mais atraíam o interesse público em razão do decurso do tempo.

Em resposta, a autoridade de controle espanhola indeferiu os pedidos em relação ao jornal, sob o fundamento de que este agiu em cumprimento de dever legalmente justificável (visto que as publicações foram determinadas por autoridades e de acordo com a lei). Por outro lado, deferiu em relação ao Google, ordenando a retirada dos dados e o impedimento do acesso a eles. Em contrapartida, inconformada, o Google levou o caso ao judiciário espanhol, requerendo a anulação de tais determinações, tendo o processo sido suspenso pela Audiência Nacional (tribunal da Espanha), que submeteu ao TJUE diversas questões prejudiciais relacionadas à interpretação da diretiva 95/46/CE em face das novas tecnologias desenvolvidas e desafios gerados após sua edição pelo parlamento europeu.

Dentre as várias questões prejudiciais submetidas ao TJUE, interessa-nos quatro delas, que provocaram o tribunal europeu a responder: a) se a atividade dos motores de busca consiste em tratamento de dados pessoais; b) se os motores de busca respondem pelos conteúdos que associa; c) se há obrigação de excluir tais conteúdos mesmo quando tenham sido licitamente tratados e continuem disponíveis no site de origem; e) se a pessoa em causa tem direito a exigir que os motores de busca deixem de indexar certos conteúdos respeitantes a ela, fundada apenas em sua vontade de vê-los esquecidos ou na potencialidade de serem-lhe ofensivos, mesmo quando a informação tenha sido licitamente publicada na página de origem.

Em relação ao primeiro quesito, citando precedentes do próprio tribunal, partiu-se do entendimento de que a inserção de dados pessoais na internet, por si, já configura um tratamento de dados (caso *Lindqvist*¹²⁵). Desse modo, *a fortiori*, a exploração por meios automatizados da internet, recolhendo, recuperando, organizando, conservando, comunicando e colocando à disposição de seus usuários, tal qual o faz os motores de busca, configura tratamento de dados pessoais de acordo com o artigo 2º/b da diretiva. Ademais, ressaltou que o fato de as mesmas informações indexadas pelos motores de busca terem sido publicadas antes em outros *websites* por terceiro não afasta tal conclusão, citando precedentes (caso *Satakunnan Markkinapörssi e Satamedia*¹²⁶), porque a diretiva não exige

¹²⁵ TJUE, julgado em 06/11/2003, processo: C-101/01, parágrafo nº 25.

¹²⁶ TJUE, julgado em 16/12/2008, processo: C-73/07, parágrafos nº 48 e 49.

a alteração dos dados pessoais para que se configure um tratamento, havendo diversas outras formas de tratar dados sem alterá-los, consoante prevê o artigo 2º/b.

Quanto à responsabilidade dos motores de busca pelos tratamentos de dados pessoais que realiza (segunda questão), interpretando o artigo 2º/d da diretiva, o TJUE respondeu ser responsável a pessoa que, individualmente ou em conjunto com outra, determina a finalidade do tratamento realizado e os meios pelos quais o faz. Por conseguinte, sendo os motores de busca que determinam tais finalidade e escolhem os meios de tratamento, são eles também responsáveis. O tribunal ainda esclareceu que o fato de ser possível aos editores dos conteúdos adotar ferramentas que livram total ou parcialmente seus *websites* e *blogs* das indexações de motores de busca (a exemplo de protocolos de exclusão *robot.txt* e códigos *noindex*, *noarchive*) não afasta a responsabilidade dos motores de busca, pois estes continuam a determinar as finalidades e os meios do tratamento, “individualmente ou em conjunto com outrem”¹²⁷.

No tocante ao terceiro quesito, o TJUE realizou interpretação dos artigos 12º/b e 14º/a, a fim de responder se seria possível, de acordo com a diretiva, exigir dos motores de busca a supressão de dados mesmo quando idêntica determinação não seja imposta ao editor das páginas onde originariamente tais conteúdos foram publicados. Considerando que a atividade dos motores de busca é distinta da dos editores, podendo inclusive ser potencialmente mais danosa, por facilitar o acesso e difundir globalmente as informações publicadas em outros *websites*. O tribunal compreendeu que a ponderação a ser realizada em relação aos motores de busca pode chegar a resultado diferente da que é feita em relação ao editor do conteúdo, a depender do caso concreto. Sendo assim, não há a necessidade de o conteúdo ser suprimido ou bloqueado prévia ou concomitantemente na página de origem para que isso possa ser exigido aos motores de busca.

Por fim, passou a analisar o último quesito, que provocou o tribunal a responder diretamente a respeito da existência de uma prerrogativa pessoal de exigir o apagamento ou a supressão de dados pessoais com fundamento no direito ao esquecimento, mesmo sendo

¹²⁷ O tribunal ressaltou ainda a potencialidade de os motores de busca agravarem os danos causados por um tratamento de dados, porquanto difundem globalmente a informação, tornando-a de fato acessível a qualquer um, e relacionam diversas informações a respeito de uma pessoa, permitindo ser traçado rapidamente um perfil a respeito dela (parágrafos nº 36 e 37). Logo em conformidade com a dogmática acerca do assunto citada neste trabalho.

verdadeiras as informações divulgadas. A resposta a tal quesito exigiu novamente a interpretação dos artigos 12º/b e 14º/a, da diretiva 95/46/CE.

De acordo com o tribunal (parágrafos nº 92 a 96 do acórdão), um tratamento de dados inicialmente lícito pode tornar-se incompatível com a diretiva em razão do transcurso do tempo, passando a serem desnecessários e não mais atender às finalidades visando as quais foi feito, assim como, nos termos da norma comunitária, inadequados, não pertinentes ou desproporcionais.

Sendo assim, o artigo 12º/b da diretiva nº 95/46/CE abriga o direito ao esquecimento, mesmo em relação a informações verdadeiras lícitamente publicadas, o qual é oponível também contra motores de busca e independente da manutenção da exibição onde originariamente foi divulgada¹²⁸. Também se compreendeu não ser necessário comprovar a ocorrência de prejuízos ou danos para que tal direito possa ser exercido, bastando verificar-se a inadequação, impertinência ou desproporcionalidade do tratamento de dados na espécie¹²⁹. Tratou-se, portanto, de um direito independente da responsabilização civil do responsável pelo respectivo tratamento de dados.

Todavia, salientou o TJUE que o reconhecimento não deve ser automático, tendo o órgão jurisdicional que *ponderar* os elementos do caso concreto, a fim de verificar se a pessoa em causa tem direito a impedir o acesso aos conteúdos que deseja serem esquecidos, por atingir-lhe direito da personalidade. Também deve ser observado pelo intérprete, ainda segundo o TJUE no julgamento em comento, se, em favor de quem divulga a informação,

¹²⁸ As consequências dessa decisão foram muitas e imediatas: o Google criou um formulário eletrônico pelo qual as pessoas podem *solicitar* a desindexação de conteúdos a seu respeito, com fundamento no direito ao esquecimento, bem como um conselho consultivo para lidar com a grande quantidade de solicitações de exclusão, bloqueio e oposição (mais de meio milhão até 09/2014). Os *websites* que tiveram suas publicações desindexadas do Google passaram também a reagir, por exemplo, criando listas de conteúdos desindexados a fim de facilitar seus leitores a buscá-los direto na fonte, sem intermédio de buscadores de conteúdo, consoante intenção manifestada pela BBC em seu site. Discute-se, por isso, se seria o fim da liberdade de expressão na *web* (ÁLVAREZ RIGAUDIAS, 2014: 116-117). Pensamos que não, até porque não se reconheceu um direito de senhorio da pessoa sobre seus dados; entretanto, indiscutivelmente, foram intensos os efeitos gerados por essa decisão do TJUE, inclusive para além da comunidade europeia, efervescendo o debate acerca do direito ao esquecimento em todo o globo.

¹²⁹ Como tivemos a oportunidade de informar por ocasião da análise dos casos brasileiros sobre o direito ao esquecimento (cf. notas 10 e 11), a corte suprema brasileira (STF) ainda não decidiu efetivamente sobre um direito ao esquecimento no ordenamento nacional, o que deverá fazer em breve, haja vista ter recebido para julgamento os processos que tratam dos mencionados *caso da candelária* e *Aida Curi*. Por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça, no qual parece ser unânime a posição de que o ordenamento brasileiro admite um direito ao esquecimento, já desenvolveu bastante conteúdo a respeito desse direito e do seu equacionamento com a liberdade de expressão (como visto do estudo daqueles casos e como ainda veremos à frente).

não há causas que justifiquem a ilicitude, como o exercício regular da liberdade de expressão¹³⁰ e o consentimento da pessoa em causa, ao que se soma a limitação voluntária de direitos da personalidade.

Além disso, dentre os elementos concretos a serem considerados na ponderação dos valores colidentes, o tribunal destacou o grau de interesse público em aceder tais informações e o eventual papel social desempenhado pelo titular dos dados, sobretudo na vida pública, que teria o condão de restringir naturalmente seu direito à intimidade da vida privada¹³¹.

Portanto, o exercício de um direito ou o cumprimento de um dever justificam a ilicitude por lógica normativa. Do contrário, conceber-se-ia que o ordenamento jurídico possui incoerências insanáveis, tendo em vista que o sistema normativo não pode exigir que se cumpram dois deveres antagônicos ao mesmo tempo nem concomitantemente exigir um comportamento e atribuir o direito de agir de modo diverso (PESSOA JORGE, 1999: 159).

Por conseguinte, num caso concreto, importa encontrar os elementos que caracterizam a legitimidade do exercício da liberdade de expressão, devendo ser aquilatado pelo intérprete a existência e intensidade dos elementos indicados ao longo deste artigo, quais sejam: a contextualização, os limites da atividade criativa e das distorções aceitáveis, a atualidade do conteúdo divulgado, a veracidade do que foi exibido.

Porém, o conceito de *veracidade* de um fato possui um certo grau de relatividade, porquanto o sentido de um conteúdo divulgado pode sofrer substanciais alterações a

¹³⁰ Porquanto, permitir que a pessoa decida quais informações a seu respeito poderão ser a ela vinculadas e quais deverão ser esquecidas, seria admitir que apenas dados benéficos poderiam ser considerados em relação a alguém, afastando os que não trouxesse benesses à pessoa em causa, mesmo que fossem verdadeiros, atualizados e proporcionais. Isso desvirtuaria os valores ligados à livre circulação da informação e os direitos fundamentais que a subjazem (SORIANO GARCÍA, 2012: 275).

¹³¹ A esse respeito deve ser posto em evidência que o comportamento social, o círculo de amizades, os ambientes frequentados e até os hábitos de consumo dos titulares de cargos políticos podem ser legitimamente escrutinados pela comunicação social, porquanto o perfil moral e socioeconômico dos políticos são indicativos de sua participação no processo de decisão política, pois, além da corrupção, também são patologias do poder a ambição, o clientelismo, o tráfico de influência, a irresponsabilidade, o nepotismo, o despreparo, a prepotência e a insensibilidade social. Ademais, esse interesse público sobre a vida de pessoas públicas pode repercutir, mesmo que eventual e temporariamente, nas pessoas que os rodeiam, cuja vida pessoal pode despertar legítima curiosidade pública em virtude de estar de algum modo associada à de um titular de cargo político (MACHADO, 2014: 178-179). Essa mesma lógica é aplicada a figuras públicas em geral e a pessoas de grande projeção econômica e social, estas em razão dos poderes de fato que exercem no meio social (MACHADO, 2009: 96, 104).

dependem do contexto em que se insira e do público destinatário¹³². Deturpações também poderão ocorrer em relação a fatos que, embora verdadeiros, são divulgados de forma incompleta, exagerada, tendenciosa, sensacionalista, distorcida ou de qualquer modo que passe a destoar com o sentido real do conteúdo informado (MATOS, 2011: 432-435, 452-457).

Podem existir verdades que inculquem ou insinuem sentido diverso do real; que são descontextualizadas; que são sigilosas; e que sejam lesivas e ilícitas, mesmo que integralmente verdadeiras (MENEZES CORDEIRO, 2010: 557)¹³³.

Destaca-se também que algumas distorções são justificáveis e passíveis de ocorrer por mais neutro e objetivo que tente ser o agente divulgador de um fato¹³⁴. De outra banda, deve-se reconhecer uma margem de ação criativa, artística e conformadora do conteúdo das notícias publicadas, sob a pena de restringir-se além do razoável a liberdade de expressão. Logo, há um limite aceitável de graduação da alteração do conteúdo dos fatos divulgados, devendo ser analisado no caso concreto a manutenção ou não do sentido real do fato após ele ser divulgado. Nessa esteira, sendo as distorções intensas ao ponto de deturpar a realidade, tal divulgação poderá ser equiparada à difusão de um fato falso ou não verídico

¹³² Uma declaração em termos técnicos feita a uma plateia especializada poderá não ser igualmente compreendida por um público leigo. Adjetivações como *incompetente* e *ordinário* (entre inúmeras outras) podem transmitir uma ideia pejorativa à pessoa a quem se refira a depender do público ao qual a comunicação é realizada. O Doutor Filipe Albuquerque Matos (2011: 434, e nota 780) ilustra essa questão com o exemplo de um professor que se refere a um dos seus alunos que comumente frequenta as aulas como um “aluno ordinário”, apontando que a depender dos destinatários da informação poderá ocorrer algum prejuízo na estima social da pessoa. Porém isso não significa concluir por uma responsabilização automática.

¹³³ O autor traz como exemplo a divulgação das contas da mercearia de um cidadão, dos insucessos escolares passados e de opções pessoais legítimas capazes de reduzir a consideração social da pessoa (MENEZES CORDEIRO, 2010: 556).

¹³⁴ A causa disso pode ser atribuída, entre outros aspectos, à complexidade do mundo globalizado e seus aspectos econômicos, políticos e socioculturais; bem como à grande concorrência verificada entre os meios de comunicação, dos quais é exigida a divulgação de um grande volume de notícias e informações de imediato. Por consequência, exigir um rigoroso grau de precisão e certeza no âmbito das atividades comunicativas, sobretudo de imprensa, também significa cercear violentamente dimensões da liberdade de expressão (MATOS, 2011: 439).

(MATOS, 2011: 438-440, 452-456)¹³⁵. Essas são várias das complexidades que gravitam em torno da veracidade de uma comunicação¹³⁶.

Mas, ressalta-se que, sendo falso o conteúdo exibido a resposta acerca da viabilidade da pretensão de esquecimento se torna de fácil deslinde, pois sequer haverá uma colisão de direitos nessa hipótese; no entanto, o direito ao esquecimento pode e normalmente é pretendido contra o tratamento de dados e fatos verdadeiros. O reconhecimento do direito ao esquecimento pressupõe que o conteúdo divulgado é verdadeiro, não sendo sua tutela inviabilizada apenas pela prova da verdade da publicação (ÁLVAREZ CARO, 2015: 71).

Ademais, como visto no curso deste trabalho, outros elementos também devem ser levados em conta por também interferir no peso dos direitos colidentes, como a notoriedade pública da pessoa do lesado¹³⁷; a finalidade da divulgação¹³⁸; o cumprimento das regras deontológicas do jornalismo (estando em causa exercício da liberdade de imprensa); em alguns campos específicos, como o da crônica judiciária, também devem ser consideradas a

¹³⁵ Com base nisso é sustentável que erros e inconsistências menores no conteúdo das informações publicadas não tornam ilícito, por si só, o exercício da liberdade de expressão acerca de matérias sobre pessoas públicas, desde que o sentido global do que foi divulgado não reste prejudicado pela não plausibilidade e reduzida coerência de algumas de suas partes. Nesses casos, a correção dos fatos e juízos valorativos expressidos deve ser feita por meio da divulgação de mais informação a respeito das respectivas pessoas mediáticas, utilizando o acesso aos meios de comunicação para retificar as impropriedades em que se tenha incorrido. Além disso, é aconselhável que os tribunais adotem uma postura comedida quando esteja em causa assuntos de interesse público mais primário, porquanto estarão a interferir na esfera do discurso público-democrático (MACHADO, 2014: 181-182, 184). O Doutor Jónatas Machado assevera que, estando em causa assuntos políticos de interesse público, o divulgador pode fazer inferências, deduções e induções, havendo alguma plausibilidade racional dos juízos valorativos realizados não há que se falar em responsabilização, que se aplica apenas em caso de dolo ou culpa grave (MACHADO, 2009: 79).

¹³⁶ A respeito de fatos históricos, em virtude de se tratarem de fatos em alguma medida remotos, deve-se admitir em favor de quem do divulgador uma certa margem de erro, pois aumenta a difícil de imprimir precisão na descrição de um fato à medida que mais antigo ele se torna (MOTA PINTO, 1993: 577, nota 238).

¹³⁷ Sobre pessoas públicas há maior curiosidade e interesse público em informar-se a respeito delas, por isso, tais pessoas (a exemplo de famosos e autoridades públicas) possuem reduzida esfera da privacidade e o interesse público em relação a elas poderá justificar ofensas à honra e a outros direitos da personalidade eventualmente atingidos (MATOS, 2011: 60-61, nota 67). Chama-se atenção, a esse respeito, que existem pessoas que adquirem notoriedade involuntariamente, seja em razão do parentesco com pessoas famosas ou autoridades públicas, seja em virtude de ter-se envolvido em algum evento provocador do interesse público (acidentes, desastres naturais, crimes) (MOTA PINTO, 1993: 570).

¹³⁸ Por exemplo, a divulgação imparcial e preocupada com a fidedignidade do conteúdo noticiado revela uma dimensão típica da liberdade de informação. Por outro lado, encontra maiores dificuldades de enquadramento nesse direito fundamental a divulgação feita com o intuito sensacionalista (MATOS, 2011: 36-37, nota 44). A esse respeito, o Doutor Antunes Varela (2013: 548-549, nota 2) assevera “que nem sempre será menos censurável a afirmação do que afirma ou divulga um facto contrário à verdade (que ele julga, por ventura, ser verdadeiro) do que a daquele que, com plena consciência do dano que causa, revela ou propala um facto verdadeiro, mas danoso”. Também a respeito da intenção do lesante, em se tratando de empresas que exploram a informação, o nobre autor Menezes Cordeiro (2010: 558) indica que se deve perguntar se, em um caso concreto, o agente divulgador pretendeu informar seu público ou apenas aumentar tiragens e sua audiência.

presunção de inocência e as exigências da ressocialização (MATOS, 2011: 472-473); e sobretudo o interesse público existente na exibição da informação para os destinatários a serem informados¹³⁹, porque o somatório desses objetos de análise determinarão os pesos dos direitos em colisão.

Por interesse público não se deve compreender interesse universal ou nacional, bastando o interesse de um público razoavelmente amplo, mesmo que regionalizado ou especializado acerca de um dado assunto; ademais, o interesse público, que poderá estar associado apenas ao conteúdo da divulgação, não deve ser automaticamente afirmado em razão de o agente divulgador ser uma autoridade pública ou de o titular dos dados ser uma pessoa notória ou investida numa função pública relevante (MATOS, 2011: 347-348, 466-468, nota 852; RALLO, 2014: 189). Esses sujeitos também possuem, apesar de reduzido, direito à intimidade da vida privada (MOTA PINTO, 1993: 571)¹⁴⁰.

Nessa linha, quando em um dos polos da tensão figurar a liberdade de informação, deve-se verificar se o fato informado foi algo socialmente útil ou relevante, pois a criação de notícias com aparência significativa, mas verdadeiramente irrelevantes, incidem muito mais no direito à livre iniciativa econômica do que no da liberdade de expressão, o que acarretará numa menor proteção dos interesses do responsável pelo tratamento (MENEZES CORDEIRO, 2010: 558)¹⁴¹.

De um modo geral, devem ser levados em conta por ocasião da ponderação, de um lado, os direitos e interesses dos titulares das *websites* onde a informação primariamente foi alojada, dos internautas em aceder àquele conteúdo, da pessoa que realizou a divulgação e o interesse público na livre circulação da informação (o que é impulsionados pelos *websites* e motores de busca na internet); do outro lado, quão negativa e prejudicial pode ser a

¹³⁹ A persecução do interesse público pode relativizar até as exigências da veracidade. Em searas socialmente importantes como a da ciência e da prevenção de doenças, é possível que *standards* de precisão da verdade dos fatos divulgados sejam flexibilizados, a depender do caso (MATOS, 2011: 467-468, nota 853).

¹⁴⁰ Ademais, o fato de o conteúdo divulgado ser de interesse público não significa que a identificação das pessoas nele envolvidos também o seja. A identificação dos envolvidos apenas justifica a violação da privacidade quando seja indispensável ao atendimento do interesse que se pretende promover com a publicação, do contrário, caso em que o interesse público diz respeito somente ao fato em si (independente das pessoas em causa), as informações sobre os envolvidos devem ser resguardadas em respeito à privacidade dessas pessoas (MOTA PINTO, 1993: 566; RALLO, 2014: 191).

¹⁴¹ O autor salienta que estando em causa típico exercício da liberdade de expressão, o divulgador poderá ir mais além; não significando, porém, que não tenha limites (MENEZES CORDEIRO, 2010: 558).

divulgação da informação a respeito da pessoa (nos âmbitos pessoal, social e profissional)¹⁴², o potencial de propagação da internet, além da facilitação e difusão geradas pelos motores de busca (se estiverem em causa)¹⁴³.

Portanto, observa-se que grande importância tem o princípio da proporcionalidade no reconhecimento de um direito ao esquecimento.

Por fim, verificou-se no julgamento do caso *Google Spain vs. Mario Costeja González* uma importante questão lateral tratada acima: não foram expressamente equacionados pelo TJUE os redutores de responsabilidade dos prestadores intermediários de serviços na internet (em que se enquadram os motores de busca e as redes sociais) previstos na Diretiva nº 2000/31/CE. O TJUE julgou o caso por via unicamente da interpretação da Diretiva nº 95/46/CE, acerca da qual foram submetidas questões prejudiciais pelo tribunal espanhol. Essa preocupação foi pontuada também por outros autores (ÁLVAREZ RIGAUDIAS, 2014: 112, 116).

Concluimos, entretanto, que o reconhecimento do direito ao esquecimento e a consequente determinação para que um motor de busca deixe de indexar um determinado conteúdo ou de exibir um certo resultado de pesquisa não significa que está sendo reconhecida alguma responsabilidade civil para indenizar eventuais danos sofridos pelo titular dos dados. A possibilidade de ser determinada a esses prestadores de serviços a remoção de conteúdos da internet é inclusive uma hipótese prevista na Diretiva nº 2000/31/CE (cf. artigo 12º, nº 3; artigo 13º, nº 1/e e 2; artigo 14º, nº 3). Logo, é possível uma pretensão de esquecimento ser reconhecida diretamente contra um prestador intermediário de serviço sem que sejam violadas as derrogações de responsabilidade previstas nessa

¹⁴² Assinala-se, porém, que, quanto mais ofensiva aos direitos da personalidade forem as informações divulgadas, quanto mais prejuízos patrimoniais e extrapatrimoniais puderem ser gerados, maiores devem ser os cuidados e a prudência na recolha, processamento e difusão das informações, além das indispensáveis responsabilidade ética e boa-fé, sendo sempre vedadas insinuações infundadas e agressões gratuitas. Por outro lado, quanto mais mediática for a pessoa em causa, mais os males das notícias consideram-se compensados pelas oportunidades e benesses geradas pela posição social que ocupam, bem como em virtude do acesso que possuem aos meios de comunicação para gerar notícias e combater aquilo que lhe foi negativamente atribuído (MACHADO, 2014: 181, 183).

¹⁴³ Deve ser levado em conta ainda a determinação do nexo de causalidade, porquanto, numa sociedade democrática construída sobre a livre circulação das ideias e manifestação do pensamento, a difusão ou rememoração de um fato, bem como a formação da opinião pública, dá-se por via do acesso a mais de uma fonte de informação, não sendo tão linear a relação de causa e efeito entre a divulgação de uma informação por uma fonte e o comportamento das pessoas a respeito do mesmo assunto (MACHADO, 2014: 183-184). Portanto, não necessariamente a má fama gerada por um fato pode ser integralmente atribuída a uma só pessoa que o tenha divulgado.

diretiva, visto que o reconhecimento do direito ao esquecimento não necessariamente será acompanhado de uma condenação à reparação de danos¹⁴⁴.

¹⁴⁴ Isso não torna, porém, totalmente infundada as preocupações da dogmática acerca da compatibilização das mencionadas diretivas, visto que em outras hipóteses concretas o resultado pode ser diferente. A esse respeito, o Supremo Tribunal Federal do Brasil também ainda não se manifestou conclusivamente acerca de seu mérito, muito embora tenha recebido dezenas de recursos tratando da matéria ao longo dos últimos anos, tendo ou negado seguimento (não admitido), ou ainda não decidido acerca da admissão deles, porquanto a discussão acerca da responsabilidade dos prestadores intermediários de serviço na internet ostenta natureza notadamente de índole infraconstitucional, gravitando a discussão em torno de dispositivos mormente do Código Civil, o que obstaculiza, via de regra, a recepção dessas lides numa Corte Constitucional como o é o STF. Por conseguinte, trata-se de matéria afeta ordinariamente ao Superior Tribunal de Justiça do Brasil, ao qual incumbe julgar controvérsias sobre a legislação federal. E o STJ não decepcionou, pois já decidiu diversos casos desse gênero, não obstante careça ainda de pacificação alguns aspectos da matéria naquele tribunal superior. Dividido em três seções, cada uma subdividida em duas turmas, no STJ as questões sobre responsabilidade civil são julgadas pela segunda seção, logo pelas terceira e quarta turmas, nas quais se verifica um posicionamento, em alguma medida, bem definido quanto à determinação da responsabilidade dos prestadores intermediários de serviços. Em relação aos prestadores que não exercem controle editorial sobre os conteúdos publicados ou exibidos, a exemplo dos provedores de hospedagem (em que se enquadram as redes sociais e os motores de busca) e dos provedores de conteúdo que não fiscalizam previamente a informação divulgada, esses respondem subjetivamente, devendo ser comprovado o nexo imputação ou culpabilidade (omissão ou comissão negligente, imprudente ou imperita), o que se configura quando o provedor, mesmo notificado acerca do ato ilícito, não adota medidas razoáveis para sanar a ofensa; e/ou quando não dispõe de meios eficazes a identificar os autores do ilícito. Por outro lado, os provedores de conteúdo que realizam o controle prévio das publicações e os provedores de informação (os autores dos conteúdos divulgados) respondem objetivamente, independente de culpa, por assumirem esse risco inerente à atividade comercial que exploram, respondendo nos termos do art. 927, parágrafo único, do Código Civil c/c Código de Defesa do Consumidor (que traz como regra a responsabilidade objetiva dos fornecedores de serviços). No entanto, em relação aos provedores que respondem subjetivamente, apesar do consenso de não lhes ser imputado um dever geral de fiscalização prévia dos conteúdos, devendo serem *notificados* sobre eventuais ilícitos pelos interessados em sua remoção, há discussões sobre quais sejam seus deveres diante da postagem ou exibição de um possível conteúdo ilícito em suas páginas virtuais. Não inferimos haver posição pacífica no STJ acerca dos seguintes questionamentos: I) se a notificação pode ser extrajudicial/administrativa ou se deve necessariamente ser judicial (considerando que no Brasil ainda não há uma autoridade específica dotada de poder de polícia para atuar no controle da internet); II) em que prazo a notificação deve ser atendida, sendo comum a designação de 24 horas ou imediatamente em alguns precedentes, mas também permitida a atuação do provedor como intermediador, sendo lícita a oitiva prévia de ambas as partes envolvidas antes da exclusão do conteúdo; III) se a pessoa lesada deve informar o endereço URL de onde os dados a serem excluídos foram publicados, limitando-se a exclusão aos endereços informados; IV) qual o grau de eficácia dos meios de identificação dos autores da informação que deve ser adotado pelo prestador intermediário de serviço, embora haja precedentes paradigmas indicando que meios capazes de identificar pelo menos o endereço IP do autor do conteúdo já é o suficiente. Todavia, após a entrada em vigor do marco civil da internet, lei nº 12.965/2014 (cuja vigência iniciou em 23/06/2014), em razão da redação de seu art. 19, que prevê expressamente que a notificação do prestador de serviço deve ser judicial, salvo em se tratando de conteúdo sexual ou nudez (art. 21), parece que pelo menos acerca da modalidade da notificação a matéria vem sendo pacificada (exigindo-se a notificação judicial para seja possível responsabilizar o prestador intermediário); assim como identificamos indícios de sedimentação como maioritário do entendimento de que o lesado deve informar o endereço URL de onde o conteúdo foi divulgado, ante a disposição no marco civil de que a notificação deve informar a *localização inequívoca* do material publicado (art. 19, §1º). Foram analisados os seguintes arestos: REsp nº 1.568.935/RJ (julgado em 13/04/2016), rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva; EREsp nº 1.352.053/AL (julgado em 06/05/2015), rel. Min. Maria Isabel Gallotti; REsp nº 1.274.971/RS (julgado em 26/03/2015), rel. Min. João Otávio de Noronha; AREsp nº 642.400/PR (julgado em 27/02/2015), rel. Min. Maria Isabel Gallotti; REsp nº 1.501.187/RJ (julgado em 16/12/2014), rel. Min. Marco Buzzi; AREsp nº 484.995/RJ (julgado em 04/11/2014), rel. Min. Antônio Carlos Ferreira; REsp nº 1.337.990/SP (julgado em 30/09/2014), rel. Min. Paulo de Tarso

Todavia, consoante tratado no curso deste trabalho, é imprescindível contextualizar a análise dos direitos fundamentais no tempo e no espaço, de modo que a verificada viabilidade do direito ao esquecimento no direito europeu não significa sua mesma receptividade em outros contextos. Nos Estados Unidos, por exemplo, cujo ordenamento funciona sob maior influência da liberdade, verifica-se uma maior resistência no acolhimento do direito ao esquecimento, visto que a proteção da privacidade não é tão forte lá quanto no direito europeu.

A tutela da privacidade, logo do direito ao esquecimento, na Europa, caminha em favor da *proatividade*, influenciada pela égide dos valores da dignidade da pessoa humana; por outro lado, no contexto estadunidense, aponta-se para uma proteção mais *reativa*, frente ao maior peso conferido à liberdade de expressão, o que torna o ordenamento norte-americano mais partidário da *autorregulação* da internet, com menor intervenção *Estadual* (ÁLVAREZ CARO, 2015: 87-88, 100)¹⁴⁵⁻¹⁴⁶.

VI – CONCLUSÃO

Consoante foi oportunizado no curso desta dissertação, por meio da revisão bibliográfica, da análise da legislação europeia e também dos Estados português e brasileiro, assim como do estudo de casos paradigmas, foram alcançadas importantes conclusões a respeito do âmbito de proteção, natureza jurídica, estrutura e eficácia do direito ao

Sanseverino; REsp nº 1402104/RJ (julgado em 10/04/2014), rel. Min. Raul Araújo; AREsp nº 479.351/SP (julgado em 18/03/2014), rel. Min. Sidnei Beneti; REsp nº 1.284.096 (julgado em 19/12/2013), rel. Min. Sidnei Beneti; REsp nº 1.338.214/MT (julgado em 02/12/2013), rel. Min. Nancy Andrighi; REsp nº 1.323.754/RJ (julgado em 28/08/2012), rel. Min. Nancy Andrighi; REsp nº 1.316.921/RJ (julgado em 26/06/2012), rel. Min. Nancy Andrighi; REsp nº 1.308.830/RS (julgado em 19/06/2012), rel. Min. Nancy Andrighi; REsp nº 1.175.675/RS (julgado em 20/09/2011), rel. Min. Luís Felipe Salomão; e REsp nº 1.186.616/MG (julgado em 31/08/2011), rel. Min. Nancy Andrighi.

¹⁴⁵ Esse fato revela uma dificuldade de obter-se um tratamento unificado dessas colisões no âmbito da internet, assim como da regulação (ou não) desse meio de comunicação mundial, embora diversos autores venham identificando reações dos EUA em favor de uma maior proteção da privacidade, o que traduz alguma aproximação dos ordenamentos estadunidense e europeu. Aponta a dogmática que, tendo a internet o caráter global e universal, sua regulação também deveria ser, ao menos da forma mais aproximada possível (ÁLVAREZ CARO, 2015: 85, 103-104).

¹⁴⁶ Fato curioso vem se consolidando no ordenamento brasileiro. Apesar de ser maioritariamente influenciado pela cultura da *civil law*, com valorização de uma legislação forte (em razão de que se confere robusta proteção à privacidade na Constituição e na legislação ordinária), observa-se, desde o julgamento da indigitada ADPF nº 130 pelo STF (em 30/04/2009), uma tendência favorável à autorregulação do exercício da liberdade de expressão de um modo geral, o que poderá refletir na postura que, num futuro próximo, deverá adotar a referida corte constitucional, quando vier a julgar os casos sobre o direito ao esquecimento e quiçá também sobre a responsabilidade dos prestadores de serviço na internet.

esquecimento, tendo este trabalho pretendido expor progressivamente os elementos que viabilizaram encontrar as respostas lançadas no último capítulo de seu desenvolvimento.

Nos capítulos II e III se buscou determinar o âmbito de proteção e a natureza jurídica do direito ao esquecimento. A partir dos modos de exercício declarados nos clássicos e contemporâneos casos de reconhecimento desse direito fundamental, foi identificado que o direito a ser esquecido alberga as prerrogativas de impedir a divulgação de um fato ou realidade do passado do titular, de apagar dados pessoais tratados por outrem e de exigir a observância de uma visão prospectiva ou atualizada a respeito da pessoa em causa.

Foi verificado ainda que, além de ser um direito da personalidade, o âmbito de proteção do direito ao esquecimento, tal qual se retirou dos já reconhecidos modos de exercício, está compreendido no suporte fático de consagrados direitos da personalidade, podendo ser definido como uma perspectiva (ou um direito) bem definida da intimidade da vida privada, honra objetiva, crédito e identidade pessoal, porém marcada pela ausência de contemporaneidade entre o fato ou realidade e sua divulgação ou exibição. Por conseguinte, tal como aqueles direitos da personalidade, o direito ao esquecimento também admite a limitação voluntária, o consentimento com a violação e até a conformação interna de seu conteúdo pelo titular.

No capítulo IV, a fim de colher contributos trazidos pelo legislador para a resolução da colisão com a liberdade de expressão, foram pesquisados fundamentos legislativos do direito ao esquecimento, com destaque para a legislação europeia em matéria de proteção de dados pessoais e da prestação de serviços na sociedade da informação. Do estudo da Diretiva 95/46/CE foram identificados dispositivos que fundamentam o direito ao esquecimento e que harmonizam aquela colisão. Por outro lado, previsão expressa desse direito faz apenas o Regulamento Geral Europeu para Proteção de Dados Pessoais, que, apesar de ainda não ter entrado em vigor, revogará a Diretiva 95/46/CE e vinculará diretamente os Estados-membro da comunidade europeia (sem a necessidade de serem adotadas leis nacionais de transposição). No Regulamento Geral, além da disciplina expressa do direito ao esquecimento, são feitos melhores equacionamento e harmonizações acerca de sua natural colisão com as liberdades de expressão, mas, como deve ser, sem esgotar a liberdade de conformação do intérprete.

O capítulo V foi dedicado ao estudo do polo contrário da respectiva colisão com as liberdades de expressão, bem como à abordagem do método apropriado de controle dessa *antinomia*, e ainda ao estudo de casos, o que, somado aos ensinamentos colhidos nos capítulos anteriores, viabilizou o alcance de conclusões.

No primeiro título do capítulo V nos ocupamos do estudo da liberdade de expressão em sua dupla dimensão, seguido da pesquisa sobre o princípio da proporcionalidade como método de ponderação de colisões entre princípios (segundo título), assim como do estudo de importantes casos acerca do direito ao esquecimento, destacado o julgamento recente do Tribunal de Justiça da União Europeia, que reconheceu o direito ao esquecimento e trouxe contributos de indispensável consideração para os objetivos desta pesquisa.

Por fim, no contexto europeu, concluímos pela possibilidade de efetiva proteção do direito ao esquecimento, desde que devidamente ponderado com a liberdade de expressão, levando em conta, além dos conhecimentos acerca do conteúdo abstrato dos direitos colidentes, todos aqueles elementos essenciais do caso concreto, o que permite determinar os pesos em concreto da respectiva colisão e sua conseqüente solução.

Deve ser ratificado, entretanto, conforme debatido, que a depender do contexto social em que se intente ver reconhecido o direito ao esquecimento, outras complexidades poderão surgir, a exemplo do que ocorre nos domínios do direito norte-americano, onde se atribui uma *preferred position* à liberdade de expressão. Sem dúvidas, a discussão a respeito do direito ao esquecimento está longe de terminar e certamente novas efervescências surgirão por ocasião da entrada em vigor do Regulamento Geral Europeu para Proteção de Dados Pessoais, com o julgamento de novos casos pelos tribunais e em decorrência do desenvolver da SI em todo o mundo, visto ser a internet um fenômeno global, o que atrairá as mesmas discussões ora expostas a diversos outros contextos.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALMEIDA, José Manoel Gomes. Controlar o Futuro.... *In Sociedade da Informação o Percorso Português*. Lisboa: Edições Sílabo, 2007.

ÁLVAREZ CARO, María. *Derecho al Olvido em Internet: el Nuevo Paradigma de la Privacidad em la Era Digital*. Madrid: Editorial Reus, 2015.

ÁLVAREZ RIGAUDIAS, Cecilia. *Sentencia Google Spain y Derecho al Olvido*. Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 2014, número 38, p. 110-118.

AMARAL, Luís Mira. A Sociedade da Informação. *In Sociedade da Informação o Percorso Portugues*. Lisboa: Edições Sílabo, 2007.

ATIENZA, Manuel; FERRAJOLI, Luigi. *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho*. Primera edición, México D.F: UNAM, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARRULAS, Maria Joaquina. Das Promessas do Livro Verde à Realidade da Biblioteca do Conhecimento Online. *In Sociedade da Informação o Percorso Português*. Lisboa: Edições Sílabo, 2007.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Apresentação de Celso Lafer; tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. *Estado, Governo e Sociedade: Para uma teoria geral da política*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 10ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

_____. *Teoria da Norma Jurídica*. Apresentação de Alaôr Caffé Alves. Tradução de Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Batista. 5ª ed. São Paulo: Edipro, 2012.

_____. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Apresentação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Tradução de Ari Marcelo Solon. 1ª ed. São Paulo: Edipro, 2011.

BRANDEIS, Louis D.; WARREN, Samuel D. *The Right to Privacy*. Harvard Law Review, 1890, vol. IV, número 5.

BUNNIN, Nicholas; TSUI-JAMES, E. P. *Compêndio de Filosofia*. Tradução de Luiz Paulo Rouanet. 3ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

CÁDIMA, Francisco Rui. *Média e Sociedade de Informação. In Sociedade da Informação o Percorso Portugues*. Lisboa: Edições Sílabo, 2007.

COELHO, José Dias. *Sociedade da Informação o Percorso Portugues*. Lisboa: Edições Sílabo, 2007.

CAMPOS, Diogo Leite de; ALMEIDA, Daniel Freire e. «O direito ao bom nome e à reputação e a “Internet”», *Galileu – Revista de Economia e Direito* (2012), vol. XVII, nº 1/nº 2, p. 81-140.

CANAS, Vitalino. *Proporcionalidade (Princípio da)*. In *Dicionário Jurídico da Administração Pública*. Lisboa: Coimbra Editores, 1994, vol. VI.

_____. «A proibição do excesso como instrumento mediador de ponderação e optimização (com incursão na teoria das regras e dos princípios)», in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda* (ob. col), Coimbra Editora, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012, p. 811-893.

_____. «Constituição *Prima Facie*: Igualdade, Proporcionalidade, Confiança», *e-Pública Revista Eletrônica de Direito Público* (2014), nº 1.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, vol. I.

_____. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

CARBONELL, Miguel. *Los Derechos Fundamentales en México*. Primera edición. México, D.F: UNAM, 2004.

CARDOSO, Gustavo; GOMES, Maria do Carmo; CARDOSO, Tânia. *Tempus Fugit o Tempo na Sociedade em Rede. In Sociedade da Informação o Percurso Português*. Lisboa: Edições Sílabo, 2007.

DIAS, Bruno. *A Nova Sociedade e as Ferramentas do Sistema. In Sociedade da Informação o Percurso Portugues*. Lisboa: Edições Sílabo, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

FARINHO, Domingos Soares. *Intimidade da Vida Privada e Media no Ciberespaço*. Coimbra: Almedina, 2006.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. «La Modulación de la Libertad de Información em Internet» *In Derechos Fundamentales y el Estado*. Cordenação de Miguel Carbonell. Primera edición. México, D.F: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.

FROUFE, Natalia Quintas. «La publicidad como origen de la derrota a Google en el derecho al olvido». *In Anagramas – Universidad de Medellín*. Vol. 13, Nº 25, p. 95-106, ISSN 1692-2522, Julio-Diciembre de 2014.

GALILEU. «Projetos de Lei Brasileiros para a Regulação da Internet», *Galileu – Revista de Economia e Direito* (2012), vol. XVII, nº 1/nº 2, p. 333-360.

GARAPON, Antonie. *Juez y Democracia. Una reflexión muy actual*. Flor del Viento Ediciones: Madrid, 1997.

GARCITÚA ESPÓSITO, Alejandro Luis. *El Derecho Fundamental a la Protección del Datos Personales en el Ámbito de la Prevención y Represión Penal Europea*. Universitat Autònoma de Barcelona, Tesis Doctoral, 2014.

GOMES, José Emília Amaral. *Fragmentos Digitais. In Sociedade da Informação o Percurso Portugues*. Lisboa: Edições Sílabo, 2007.

HAARSCHER, Guy. *A filosofia dos Direitos do Homem*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

HELLMAN, Arthur D.; WEAVER, Russel L. *The First Amendment: Cases, Materials and Problems*. Newark: Lexnexus, 2002.

LETTERON, Roseline. *Le droit à l'oubli*. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'étranger*. 2-1996, p. 385-424.

LIMBERGER, Têmis. <<Da Evolução do Direito a ser Deixado em Paz à Proteção dos Dados Pessoais>>, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto* (2011), ano VIII, p. 267-292.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. «A Glória, a Honra e o Poder», *Revista de Legislação e de Jurisprudência* (janeiro-fevereiro, 2014), ano 143º, nº 3984, p. 175-189.

_____. «Liberdade de Expressão, Interesse Público e Figuras Públicas e Equiparadas», *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* (2009), Vol. LXXXV, p. 73-109.

MAGALHÃES, Luís T. O Desafio de Hoje Para Sociedade da Informação. *In Sociedade da Informação o Percorso Português*. Lisboa: Edições Sílabo, 2007.

MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque. *Responsabilidade Civil por Ofensa ao Crédito ou ao Bom Nome*. Coimbra: Almedina, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. «O Significado da Liberdade de Imprensa no Estado Democrático de Direito e seu Desenvolvimento Jurisprudencial pelas Cortes Constitucionais», *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* (2012), volume III, nº 104, Ad Honorem nº 6, p. 544-577.

MENEZES CORDEIRO, António. *Direito Civil Português*. Coimbra: Almedina, 2010, Volume II, Tomo III.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*. Tomo I. 2. ed., revista, atualizada e ampliada. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. *Estudos Sobre a Responsabilidade Civil*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1983.

_____. *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

_____ «Hipóteses Típicas de Responsabilidade Civil», *Revista Jurídica da Universidade Moderna* (1998), ano 1, nº 1, p. 1-28.

MOREIRA, José Manoel. *Ética e Sociedade da Informação e Conhecimento*. In *Sociedade da Informação o Percurso Português*. Lisboa: Edições Sílabo, 2007.

MOTA PINTO, Paulo. *A Limitação Voluntária do Direito à Intimidade da Vida Privada*. In *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*. Coimbra: Coimbra Editores, 2001, vol. II.

_____. «O Direito sobre a Reserva da Intimidade da Vida Privada», *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* (1993), vol. LXIX, p. 479-586.

NEVES, Artur Castro. *Como Definir a Sociedade da Informação?.* In *Sociedade da Informação o Percurso Português*. Lisboa: Edições Sílabo, 2007.

NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Método, 2014.

PESSOA JORGE, Fernando. *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina, 1999.

RAIMUNDO, João Pedro Sargaço Dias (1988). *Uma Nova Frente da Proteção de Dados Pessoais: a (Im)Possibiliddde de Assegurar um Eventual Direito ao Esquecimento* (Dissertação de Mestrado). Disponível no Catálogo da Universidade do Porto. (Número de Acesso: port.UPB01000158357).

RALLO, Artemi. *El Derecho al Olvido en el Tiempo de Internet: la Experiencia Española*. Espanha: Centro de Estudios Constitucionales, 2014. Versão disponível no catálogo da Universitat Jaume I (ID 66654).

REIS MARQUES, Mario Alberto Pedrosa. *Filosofia dos Direitos Humanos: disciplina do Curso de Mestrado da Universidade de Coimbra, 23/10/2014 a 28/05/2015*. Anotações das aulas expositivas.

SALLA GARCÍA, Javier. *El Periodismo Especializado Frente al Derecho: Protección de Datos y Responsabilidad del Periodista* (2015). Tese de doutorado disponível na base de dados da Biblioteca do Conhecimento Online B-on. Universitat Abat Oliba, Barcelona (Número de Acesso: tdx.10803.362660).

SÁNCHEZ GIL, Rubén. *El Principio de Proporcionalidad*. Primera edición. México, D.F: Universidad Nacional Autónoma de México, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. «O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais», *Revista de Direito do Estado 4 da Universidade de São Paulo-USP*, (2006), p. 23-51.

SILVA DE LAPUERTA, Marta. *El Derecho al Olvido como Aportación Española y el Papel dela Obogacía del Estado*. Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 2014, número 38, p. 7-12.

SILVEIRA, Luís Novais Lingnau da. O Direito à Proteção de Dados Pessoais. *In Sociedade da Informação o Percurso Portugues*. Lisboa: Edições Sílabo, 2007.

SIMMONDS, N. E. *Compêndio de Filosofia. Filosofia do Direito*. Organização de Nicholas Bunnin e E. P. Tsui-James. Tradução de Luiz Paulo Rouanet. 3ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2010.

SORIANO GARCÍA, José Eugenio. «Derecho al olvido y la creación de derecho». *Galileu-Revista de Economia e Direito* (2012), vol. XVII, n.º 1 e 2, p. 207-281.

TAVARES DA SILVA, Suzana. *Direitos Fundamentais na Arena Global*. 2ª ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2014.

TERUEL LOZANO, Germán M. *La lucha del Derecho contra el negacionismo: una peligrosa frontera* (2014). Tese de doutorado disponível na base de dados da Biblioteca do Conhecimento Online B-on. Universidad de Murcia (Número de Acesso: tdx.10803.134932).

TOLEDO, Cláudia. Apresentação à Edição Brasileira. *In Teoria da Argumentação Jurídica* (ALEXY, Robert). Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

TRIGO, Vasco Matos. Jornalistas para quê, na Sociedade da Informação?. *In Sociedade da Informação o Percurso Portugues*. Lisboa: Edições Sílabo, 2007.

WHITMAN, James Q. *The Two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty*. Faculty Scholarship Series, 2004, paper 649.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em Geral*. 10ª ed. Coimbra: Almedina, 2013. Vol I.

VAZ SERRA, Adriano Paes da Silva. «Responsabilidade Civil». *Separata do Boletim do Ministério da Justiça* (1959), nº 85, Lisboa.

VERÍSSIMO, Paulo Esteves. Sociedade da Informação, Sociedade (in)Segura?. *In Sociedade da Informação o Percurso Portugues*. Lisboa: Edições Sílabo, 2007.

VICENTE, Dário Moura. *Direito Internacional Privado, Problemática Internacional da Sociedade da Informação*. Lisboa: Universidade de Lisboa, 2004.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2012.

ZORRINHO, Carlos. Sociedade da Informação, Coesão e Competitividade. *In Sociedade da Informação o Percurso Portugues*. Lisboa: Edições Sílabo, 2007.

Publicados na Internet

ABREU, Karen Cristina Kraemer. *História e Usos da Internet*. BOCC. Disponível em: <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/abreu-karen-historia-e-usos-da-internet.pdf>>. Acesso em: 06 jan 2015.

CAUPERS, João. *Talvez seja tempo de ponderar a inclusão, no texto constitucional, entre os direitos, liberdades e garantias, do direito ao esquecimento* (2014). Universidade Nova Lisboa. Disponível em: <http://www.fd.unl.pt/conteudos_tipo.asp?Tipo=76>. Acesso em: 18 jun 2016.

PORTUGAL. Ministério da Ciência e da Tecnologia. *Missão para a Sociedade da Informação Livro verde para a Sociedade da Informação em Portugal / Missão para a Sociedade da Informação*. Lisboa: M.S.I., D.L. 1997. Disponível em: <<http://purl.pt/239>>. Acesso em 09 abr. 2016.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. *Brasil debate direito ao esquecimento desde 1990*. Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-27/direito-comparado-brasil-debate-direito-esquecimento-1990>>. Acesso em: 20 abr. 2015.

_____. *Direito ao esquecimento, a culpa e os erros humanos*. Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-dez-11/direito-comparado-direito-esquecimento-culpa-erros-humanos>>. Acesso em: 20 abr. 2015.

_____. *Direito ao esquecimento na perspectiva do STJ*. Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-dez-19/direito-comparado-direito-esquecimento-perspectiva-stj>>. Acesso em: 20 abr. 2015.

_____. *Não há tendências na proteção do direito ao esquecimento*. Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-dez-25/direito-comparado-nao-tendencias-protecao-direito-esquecimento>>. Acesso em: 20 abr. 2015.

_____. *Direito de apagar dados e a decisão do tribunal europeu no caso Google Espanha*. Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mai-21/direito-apagar-dados-decisao-tribunal-europeu-google-espanha>>. Acesso em: 20 abr. 2015.

_____. *Direito de apagar dados e a decisão do tribunal europeu no caso Google Espanha (parte 2)*. Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mai-28/direito-comparado-direito-apagar-dados-decisao-tribunal-europeu-google-espanha>>. Acesso em: 20 abr. 2015.

_____. *Direito a ser deixado em paz, a ser esquecido e de apagar dados*. Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jun-04/direito-deixado-paz-esquecido-apagar-dados>>. Acesso em: 20 abr. 2015.

SALGADO, Mônica. O Novo Regulamento Europeu sobre Protecção de Dados Pessoais. *In Conferência sobre a Protecção de Dados Pessoais*, 27 mai. 2014. Lisboa, Portugal: Ordem dos Advogados, Conselho Distrital de Lisboa. Disponível em: <http://www.oa.pt/cd/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?sidc=31634&idc=8351&idsc=21852&ida=133209>. Acesso em: 09 abr. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Tema da moda, direito ao esquecimento é anterior à internet*. Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-22/direitos-fundamentais-tema-moda-direito-esquecimento-anterior-internet>>. Acesso em: 29 mai 2015.

SOUSA, Arnaldo Vieira. *Lei da Anistia: o direito entre a memória e o esquecimento*. Cadernos UNDB, São Luís, v. 4, jan/dez 2014. Disponível em <http://www.undb.edu.br/publicacoes/arquivos/4_-_lei_da_anistia.pdf>. Acesso em: 12 jun 2015.

TURNER, David; MUÑOZ, Jesus. *Para os filhos dos filhos de nossos filhos: uma visão da sociedade internet*, apud ABREU, Karen Cristina Kraemer. *História e Usos da Internet*. BOCC. Disponível em: <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/abreu-karen-historia-e-usos-da-internet.pdf>>. Acesso em: 06 jan 2015.

JURISPRUDÊNCIA

Todas as decisões do Supremo Tribunal Federal do Brasil citadas neste trabalho possuem o inteiro teor de seus acórdãos disponível para livre consulta e *download* no website oficial da instituição: <<http://www.stf.jus.br/>> (indicamos acessar o link “consulta” em “jurisprudência”; ou “acompanhamento processual” em “processos”).

Todas as decisões do Superior Tribunal de Justiça do Brasil citadas neste trabalho possuem o inteiro teor de seus acórdãos disponível para livre consulta e *download* no website oficial da instituição: <<http://www.stj.jus.br/>> (indicamos acessar o link “consulta processual” e pesquisar pelos números fornecidos neste trabalho).

As citadas decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, além das informações trazidas nas obras citadas, foram consultadas pelo seguinte site: <<https://supreme.justia.com/>>.

As decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia foram consultadas em: <<http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?cid=138278>>. Acesso em: 01 mai 2016.

Caso *Irniger* (BGE 109 II 353) está disponível em: <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/c2109353.html>>. Acesso em: 07 jun 2015.

Caso *Lebach I* (BverfGE 35, 202 – Lebach) está disponível em: <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv035202.html#>>. Acesso em: 07 jun 2015.

Caso *Lebach II* (BvR 348/98) está disponível em: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rk19991125_1bvr034898.html> . Acesso em: 07 jun 2015.

Caso *Google Spain vs. Mario Costeja González* (Processo nº C-131/12) está disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-131/12>>. Acesso em: 09 jun 2015.