



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

THAÍS SANTOS DAMASCENO

**PESSOAS PÚBLICAS E O DIREITO AO ESQUECIMENTO:
DANO À HONRA NO ÂMBITO DA INTERNET EM FACE DO
DIREITO À INFORMAÇÃO**

Salvador
2017

THAÍS SANTOS DAMASCENO

**PESSOAS PÚBLICAS E O DIREITO AO ESQUECIMENTO:
DANO À HONRA NO ÂMBITO DA INTERNET EM FACE DO
DIREITO À INFORMAÇÃO**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Geovane Mori Peixoto

Salvador
2017

TERMO DE APROVAÇÃO

THAÍS SANTOS DAMASCENO

**PESSOAS PÚBLICAS E O DIREITO AO ESQUECIMENTO:
DANO À HONRA NO ÂMBITO DA INTERNET EM FACE DO
DIREITO AO ESQUECIMENTO**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito,
Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, 01/12/ 2017

Por toda dedicação, paciência, todo carinho, apoio, mas, principalmente, pelo amor incondicional, dedico esse trabalho e minha eterna admiração a minha família e amigos.

AGRADECIMENTOS

Malgrado a difícil tarefa de perceber, reconhecer e agradecer, principalmente, os gestos simples do cotidiano, não poderia deixar de dedicar o meu primeiro obrigado a minha mãe, Maria Quitéria dos Santos, que sempre apoiou todas as minhas escolhas, mesmo aquelas, sabidamente, infrutíferas e foi essencial para a formação dos meus valores.

A minha avó e segunda mãe, Augusta de Souza Santos, que, mesmo diante dos percalços da vida, sempre se mostrou forte e segura de si, esforçando-se para conseguir prover a melhor formação, seja de valores, seja educacional, dos filhos, netos e bisnetos, sem nunca perder a oportunidade de contar as histórias, que ajudaram a formar a minha condição de ser do mundo.

As minhas tias, Dalma Régia de Souza Santos, Graça Lessa dos Santos e Sandra Régia dos Santos, que mesmo diante das minhas ausências, nunca deixaram de apoiar as escolhas realizadas e se esforçar ao máximo para concretizar meus sonhos.

Ao meu primo, Rodrigo dos Santos, que sempre me concedeu força, coragem e determinação e meu afilhado, João Azevedo Santos, que cercou minha vida de felicidade, tornando os problemas mais leves e obstáculos mais, facilmente, superáveis.

Pelo carinho, conselhos, incentivos, apoio, amizade, amor e, principalmente, por me fazer sempre desejar ser uma pessoa melhor, o meu namorado e amor, Hugo Cerqueira Lima de Menezes.

A todos meus amigos, que sempre me incentivaram, dedicaram a mim os melhores momentos e confiaram os piores, possibilitando a formação de um vínculo eterno e indissociável.

Ao meu orientador, Dr. Geovane Peixoto, pela paciência, dedicação e a confiança em mim depositada e aos meus professores, que foram fundamentais para a construção dos valores éticos e formação do conhecimento jurídico.

Ao meu chefe, Dr. Cristiano Chaves de Farias, que, mesmo distante, sempre se fez presente, me dedicando os melhores ensinamentos jurídicos e possibilitando a formação de um pensamento livre das amarras da legislação, bem como a Priscylla Just Mariz Costa, pelo apoio desmedido, confiança e generosidade.

“Quem, de três milênios,
Não é capaz de se dar conta
Vive na ignorância, na sombra,
À mercê dos dias, do tempo”.

RESUMO

A internet revolucionou a convivência em sociedade e a maneira de armazenar dados, informações e imagens. Se antes do seu surgimento, as informações pretéritas eram armazenadas fisicamente e sensorialmente, no cérebro de cada ser humano, que, periodicamente, fazia a remoção de memórias inúteis; atualmente, em função da forma como a internet foi construída, se perdeu a possibilidade de escolher quais elementos serão excluídos ou aqueles que não serão lembrados. Por conta disso, surge a defesa do direito ao esquecimento ou de ser esquecido, o qual deriva da prerrogativa à vida privada e íntima – alçado à direito fundamental na Constituição Cidadã - e possibilita a remoção de determinadas informações ou imagens vinculadas ao passado de pessoa específica, desde que preenchidos determinados requisitos. A defesa dessa prerrogativa se torna controversa, principalmente, quando a disponibilização do elemento informativo ou imagem viola à honra de pessoa célebre, que apresenta uma relativização dos seus direitos da personalidade. Exatamente, em decorrência da eficácia desse direito, preconiza-se um conflito principiológico entre aquele e o princípio do livre acesso à informação, também de matriz constitucional, o que não implica, necessariamente, em incompatibilidade no sistema jurídico. Conclui-se, assim, que a solução desse conflito é complexa e, por isso, não pode ser pré-determinada por lei e nem analisada sobre a ótica abstrata, merecendo uma ponderação e cotejo com o caso concreto. Desse modo, uma vez analisada a facticidade e verificada a maior densidade jurídica do direito ao esquecimento, propõe-se um instrumento jurídico que possibilite, de maneira eficaz, a sua melhor concretização, permitindo a atenuação dos efeitos do dano à honra.

Palavras-chave: Conflito principiológico; Direito ao Esquecimento; Direito à informação; Dano à Honra; Responsabilidade Civil; Tutela Inibitória.

ABSTRACT

The internet has revolutionized society's coexistence and our way of gathering and storing data, informations and images. Before its appearance, past information was stored physically and sensorially inside the brain of every human being, which, periodically, removed useless memories; nowadays, due to the way the internet has been built on, we've lost the possibility of choosing which elements will be deleted or those that won't be remembered. Because of that, the defense of the right to oblivion or being forgotten arises, which derives from the prerogative to private and intimate life – raised to fundamental right in the Citizen's Constitution – it enables the removal of certain information or images attached to a certain person's past, as long as some requisites are fulfilled. The defense of this prerogative becomes controversial, mainly, when the disponibilization of the informative element or image violates the honor of renowned person, which presents a relativization of its personality rights. Precisely, due to the efficacy of this right, a principiologic conflict is precognized between those and the principle of free access to information, also from constitutional matrix, which doesn't imply, necessarily, on incompatibility of the legal system. It is concluded, therefore, that the solution of this conflict is complex and, that is why, it can't be predetermined by laws neither analyzed over the abstract optical, deserving some comparison and wariness with the concrete case. In this way, once the facticity is analyzed and the greater legal density of the right to oblivion is verified, it is further proposed a juridical instrument which allows, effectively, its best implementation, allowing the attenuation of the effects coming from the damage to the honour.

Keywords: Principiologic conflict; Right to oblivion; Right to information; Damage to the honour; Civil responsibility; Inhibitory guardianship.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
CC	Código Civil
MCI	Marco Civil da Internet
CF/88	Constituição Federal da República
CPC	Código de Processo Civil
Des.	desembargador
UE	União Europeia
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	01
2 HERMENÊUTICA E O CONFLITO ENTRE NORMAS JURÍDICAS	04
2.1 HERMENÊUTICA FILOSÓFICA	06
2.1.1 Sedimentação da hermenêutica filosófica	07
2.1.2 Contribuições de Hans-Georg Gadamer e Martin Heidegger	10
2.2 HERMENÊUTICA JURÍDICA	13
2.2.1 Métodos hermenêutico jurídicos	16
2.2.2 Contribuições para a solução de conflitos normativos	20
3 DIREITO À INFORMAÇÃO	21
3.1 TRÊS PILARES DO DIREITO À INFORMAÇÃO	23
3.2 LIMITES DO DIREITO À INFORMAÇÃO	26
3.2.1 Sigilo	28
3.2.1.1 Sigilo de dados na constituição	29
3.2.1.2 Sigilo de dados no Marco Civil da Internet	33
4 DIREITO À PRIVACIDADE	35
4.1 DO DIREITO À PRIVACIDADE DE PESSOAS CÉLEBRES	38
4.1.1 Da exposição ao interesse do público	41
4.1.2 Direito à privacidade como corolário do princípio da dignidade da pessoa humana	43
4.2 ASPECTO DO DIREITO À PRIVACIDADE: DIREITO AO ESQUECIMENTO	47
4.2.1 Premissas constitucionais	50
4.2.2 Lei do Marco Civil da Internet após as mudanças do Projeto de Lei 2712/2015	53
4.2.3 Aplicação do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro	57
5 RESPONSABILIDADE CIVIL	63
5.1 TEORIA DO RISCO	65
5.2 TEORIA DA CULPA	68
5.2.1 Responsabilidade civil do agente causador do dano	72
5.2.1.1 Responsabilidade por dano decorrente de ato ilícito e lícito	74
5.2.1.2 Procedimento de descoberta do agente causador do dano à luz do Marco Civil	

da Internet	76
5.2.2 Responsabilidade civil do provedor de aplicação antes e depois do Marco Civil da Internet	78
5.2.2.1 Posicionamento Jurisprudencial	82
5.2.2.2 Possibilidade de remoção de ofensa	88
5.2.2.3 (Im)possibilidade de responsabilização patrimonial do provedor de aplicação por atos de terceiro	90
5.2.2.4 Possibilidade de tutela específica: desindexação de palavras chave dos sites de busca	93
6 PESSOAS PÚBLICAS E O DIREITO AO ESQUECIMENTO: DANO À HONRA NO ÂMBITO DA INTERNET EM FACE DO DIREITO À INFORMAÇÃO	97
6.1 REQUISITOS NORTEADORES PARA APLICAÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NA INTERNET	101
6.2 TUTELA ESPECÍFICA COMO FORMA DE PROMOVER O DIREITO AO ESQUECIMENTO	105
6.2.1 Efeito multiplicador do dano	107
6.2.2 Posicionamento jurisprudencial	109
6 CONCLUSÃO	112
REFERÊNCIAS	118

1 INTRODUÇÃO

O desenvolvimento célere da internet e, por consequência, o acréscimo de compartilhamento de informações entre os indivíduos, culminaram em inúmeros conflitos, especialmente, relacionados a violações à privacidade, tanto de pessoas comuns como célebres. No entanto, uma vez que o interesse do público está voltado para sujeitos mais conhecidos, em decorrência do exercício da sua profissão ou sucesso midiático, a busca e exploração por essas informações ou imagens é, invariavelmente, maior.

É fato incontroverso, o Direito não acompanha, linear e imediatamente, às mudanças sociais, o que permite um fato da vida seja considerado um indiferente jurídico, durante o período em que o projeto de lei seja apresentado e o processo legislativo respeitado. Nesse sentido, desde a criação do *world wide web 2.0*, no ano de 2000, até entrada em vigor do primeiro marco legal, em matéria criminal, apelada de Lei Carolina Dieckmann (Lei nº 12.737/12), estendeu-se um período de 12 (doze) anos sem uma cobertura normativa aos crimes cibernéticos.

Malgrado a pretensa crítica ao apelido a lei, verifica-se que, somente, após dois anos da sua vigência foi editada a Lei do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.695/14), que, definitivamente, não supre todas as necessidades sociais, no âmbito cível, quanto a utilização responsável e consciente da internet, permitindo ainda fatos da vida sem regulamentação legal, sendo um exemplo o direito ao esquecimento. Isso contribui, em alguma medida, nas negativas de tutela jurisdicional perpetradas pelo Poder Judiciário, principalmente, o Superior Tribunal de Justiça, o que resulta em sua não aplicação efetiva e ampla.

Colhe-se da essência dessa nova prerrogativa, literalmente, a possibilidade de esquecer certos elementos informativos, que, em tese, afetaria a eficácia do direito coletivo à informação, o que resulta em um nítido conflito principiológico, haja vista que, enquanto este assegura o acesso quase irrestrito às matérias de qualquer natureza, ressalvando apenas àquelas acobertadas pelo sigilo, aquele abrange o descarte de determinados fatos, desde que respeitados alguns requisitos.

Assim, surgem dois problemas a serem enfrentados no presente trabalho, disposto nos seguintes termos: o direito ao esquecimento se compatibiliza com direito à informação previsto na Constituição Federal, especificamente, no que tange as pessoas públicas com danos à honra, em razão de publicações disponíveis na internet? Existe algum meio cibernético e jurídico capaz de atenuar a exposição dessas publicações que violam à honra?

Não se pode olvidar, que a pessoa pública, apesar de se expor mais socialmente e ao interesse do público, em razão do princípio da isonomia previsto constitucionalmente (*caput*, art. 5º), não deixa de ser sujeito de direitos, apresentando a prerrogativa de ter certos fatos da sua vida esquecidos ou, pelo menos, escondidos (com a desindexação de palavras-chave dos sites de busca) no âmbito da internet.

Assim, a pessoa com sucesso, midiático ou profissional, pode possuir direito ao esquecimento sobre certos fatos da sua vida íntima, em razão do manto de aplicabilidade do direito à privacidade. Todavia, em função do grau elevado de abstração dos princípios jurídicos, colhe-se, destacadamente, das decisões do Superior Tribunal de Justiça, um elevado subjetivismo e tratamento superficial do tema.

Ademais, a ausência de uma regulamentação mais específica sobre o tema traz insegurança jurídica quando da sua aplicação a casos concretos e permite que as violações à honra dessas pessoas permaneçam no mundo cibernético para a posteridade, pois, a internet não despreza qualquer conteúdo já veiculado na rede.

Desse modo, o presente trabalho acadêmico de conclusão de curso está voltado ao estudo das pessoas públicas e o direito ao esquecimento: o dano à honra no âmbito da internet em face do direito à informação.

Com efeito, a pesquisa busca contribuir com a demonstração dos limites ao direito fundamental à informação, no que se refere as publicações pretéritas que violam à honra de pessoas públicas, através da compatibilização com a prerrogativa de ser esquecido, bem como analisar a existência de procedimento jurídico, eventualmente, previsto em lei para arrefecer o dano ocasionado pela exposição de publicações, que violam à honra.

Especificamente, este trabalho também busca identificar a teoria hermenêutica mais adequada ao conflito instaurado entre o direito à informação e ao esquecimento; tecer as premissas do direito ao esquecimento; analisar se as pessoas célebres precisam de mais proteção do que as demais; analisar quais atos lícitos e ilícitos praticados na internet podem ocasionar violação à honra; analisar a existência ou não de prazo para que a informação permaneça na internet; analisar a Lei do Marco Civil da internet relativa ao direito à privacidade; propor a possibilidade de inserir e regulamentar a desindexação de palavras-chave nos sites de busca na legislação, como solução para minorar os danos sofridos à imagem e honra.

A seleção do recurso metodológico recaiu sobre método dedutivo, que pressupõe o estudo de princípios normativos, regras e teorias consideradas verdadeiras para se alcançar casos

específicos, por meio da lógica. Essa escolha possibilita dar segurança a abordagem do tema, contudo, sem necessariamente, esgotar todos os aspectos que o circundam e conceber uma resposta definitiva ao conflito principiológico, em análise. Assim, utilizou-se de investigação bibliográfica e do estudo de alguns casos concretos, colhidos do conjunto de precedentes jurídicos elaborados pelos Tribunais brasileiros.

O presente trabalho é fraccionado em seis partes, sendo cada uma representada por um capítulo. Far-se-á, a seguir, a síntese de cada um deles.

O primeiro capítulo do trabalho trata dos métodos hermenêuticos necessários para interpretar, especialmente, princípios jurídicos, também servindo como instrumentos hábeis ao deslinde das normas em choque. Buscou-se também analisar os principais expoentes da doutrina nacional sobre a matéria.

A segunda parte do trabalho aborda-se, inicialmente, os elementos intrínsecos do direito à informação. Após, analisa-se os limites gerais dessa prerrogativa coletiva, ressaltando os obstáculos constitucionais e legais.

Em seguida, o quarto capítulo abarca a teorização do direito à privacidade, protegido, constitucionalmente. Posteriormente, tece-se sobre a proteção dessa prerrogativa relacionada as pessoas célebres, cotejando-se com a relativização dos direitos da personalidade, em razão da exposição ao interesse do público e alertando para a sua origem fundamental, haja vista decorrer do princípio da dignidade da pessoa humana.

Ainda na quarta parte, aborda-se a tratativa constitucional e legal do direito ao esquecimento. Considerando como prerrogativa decorrente da privacidade e vida íntima da pessoa humana, reconhece-se a sua possível compatibilização com o direito à informação e aplicação no ordenamento jurídico pátrio.

A quinta parte deste trabalho buscou-se delimitar o instituto da responsabilidade civil no sistema jurídico, analisando as teorias subjacentes e destacando a abordagem pela culpa, no que tange ao agente causador do dano e o provedor de aplicação, antes e após a promulgação da Lei do Marco Civil da Internet.

A sexta parte objetivou demonstrar os requisitos norteadores do direito ao esquecimento, com análise doutrinária a respeito da matéria, bem como esclarecer possível instrumento jurídico e cibernético que viabilize a concretização da prerrogativa de ser esquecido.

A conclusão foi construída através de uma síntese da possível resposta ao conflito principiológico, embora reconheça-se a análise casuística como indispensável para a sua solução, baseando-se na resolução do problema esboçado.

2 HERMENÊUTICA E O CONFLITO ENTRE NORMAS JURÍDICAS

A evolução da espécie humana apresenta como elemento central a linguagem, que possibilitou a comunicação entre os seres da mesma comunidade e, posteriormente, de outras, o que ressalta a imprescindibilidade dessa ferramenta para o convívio em sociedade.

Nesse sentido, através dos símbolos que permeiam a linguagem, tornou-se possível a construção de uma obra literária, científica, filosófica, jurídica, o que permitiu o diálogo entre gerações, a transferência de conhecimento científico e histórico e a própria compreensão do ambiente que circunda o ser pensante.

No entanto, a linguagem, por si só, não é suficiente para alcançar a compreensão plena de um texto, sendo necessário um estudo mais aprofundado sobre esse exercício cotidiano e, muitas vezes, hercúleo para o entendimento e interpretação de uma obra. Dessa necessidade, nasce a hermenêutica¹.

Com efeito, esse estudo proporcionado pela hermenêutica não se resume apenas a atividade interpretativa, pura e simples, mas também impulsiona criticamente o intérprete durante essa atividade intelectual, sendo esse o entendimento explicitado por Ricardo Maurício Freire Soares².

A crítica literária precisa procurar um <<método>> ou <<teoria>> especificamente adequados à decifração da marca humana numa obra, ao seu <<significado>>. Este processo de decifração, esta <<compreensão>> do significado de uma obra, é o ponto central da hermenêutica. A hermenêutica é o estudo da compreensão, é essencialmente a tarefa de compreender textos³.

Indubitavelmente, esse estudo proporcionado pela hermenêutica não deve reduzir a obra a um simplório objeto estático, ao revés, deve partir da premissa que ela advém de um sujeito, possuidor de compreensão singular do mundo e será interpretada por um outro ser, que apresenta um entendimento diverso. Ou seja, o texto não pode ser compreendido de maneira

¹ “As raízes da palavra hermenêutica residem no verbo grego *hermeneuien*, usualmente, traduzido por <<interpretar>>, e no substantivo *hermeneia*, <<interpretação>>” (PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, 2006, p. 19.)

² SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 13.

³ PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, 2006, p. 19.

dissociada do sujeito que o produziu, pois, com isso, tornar-se-ia um mero objeto estático a mercê da manipulação do intérprete, destituído de sentido prévio⁴.

Malgrado a orientação da hermenêutica atual se situe na relação sujeito (autor da obra) - sujeito (intérprete), a filosofia da consciência também apresentou e apresenta, especificamente, no Brasil, seu espaço entre os aplicadores do Direito, que, sem levarem em consideração as novas orientações, negando a crise do paradigma liberal-normativista, continuam a aplicar o texto legal a situação concreta dispensando a análise das circunstâncias histórico-sociais, que envolveram a sua formulação⁵.

Dessa forma, as teorias positivistas, que instituíram o modelo subsuntivo ocasionaram uma verdadeira estagnação no estudo da interpretação jurídica, trazendo diversas consequências, como a interposição da linguagem entre interpretação e aplicação, três esferas indissociáveis, pois condicionantes uma da outra, a distorção dos princípios, enquanto normas jurídicas⁶, bem como a separação entre a realidade fática e o texto normativo⁷. Mas, não é só, também as teorias (neo) positivistas, fundadas no kelsenianismo, apresentaram efeitos nefastos ao Direito, emperrando-o e dificultando a sua própria transformação⁸.

Na reaproximação entre direito e a moral promovida pelas teorias pós-positivista(s), entre outras consequências, dá-se a reestruturação do conceito de norma jurídica, cindida em duas “espécies”: regras e princípios. Esta última responsável pela (re)introdução da “moral” no “universo” da teoria do direito⁹.

Esse entendimento distorcido da função das normas principiológicas resulta, inquestionavelmente, em uma certa discricionariedade do intérprete quando da aplicação ao caso concreto, tendo como limite o espírito da lei, pois compreende a teoria do direito dissociada da realidade fática. Com isso, a lei se torna um mero texto em si, desprovido de condicionantes fáticas e sociais.

Por conta disso, as teorias argumentativas rompem com esse paradigma, proporcionando o denominado *linguistic turn*, giro linguístico ou hermenêutico, “que leva o homem a tomar consciência de que possui pré-conceitos (sem a carga pejorativa que se pode atribuir a palavra)

⁴ PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, 2006, p. 19.

⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 18 *et seq.*

⁶ PEIXOTO, Geovane De Mori. **Direitos Fundamentais, hermenêutica e jurisdição constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2013, p.106.

⁷ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 163.

⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 21.

⁹ PEIXOTO, Geovane De Mori. **Direitos Fundamentais, hermenêutica e jurisdição constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2013, p.106

que antecipam a experiência – o conceito”¹⁰ e considera que o fenômeno da linguagem não será mais entendido como mero objeto a disposição do intérprete, “e sim horizonte aberto e estruturado e a interpretação faz surgir o sentido”¹¹.

Essa nova perspectiva hermenêutica surge com as contribuições dos filósofos Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer, para, respectivamente, formular as bases da filosofia hermenêutica e hermenêutica filosófica. Imprescindível conhecê-los e as suas teorias para alcançar a correta compreensão dos conflitos normativos e seus efeitos na realidade social.

2.1 HERMENÊUTICA FILOSÓFICA

A hermenêutica se desenvolveu, paulatinamente, ao longo dos séculos, atravessando a Antiguidade clássica até a contemporaneidade, o que consagrou sua importância para a compreensão das obras textuais e artísticas humanas. Nesse desenvolvimento, percebe-se quase uma oposição, em certos aspectos, entre a hermenêutica clássica e a filosófica, haja vista a primeira apresentar-se como puro tecnicismo para alcançar a interpretação da obra¹².

Nesta senda, a filosofia da consciência tratava a linguagem como mero instrumento para designações de entes ou para transmitir pensamentos, não se atentando para o papel fundamental que ela tem para compreensão do mundo que circunda o ser humano, bem como a sua relação com esse universo. Assim sendo, a primeira teoria que atentou para esse aspecto essencial da hermenêutica foi denominada filosofia da linguagem, o que proporcionou uma mudança paradigmática¹³.

Conforme Lenio Streck, a virada paradigmática foi iniciada por Giambattista Vico e desenvolvida por Johann Georg Hamann, sendo sua crítica a Kant o ponto fulcral do primeiro giro linguístico, ocorrido no século XIX¹⁴. Com suas contribuições e o giro hermenêutico

¹⁰ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 163

¹¹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 21.

¹² FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Op.cit.*, 2015, p. 159 *et seq.*

¹³ STRECK, Lenio Luiz. *Op.cit.*, 2014, p. 211.

¹⁴ *Ibidem*, *loc.cit.*

acarretaram em uma nova forma de entender a filosofia¹⁵, inserindo a condicionante histórica na compreensão, o que, por certo, obstaculizou o desejo de objetivação da hermenêutica.¹⁶

Outros pensadores da época, a exemplo de Humboldt, concederam a linguagem uma importância elevada e transcendental. Esse filósofo, especificamente, defendeu a linguagem como condição para se alcançar a visão do mundo, em sua complexidade e como um todo, assim como sustentou o estar no mundo, o sobreviver, relacionar-se com e nesse ambiente como consequência da sua composição linguística. Por conta disso, posteriormente e merecidamente, reconhecido por Gadamer como fundador da filosofia da linguagem¹⁷.

É necessário dizer, ainda, que a hermenêutica está ancorada na facticidade e na historicidade, de modo que entre a linguagem, instrumento necessário de que nos utilizamos para apreender o objeto a ser compreendido – os textos normativos, no caso da interpretação jurídica -, e esse objeto interpõem-se os mundos da cultura e da história. Por isso o saber jurídico há de ser concebido como um processo de diálogo, de troca entre o ser e o mundo.¹⁸

Com efeito, o giro linguístico ocorrido no século XIX apresenta aspectos filosóficos relevantes, um deles, já mencionado, se refere a linguagem, que passará a ser entendida como “condição de possibilidade tanto da objetividade da experiência como da intersubjetividade da comunicação”¹⁹ e as diversas linguagens históricas passam a ser consideradas como construtivas, mas não como similares da consciência coletiva²⁰. Inicia-se, assim, um estudo da relação travada entre sujeito-sujeito, intermediada pela linguagem²¹

Destarte, a hermenêutica filosófica não pretende tecer recursos metodológicos (como a filosofia da consciência) para interpretar uma obra humana, alcançando uma compreensão objetiva, ao revés, “almeja a explicação e a descrição da vida humana, na sua temporalidade e historicidade”²². Por conta disso, ela apresentou seu desenvolvimento paulatino, principalmente, com as eminentes contribuições de Heidegger e Gadamer.

2.1.1 Sedimentação da hermenêutica filosófica

¹⁵ PEIXOTO, Geovane De Mori. **Direitos Fundamentais, hermenêutica e jurisdição constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 108.

¹⁶ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 163.

¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 213 *et seq.*

¹⁸ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 111.

¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Op.cit.*, 2014, p. 212.

²⁰ *Ibidem, loc.cit.*

²¹ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 164.

²² SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 13.

Após as contribuições iniciais para a construção de uma hermenêutica filosófica, pode-se perceber que não há uma ruptura drástica com a filosofia da consciência. Distintamente, alguns teóricos preservaram certos aspectos, como o teórico Alexy, que, em suma síntese, defendeu a preservação do método subsuntivo para a solução de conflitos entre regras²³.

Isso somente ocorrerá efetivamente na Filosofia do século XX, com o deslocamento das investigações filosóficas da sintática e semântica para o nível da pragmática, onde de forma indelével prevalece a intersubjetividade, superando definitivamente a subjetividade.²⁴

Malgrado a permanência de certos aspectos da filosofia da consciência nos argumentos teóricos de alguns pensadores, verifica-se, ainda assim, que a maioria dos autores assim defendem, a existência de uma ruptura, denominada de giro linguístico, no qual a linguagem passa a ter uma importância central, não mais se concebe a dicotomia sujeito-objeto e prevalece a intersubjetividade²⁵.

Nesse contexto, inúmeros teóricos apresentaram suas teses, que culminaram em formar o arcabouço teórico da filosofia da linguagem, sendo, por isso, responsáveis pelo amadurecimento da própria hermenêutica filosófica.

Nessa linha de intelecção, a primeira virada linguística ocorreu, aproximadamente, no século XIX, conforme já mencionado. Com isso, Lenio Luiz Streck concorda com Cristina Lafont e assevera que os precursores da filosofia da consciência foram “Johann Georg Hamann, Johan Gottfried Herder e Wilhelm Von Humbolt”²⁶, sendo que a crítica do primeiro filósofo, conforme já mencionado, seria o ponto nevrálgico do giro linguístico, concedendo destaque especial a função da linguagem enquanto origem da compreensão e que proporciona o vínculo entre sujeito e mundo²⁷.

Já Bernardo Gonçalves entende, que a nova perspectiva filosófica foi iniciada pelas contribuições de Wittgenstein, o qual, na obra *Investigações Filosóficas*, esclareceu que o

²³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 212.

²⁴ PEIXOTO, Geovane De Mori. **Direitos Fundamentais, hermenêutica e jurisdição constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 109 *et seq.*

²⁵ *Ibidem*, p. 110.

²⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 211.

²⁷ *Ibidem*, *loc.cit.*

significado das palavras não é dado de forma apriorística, mas quando da sua utilização, “em uma dinâmica concreta”²⁸.

De outro lado, segundo o mesmo Autor, Herder, ao analisar, criticamente, “as condições prévias de possibilidade do conhecimento”²⁹, estudadas por Kant, demonstrou que ele não se atentou a linguagem como uma destas condicionantes do conhecimento, haja vista a sua imprescindibilidade para entender o mundo, os objetos. Assim sendo, a linguagem seria constituída através de duas situações, a primeira seria a partir da experiência sensível e a outra seria memória, consciência reflexiva³⁰.

Outrossim, trilhando no pensamento de Lenio Streck, Humboldt teria sido um dos filósofos, que mais influenciaram o pensamento de Gadamer e, para a época, aquele que mais se aprofundou no estudo dessa condição de conhecimento do mundo. Nesse sentido, para esse filósofo, o ser humano se desenvolverá em sociedade e conhecerá o universo em que habita através da linguagem, sendo que ela ao mesmo tempo se opõe ao objeto e a relação sujeito-objeto, justamente, porque o ser pensante desperta e constata o mundo pela linguagem³¹.

Partindo desse pressuposto, Gadamer, em seu livro *Verdade e Método*, sustenta ultrapassar a análise de Humboldt, ao efetuar um caminho diverso, uma vez que a despeito de entender a linguagem como condição para compreender o mundo em suas diversas línguas, aquele filósofo procurará “reter a unidade indissolúvel de pensamento e linguagem tal como encontramos no fenômeno hermenêutico, como unidade de compreensão e interpretação”³².

De outro lado, a segunda reviravolta linguística apresentou como destaque inicial, as duas obras marcantes de Ludwig Wittgenstein, que, inclusive, sedimentaram o seu pensamento em duas fases, sendo a primeira foi *Tractatus Logicus Philosophicus* e a segunda *Investigações Filosóficas*³³.

Na primeira fase, Wittgenstein realiza um estudo sobre a linguagem e interpretação, alcançando à conclusão que as palavras apenas apresentam significado quando se referem a algum objeto ou algo presente no mundo, mas apenas possuem sentido quando estiverem

²⁸ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 165.

²⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado 2014, p. 212.

³⁰ *Ibidem*, loc. cit.

³¹ *Ibidem*, p. 212 et seq.

³² GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Disponível em: <<https://marcosfabionuva.files.wordpress.com/2011/08/verdade-e-metodo-i.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2017.

³³ PEIXOTO, Geovane De Mori. **Direitos Fundamentais, hermenêutica e jurisdição constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 110.

presentes dentro de uma sentença, utilizada na comunicação intersubjetiva³⁴. Nesse ponto, apresenta um pensamento assistemático, sendo que isso o diferenciara da segunda fase³⁵, que, por conseguinte, será fundamental para a consolida da filosofia da linguagem.

Na segunda obra de Wittgenstein, a linguagem passará não mais a ser condio de transferência conhecimento do mundo ou se reduzir a funo designativa, mas condio para criao do conhecimento e destituo da ideia de uma linguagem perfeita, pois não mais subsiste o entendimento de que a palavra designará apenas um único objeto, por sua característica de ambiguidade. Com isso, esse autor ao aprofundar sua tese, entende que as palavras apenas ganham significado quando utilizadas, intersubjetivamente, haja vista que a linguagem não  algo natural, mas construído e formulado pelo próprio homem no exercício de convivência.³⁶

A partir da sedimentao da filosofia da linguagem desenvolvida por esses pensadores, inaugura-se a fase de consolidao do pensamento linguístico através das discussões do ser e da fenomenologia, desempenhadas por Hans-Georg Gadamer e Martin Heidegger.

2.1.2 Contribuies de Hans-Georg Gadamer e Martin Heidegger

Inicialmente, Heidegger se basear na ontologia, como fenomenologia, para efetuar o desvelamento do ser e a sua relao com o ente, por isso, utiliza as conclusões de Edmund Husserl como fundamento para iniciar a sua teoria hermenutica³⁷.

 a partir daí que a fenomenologia (hermenêutica) faz uma distino entre ser (Sein) e ente (Seiende). Ela trata do ser enquanto compreensão do ser e do ente enquanto compreensão do ser de um ou outro (ou cada) modo de ser. Classicamente, a ontologia tratava do ser e do ente. Aqui, a ontologia trata do ser ligado ao operar fundamental do ser- (Dasein), que  compreender do ser. Esse operar  condio de possibilidade de qualquer tratamento dos entes. Tratamento esse que pode ser chamado na tradio de “ontológico”, mas sempre entificado. Essa ontologia do ente  que Heidegger irá chamar de met-ontologia. Essa teoria tratar das diversas ontologias regionais (naturalmente dos entes).³⁸

³⁴ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 164-165.

³⁵ PEIXOTO, Geovane De Mori. *Op.cit*, 2013, p. 110 *et seq.*

³⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma explorao hermenêutica da construo do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 244 *et seq.*

³⁷ PEIXOTO, Geovane De Mori. **Direitos Fundamentais, hermenêutica e jurisdio constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 113.

³⁸ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 163-164.

Nessa linha de intelecção, rompe-se com a relação sujeito-objeto, passando a analisar a relação sujeito-sujeito, que se dará através da linguagem, com isso a compreensão do mundo se dará a partir dessa interação e não mais concebida por um único sujeito analisado isoladamente, que indicará os objetos pertencentes ao mundo, dando-lhes significação³⁹. Por conta disso, ultrapassa o método fenomenológico produzido por Husserl, já que entende a fenomenologia como modo de vida do “ser-no-mundo histórico do homem”⁴⁰.

Ademais, a fenomenologia heideggeriana estuda os objetos, tal como se apresentam, em si mesmos, haverá, portanto, um desvelamento do ente, como manifestação dele mesmo.

A expressão “fenomenologia” diz, antes de tudo, um conceito de método. Não caracteriza a equidade real dos objetos da investigação filosófica, mas o seu modo, como eles são. Quanto maior a autenticidade de um conceito de método e quanto mais abrangente determinar a abrangência dos princípios de uma ciência, tanto maior a originalidade em que ele se radica numa discussão com as coisas em si mesmas e tanto mais se afastará do que chamamos de artifício técnico, tão numerosos em disciplinas teóricas.⁴¹

Perlustrando esse caminho, Heidegger concede absoluta importância a intersubjetividade, a convivência de um ser com o outro, o “compartilhamento de comportamentos”⁴², para alcançar o desvelamento do ser, a verdade⁴³. Isso também influencia a sua concepção de mundo, uma vez que este não deve ser descrito apenas indicando os entes pertencentes a ele, ao revés, eles estão inseridos no mundo, tal como o sujeito e seu entendimento dependerá deste último, sendo-lhe anterior e englobante⁴⁴.

Assim, o homem inserido no mundo é distinto, ontologicamente, das entidades que também o compõe, sendo entendido na linguagem e em posição diversa do objeto, o que corrobora com o *linguistic turn*, iniciado no século XIX.

Dessa forma, a linguagem não apresentará mais um caráter, meramente, instrumental na composição de expressões linguísticas para favorecer a comunicação, mais do que isso, “a linguagem, logo, o diálogo, então, irá proporcionar o desvelamento do ser, que ocorre diante

³⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 256.

⁴⁰ PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, 2006, p. 130.

⁴¹ HEIDEGGER, MARTIN. **Ser e Tempo**. Petrópolis: Vozes, 2005, p.57. Disponível em: <<https://marcosfabionuva.files.wordpress.com/2011/08/ser-e-tempo-parte-i.pdf>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

⁴² PEIXOTO, Geovane De Mori. **Direitos Fundamentais, hermenêutica e jurisdição constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 118.

⁴³ *Ibidem*, p. 118.

⁴⁴ PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, 2006, p. 137.

do outro, dentro de um processo comunicacional, estabelecendo aquilo que se pode denominar de uma pragmática existencial”⁴⁵.

Em suma, Heidegger insere a compreensão do mundo realizada pelo homem no contexto histórico-social em que sobrevive, trazendo como ponto fundamental para a sua teoria, que é a ideia do círculo hermenêutico, apresentando como característica basilar a abertura, sendo necessário para o entendimento do todo e das partes e para a análise existencial do homem, em si mesmo e nas suas relações dentro do mundo⁴⁶.

No que tange a hermenêutica filosófica desenvolvida por Gadamer, a compreensão é entendida como pressuposto da existência humana, sendo alcançada através do diálogo entre homens, do compartilhamento de conhecimento⁴⁷, o que se assemelha, inicialmente, ao entendimento manifestado por Heidegger.

Conseqüentemente, Gadamer desenvolve uma hermenêutica dialética, sendo que essa abordagem se distancia do método, se assemelhando ao pensamento socrático. Porém, o pensamento desse filósofo não permite a objetificação da consciência (consequência inevitável do pensamento hegeliano), mas baseia-se no ser, “na linguisticidade do ser humano no mundo e por consequência no caráter ontológico do acontecimento linguístico”⁴⁸.

Assim, esse autor propõe a não utilização dos modelos metodológicos típicos das ciências naturais às ciências humanas, em razão deste “constituir o método limitação de alcance da verdade”⁴⁹, inclusive, como as compreensões e conceitos se assentam, verdadeiramente, em pré-compreensões e pré-conceitos, qualquer pretensão orientada pela neutralidade científica estaria fadada ao fracasso⁵⁰.

Por conta disso, se utiliza da fenomenologia desenvolvida por Heidegger, mas avança em direção ao condicionamento da compreensão da historicidade. Malgrado a disposição dos métodos científicos, esse autor reconhece a importância do jogo e círculo hermenêutico para a

⁴⁵ PEIXOTO, Geovane De Mori. **Direitos Fundamentais, hermenêutica e jurisdição constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 120.

⁴⁶ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 165 *et seq.*

⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 275.

⁴⁸ PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, 2006, p. 170.

⁴⁹ PEIXOTO, Geovane De Mori. **Direitos Fundamentais, hermenêutica e jurisdição constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 125.

⁵⁰ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 167.

compreensão do mundo, avançando neste último em relação a Heidegger, haja vista a ruptura com os obstáculos ontológicos⁵¹.

Ao captar as analogias entre a obra de arte e o jogo, e ao considerar a estrutura do jogo como modelo orientador de uma estrutura que tem a sua autonomia própria mas que no entanto se mantém aberta ao espectador, Gadamer atingiu algumas metas essenciais. A obra de arte é encarada, não como coisa dinâmica, mas sim como estética. Transcende-se o ponto de vista de uma estética centrada na subjetividade e sugere-se uma estrutura que mostra a inadequação do esquema sujeito-objeto relativamente à compreensão de um jogo e, conseqüentemente, à obra de arte.⁵²

Nesse sentido, da mesma forma que a obra de arte ao atuar no saber daquele que a observa, modifica o homem, em decorrência de uma estruturação reflexiva (mas, tendo em mente, que não será isso que perdurará na temporalidade, e sim, a própria obra), o jogo é independente da consciência daquele que participa. Com isso, Gadamer provocou a ruptura com a estética subjetiva.⁵³

Dessa forma, torna-se evidente as principais contribuições desses dois filósofos para o desenvolvimento e amadurecimento da filosofia da linguagem, acrescentando de maneira salutar para um novo pensar hermenêutico, inclusive sedimentando as bases para a construção de uma nova hermenêutica jurídica.

2.2 HERMENÊUTICA JURÍDICA

Pode-se asseverar que as contribuições de Heidegger e Gadamer para a hermenêutica filosófica abriram o caminho para um novo paradigma da hermenêutica jurídica⁵⁴, favorecendo a redução da influência discricionária do intérprete na interpretação da norma jurídica, bem como permitiu uma compreensão do texto de maneira dialógica, abrangendo toda a complexidade da práxis, na qual está inserido o litígio.

Nesse novo paradigma, a linguagem está inserida no ponto fulcral de toda a problemática, ela é entendida como condição do mundo, de sua compreensão e do próprio homem. Diante dessa perspectiva, haverá uma aproximação entre o aplicador/intérprete, o Direito e os fatos⁵⁵, já que

⁵¹ PEIXOTO, Geovane De Mori. **Direitos Fundamentais, hermenêutica e jurisdição constitucional**. Salvador: JusPodivm., 2013, p. 125 *et seq.*

⁵² PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, 2006, p. 178.

⁵³ PALMER, Richard E. *Op.cit.*, 2006, *loc.cit.*

⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 310.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 311.

a filosofia da linguagem influencia este novo paradigma, trazendo consigo a relação paradigmática sujeito-sujeito⁵⁶.

Vale o registro pontual de que a linguagem assume papel central neste processo, dentro do movimento denominado de *linguistic turn* (giro ou virada linguística), sobre o qual se sustenta duas premissas fundamentais: a) conhecimento ocorre na linguagem, todo discurso científico, portanto, possui em comum a sua natureza linguística; b) é na linguagem que o mundo exsurge, ou seja, o mundo somente pode ser desvelado por intermédio da linguagem.⁵⁷

Partindo dos pressupostos linguísticos, merece atenção o estudo da forma de compreensão do homem diante de um texto ou obra jurídica, haja vista que não mais se concebe a perspectiva de um entendimento dissociado da temporalidade ou dos próprios pré-conceitos presentes no ser humano⁵⁸.

A linguagem não é ferramenta. Antes disso, a linguagem é que é condição de possibilidade e constituidora do mundo. A linguagem é experiência do mundo. Inserido nesse mundo, isto é, na linguisticidade desse mundo, o interprete falará a partir da tradição, de uma situação hermenêutica. É impossível o intérprete situar-se fora da tradição. O mundo dizível é o mundo linguisticizado. Daí a noção de compreensão enquanto condição de possibilidade da interpretação. No compreendido está o compreendedor. Cada interpretação é uma nova interpretação. Cada texto jurídico gera novos sentidos. Por isso é impossível reproduzir sentidos; sempre atribuímos (novos) sentidos.⁵⁹

Ou seja, embora a compreensão seja a origem e ao mesmo tempo o que impulsiona o ato de interpretar, que apenas é realizado no e pelo homem, ela advém da pré-compreensão, a qual possui como núcleo a facticidade e historicidade⁶⁰. Sendo assim, a compreensão jamais será um exercício isolado do mundo, mas um ato que decorre da tradição e transbordado pelo universo.

Por conta disso, uma das maiores contribuições de Gadamer para a hermenêutica jurídica jaz na impossibilidade de “reproduzir sentidos (por isto, não se pode mais falar em *Auslegung* – extrair sentido, e sim, em *Sinngebung* – atribuir sentido). O processo hermenêutico é sempre produtivo”⁶¹. Isso acontece, porque o ato de interpretar resulta de uma compreensão do mundo influenciada por diversos aspectos distintos em cada ser humano, o que permite uma atribuição de sentido diferenciada daquele que elaborou a obra.

Além disso, sustenta-se que o contexto histórico-linguístico será o responsável por adaptar o “horizonte de sentido” e será a partir dele que a compreensão ocorrerá, se perfazendo de forma

⁵⁶ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 181.

⁵⁷ PEIXOTO, Geovane De Mori. **Direitos Fundamentais, hermenêutica e jurisdição constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 133.

⁵⁸ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 163.

⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 308.

⁶⁰ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Op.cit.*, 2015, p. 165-166.

⁶¹ STRECK, Lenio Luiz. *Op.cit.*, 2014, p. 305.

circular, em razão do intérprete está introduzido em uma tradição, que não será desprezada na aplicação das normas jurídicas, embora o ato interpretativo sempre dependerá dos pré-conceitos, da condição de ser, estar e participar do mundo.⁶²

Ademais, a hermenêutica filosófica de Gadamer estruturada pelo método fenomenológico implicou em “deslocar o início da interpretação jurídica do texto legal (modelo standardizado pelo positivismo) para o problema, para o caso concreto, representado pela “conduta humana” enquanto fenômeno”⁶³. Desse modo, o intérprete deverá analisar o litígio, já que este é o ser, enquanto o texto é somente o ente⁶⁴.

Assim, com a constatação da necessidade de atribuição de sentido ao problema e não mais ao texto legal, pura e simplesmente, a fenomenologia influenciará definitivamente a hermenêutica jurídica, a qual apresentará uma mudança paradigmática, com o primado do litígio⁶⁵.

Diante desse novo paradigma hermenêutico não há espaço para a confusão entre texto e norma, há uma diferença ontológica entre ambos, sendo esta o resultado da interpretação daquela, mas, acima de tudo, o primeiro não remanescerá sem a norma jurídica. Isso advém do legado da ontologia fundamental, desenvolvida por Gadamer, que conclui “o ente só existe no seu ser”⁶⁶.

Com efeito, não poderá o intérprete ignorar o texto legal para formular uma norma qualquer, ao revés estará submetido e, estritamente, vinculado a obra jurídica, uma vez que isso deriva de um exercício de aplicação da lei, a que o aplicador e as partes do problema estão sujeitos. Assim, a distinção entre norma e texto é essencial, uma vez que possibilitará a produção de efeitos positivos, como o uso de um processo hermenêutico congruente e indispensável para se alcançar a melhor solução ao caso, bem como negativos, pois poderá culminar em arbitrariedades.⁶⁷

Da mesma forma, grande importância terá a ideia de jogo concebida por Gadamer, haja vista que por ele estar aberto aos influxos do ente, no caso da hermenêutica jurídica, permitirá a abertura a novas contingências e, com isso, melhor dimensionamento das soluções possíveis. O jogo possibilitará a delimitação do conflito, uma vez que abrangerá o ente em uma complexidade de outros.⁶⁸

⁶² FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 166.

⁶³ PEIXOTO, Geovane De Mori. **Direitos Fundamentais, hermenêutica e jurisdição constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 131.

⁶⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 312.

⁶⁵ PEIXOTO, Geovane De Mori. *Op.cit.*, 2013, p. 132.

⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Op.cit.*, 2014, p. 312.

⁶⁷ PEIXOTO, Geovane De Mori. *Op.cit.*, 2013, p. 134.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 135.

Dessa forma, busca-se a melhor solução para aquele problema, em específico, pois não se parte de um texto em abstrato, que, supostamente, resolveria qualquer caso concreto, ao revés debruça-se sobre o litígio para depois pesquisar a partir do texto legal, a melhor norma jurídica aplicável a alcançar sua resolução.

2.2.1 Métodos hermenêuticos-jurídicos

As contribuições da filosofia gadameriana foram imprescindíveis para que os intérpretes concedessem importância para uma hermenêutica jurídica dialógica e reflexiva. Os seus contributos influenciaram a forma de pensar o Direito, principalmente, de modo intersubjetivo, através do jogo e círculo hermenêutico⁶⁹, bem como democratizaram a forma de reflexão jurídica⁷⁰, vez que necessário o diálogo entre sujeitos para alcançar a verdade do ente (problema).

Assim, partindo do entendimento do paradigma hermenêutico como diálogo, haverá um intercâmbio de pré-compreensões, que, inicialmente, são fundamentais para se atingir a comunicação entre interlocutores, embora, posteriormente, permitirá a permuta de visões de mundo, tradições, o que condicionará a formação de novas compreensões.⁷¹

Certamente, isso provocará uma mudança de paradigma na hermenêutica jurídica, haja vista que o diálogo traz como consequência uma mudança do núcleo de interesse do Direito, que passará a ser o interlocutor, com quem mantém diálogo⁷². Isso permitirá ao intérprete uma perspectiva mais humanizada do problema, uma vez que partirá do diálogo com o ser humano e não mais da letra fria da lei para se alcançar a solução. Consequentemente, teremos solução mais equânime, pois específica a cada caso concreto, embora apresentando a mesma finalidade, tal qual pacificação social isonômica.

Nesse sentido, concede-se grande importância a linguagem, não como instrumento, mas como mediadora para o entendimento entre dois sujeitos cognoscentes, bem como a fenomenologia, pois a relação sujeito-sujeito recairá sobre o problema, presente na complexidade do real, o qual será essencial para alcançar a norma jurídica aplicável à solução casuística.

⁶⁹ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 181.

⁷⁰ PEIXOTO, Geovane De Mori. **Direitos Fundamentais, hermenêutica e jurisdição constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 137.

⁷¹ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Op.cit.*, 2015, p. 167.

⁷² PEIXOTO, Geovane De Mori. *Op.cit.*, 2013, p. 139.

Dessa forma, teremos a construção de métodos hermenêuticos-jurídicos, baseados na solução dialógica, afinados pela relação sujeito-sujeito, que concedem primazia ao problema, de forma a democratizar a interpretação do Direito e com o fito de alcançar a pacificação social.

Em síntese, dois métodos dialógicos, baseados na filosofia gadameriana, devem ser destacados, no Brasil, tais quais o transconstitucionalismo e Hermenêutica Heteroreflexiva.

A tese do transconstitucionalismo foi apresentada e desenvolvida por Marcelo Neves, que propôs o envolvimento e diálogo entre ordens jurídicas diferentes ou da mesma espécie voltado a solução de um determinado caso, relacionado, por exemplo, a direitos humanos, ou seja, esse autor convidou instituições estatais e não estatais analisarem o problema constitucional e a partir de interações múltiplas concederem uma solução, ou seja, esse autor convidou instituições estatais e não estatais analisarem o problema constitucional e a partir de interações múltiplas concederem uma solução.⁷³

Com isso, em nossa sociedade hipercomplexa, estaríamos diante de um novo paradigma constitucional, que abala com as nossas pré-compreensões subjacentes (arraigadas pelo direito nacional-estatal clássico e pelo direito internacional clássico), pois problemas, por exemplo, em torno de direitos fundamentais, ou mesmo de separação e limitação de poderes (envolvendo conflitos entre Judiciário e o Executivo de um Estado nacional contra organizações internacionais ou contra um outro Estado nacional) passam, efetivamente, a serem debatidos e discutidos por tribunais de ordens jurídicas diversas, podendo apresentar soluções diversas à luz dos contextos (e percepções) em que são analisados.⁷⁴

Percebe-se, claramente, a influência gadameriana no pensamento do autor, haja vista que pressupõe o intersubjetivismo, o diálogo entre as ordens jurídicas para, considerando como ponto de partida o problema, atingir uma solução harmoniosa e equânime para aqueles inseridos no conflito.

Em suma, Marcelo Neves propõe uma vinculação entre diversos entes estatais e não estatais diante de um problema constitucional comum a todos eles, no intuito de alcançar, através de uma rede de ações, proporcionada pelo mundo globalizado, soluções para problemas vivenciados por uma “sociedade multicultural globalizada”⁷⁵.

Outrossim, a Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva desenvolvida por Wálber Carneiro Araujo, também está fincada no método dialógico gadameriano, haja vista que pressupõe o diálogo como meio para se alcançar a fundamentação jurídica, que baseará a solução do

⁷³ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 94.

⁷⁴ *Ibidem*, *loc.cit.*

⁷⁵ PEIXOTO, Geovane De Mori. **Direitos Fundamentais, hermenêutica e jurisdição constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 141.

problema⁷⁶. Assim, permitirá uma reflexão jurídica com e para o outro, ser humano, evidentemente, pressupondo a análise da problemática.

Nesse sentido, esse autor diferencia os institutos da compreensão e interpretação, inclusive, ressaltando que a interpretação sempre virá acompanhada da compreensão, no entanto, nem toda compreensão demandará o esforço reflexivo, da vigilância.⁷⁷

Assim, partindo do princípio de que o Direito é, permanentemente, influenciado pela cultura de um povo, essa teoria hermenêutica incidirá sobre o problema, uma vez que “a verdade sobre o direito não está nos textos, mas naquilo que se desvela a partir do que está iluminado, isto é, nos problemas que se (im)põem diante de nós”⁷⁸.

Nessa linha de intelecção, considerando que o conflito de natureza fática apresenta diversos pontos de vista distintos, necessitará da realização do jogo hermenêutico, o qual pressupõe um movimento de abertura dialógica e fechamento, pois deverá ocorrer uma separação de perspectivas moralistas.⁷⁹

O primado metodológico do problema como jogo implica o reconhecimento de que esse ente deverá ser analisado pelo maior número de perspectivas possíveis. Significa que o intérprete deve estar vigilante para o fato de que sua compreensão está limitada por uma dada perspectiva e, ciente da existência de outras, deverá se abrir para o ente, deixar com que ele “venha à fala”.⁸⁰

Com efeito, impedir a abertura dialógica no jogo hermenêutico, impossibilitará a uma visão da totalidade daquele problema específico, inviabilizando o surgimento de novas possibilidades e, talvez, de uma solução mais adequada e afinada para a pacificação daquele conflito.

O desenvolvimento do jogo hermenêutico proposto por Wálber Carneiro Araújo apresenta duas fases: “abertura cognitiva”, a partir do problema, com o objetivo de ampliar o horizonte moral-prático e “filtragem sistêmica”, para garantir a autonomia normativa do direito em face da moral.⁸¹ Por consequência, a partir desse contexto, objetiva-se desvelar novas possibilidades e perspectivas, com a pesquisa de modelos de soluções para apaziguar os conflitos, assumindo “uma dinâmica de convergência, compatibilizando segurança e legitimidade”.⁸²

⁷⁶ PEIXOTO, Geovane De Mori. **Direitos Fundamentais, hermenêutica e jurisdição constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 142.

⁷⁷ CARNEIRO, Wálber Araújo. **Hermenêutica jurídica heterorreflexiva: uma teoria dialógica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 235.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 237.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 241.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 239.

⁸¹ *Ibidem*, p. 252.

⁸² *Ibidem*, p. 260.

Esse jogo hermenêutico-dialético recairá sobre o problema, mas também pressuporá o olhar sobre a perspectiva do outro, que também está jogando e inserido no conflito, permitirá o diálogo entre ambos, conseqüentemente, uma maior reflexão jurídica e uma maior abertura para a inserção da alteridade e empatia, características pouco exploradas nas sociedades modernas.⁸³

Para além desses métodos hermenêuticos, que pressupõe a dinamicidade e o diálogo e a despeito das críticas realizadas por Habermas, a teoria alemã da ponderação de bens e interesses apresenta grande adesão pelos intérpretes, que compõe o Poder Judiciário brasileiro. Assim, diante da diferenciação entre regras e princípios, que, dentre outras razões, pode-se colher a distinta forma de resolução de conflitos⁸⁴, Robert Alexy propõe a solução para o conflito de normas principiológicas através do sopesamento e cotejando-se com o princípio da proporcionalidade.⁸⁵

Nesse sentido, essa teoria capitaneada por Alexy parte da compreensão sobre a relativização dos princípios e da sua natureza de “mandamentos de otimização”⁸⁶. Desse modo, os princípios teriam pesos jurídicos e aquele que apresentasse maior densidade jurídica, após o cotejo com as dimensões do princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade, proporcionalidade em sentido estrito), elementos fáticos e jurídicos, prevaleceria naquele caso concreto.⁸⁷

Em síntese, a primeira dimensão do princípio interpretativo referido é a adequação, que será alcançado quando se utiliza um meio através do qual um objetivo é promovido⁸⁸. Já a necessidade é subdividida por Marmelstein em vedação ao excesso, que será alcançada quando o meio utilizado provocar o menor prejuízo possível e a vedação de insuficiência, a qual determina que o Estado deve “agir eficazmente para proteger os direitos fundamentais”⁸⁹. A última dimensão é a proporcionalidade em sentido estrito, que apenas é alcançada após concluir que o meio é adequado e necessário, necessariamente, portanto, ela “é um raciocínio de sopesamento (balanceamento) que se dá entre a intensidade da restrição que o direito fundamental irá sofrer e a importância da realização do outro direito fundamental que lhe é colidente”.⁹⁰

⁸³ PEIXOTO, Geovane De Mori. **Direitos Fundamentais, hermenêutica e jurisdição constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 145.

⁸⁴ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 223 *et seq.*

⁸⁵ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 366 *et seq.*

⁸⁶ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 225.

⁸⁷ MARMELSTEIN, George. *Op.cit.*, 2014, p. 370 *et seq.*

⁸⁸ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Op.cit.*, 2015, p. 234.

⁸⁹ MARMELSTEIN, George. *Op.cit.*, 2014, p. 375 *et seq.*

⁹⁰ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Op.cit.*, 2015, p. 235.

2.2.2 Contribuições para a solução de conflitos normativos

A filosofia da linguagem trouxe consequências primorosas para a solução dos conflitos normativos, primeiramente, em razão da perspectiva fundante da análise sujeito-sujeito e não mais com o objeto, rompendo com a subjetividade transcendental, que contaminava com discricionariedade as soluções.

Nesse ponto fica evidenciado o porquê da necessária superação do subjetivismo, pois, em um modelo dialógico, deve existir o intersubjetivismo (entre sujeitos), destacando-se a presença do *outro* como essencial para a concretização do diálogo. Isso se tornou mais notório diante da percepção da necessidade de se ampliar a participação no processo de interpretação do direito.⁹¹

Com essa perspectiva, não haverá uma solução pré-determinada na lei para os conflitos normativos, ao revés haverá uma pré-delimitação, que apenas será alcançada com a análise acurada do problema pelo intérprete, mas também devido prevalência da relação sujeito-sujeito, ter-se-á uma solução casuística para o conflito normativo surgido de fenômeno conflitante no mundo. Ou seja, não mais haverá uma solução para toda a espécie de conflito surgido entre as mesmas normas jurídicas.

Outrossim, a noção do ser inserido em uma historicidade e a análise do ser através da intersubjetividade, mostra a preocupação com o contexto histórico-social do problema, o que é factível, haja vista este estar inserido em uma complexidade de fenômenos que se inter-relacionam. Desse modo, a solução do conflito normativo sofrerá influências histórico-sociais específicas daquele contexto, o que ajudará a alcançar uma resolução exclusiva para aquele caso, haja vista que um problema não é equivalente ao outro, conforme dizia Heráclito, “nunca nos banhamos duas vezes no mesmo rio”.

Ademais, a análise, primordialmente, do problema promove uma nova maneira de observar, encarar e solucionar, uma vez que se utilizará do jogo, que permite a introdução de novas perspectivas dos jogadores através do diálogo, que, necessariamente, deve ser realizado para a sua configuração. Isso permitirá uma solução mais harmônica com as especificidades de cada caso concreto e uma reflexão jurídica mais madura e democrática.

Com efeito, percebe-se a importância da hermenêutica heterorreflexiva, como método primaz e capaz de resolver conflitos normativos, uma vez que consegue abarcar inúmeros fatores, que

⁹¹ PEIXOTO, Geovane De Mori. **Direitos Fundamentais, hermenêutica e jurisdição constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 138.

permitiram alcançar a solução mais específica e adequada ao problema, sempre pressupondo uma intersubjetividade latente, o que democratiza a resolução.

Portanto, esse método dialógico, através da utilização do problema como “reductor de complexidade”⁹², ao depurar os outros entes que o circundam e ao delimitar “o espaço dissensual deixado pela moral e, ao mesmo tempo, determinando o âmbito de incidência do direito”⁹³, permitirá a correta inserção na circularidade entre problema e sistema. Isso não é tudo, pois ainda lapidará o conflito normativo de forma tal, que este se apresentará ao intérprete de maneira descortinada, viabilizando uma solução mais clara e específica.

3 DIREITO À INFORMAÇÃO

O direito à informação tem caráter abstrato, universal⁹⁴ e difuso, alçado à matriz constitucional e inserido na quarta dimensão dos direitos fundamentais por Paulo Bonavides⁹⁵.

Perlustrando a doutrina constitucionalista, verifica-se que o princípio da liberdade de informação de matriz constitucional apresenta uma tríplice configuração, representado no “direito de informar, o direito de se informar e o direito de ser informado”, segundo Manoel Jorge e Silva Neto⁹⁶. Ao aplicar esse entendimento à internet, verifica-se que o usuário apresenta a prerrogativa de manter-se informado, acessando conteúdos disponibilizados pelos provedores de aplicação, inclusive, por disposição do art. 5º, inciso XIV da Carta Magna⁹⁷, bem como pode ofertar conteúdo informativo através dos meios de comunicação digitais.

O direito de informar do usuário da internet aos outros sobre determinados fatos da vida é corolário da liberdade de manifestação de pensamento, previsto no art. 5º, inciso IV da Constituição Cidadã⁹⁸. Dessa forma, embora manifeste-se como um direito de primeira geração, na sua feição individualista, apresenta-se, intrinsecamente, relacionado a um caráter coletivo,

⁹² CARNEIRO, Wálber Araújo. **Hermenêutica jurídica heterorreflexiva: uma teoria dialógica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 252.

⁹³ *Ibidem*, p. 254.

⁹⁴ GÓIS, Veruska Sayonara de. Direito constitucional à informação: reflexões sobre garantias possíveis. **Revista Direito e Liberdade**. Ano 1, n.1, Mossoró: Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte, 2006, p. 586.

⁹⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 590.

⁹⁶ SILVA NETO, Manoel Jorge. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 731.

⁹⁷ BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 28 fev. 2017.

⁹⁸ BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 28 fev. 2017.

em razão, justamente, das novas tecnologias (meios de comunicação) proporcionarem uma mudança de perspectiva.

Nesse sentido, torna-se premente para a configuração do direito de intercomunicação social, principalmente, concretizado através dos meios de comunicação, o envolvimento de duas prerrogativas transformadas por esse meio: a liberdade de imprensa e a livre manifestação do pensamento.⁹⁹

Volvendo a visão para a liberdade de informação assegurada constitucionalmente, esta deve ser entendida como um princípio, que não é absoluto, mas relativo e, portanto, pode ser mitigado diante de uma publicação cibernética, que viole à honra de qualquer pessoa, sobretudo àquela que é célebre¹⁰⁰, uma vez que se torna imprescindível resguardar a dignidade da pessoa humana em detrimento do conhecimento inútil à sociedade e que ainda vilipendia o direito à privacidade.

Isso se torna ainda mais relevante, ao verificar, que apesar da sociedade digital beneficiar o indivíduo dotado do poder da informação em detrimento daquele que possui os bens de produção¹⁰¹, o Direito não pode permitir que a prerrogativa de informar subjuga a outra também protegida constitucionalmente, como é a privacidade. Por conta disso, torna-se primaz o reconhecimento de um outro princípio basilar do direito digital, tal qual o direito à não-informação¹⁰².

Por certo, o direito à não-informação, de conotação passiva e ativa, recairá sobre o direito à informação, de forma a limita-lo, resguardando o direito à privacidade do indivíduo. No entanto, o modo de estabelecer um equilíbrio a essa balança sem ferir a livre manifestação do pensamento (também resguardada constitucionalmente), não deverá advir do Estado, mas do próprio comportamento do mercado consumidor de informação, ao interpretar às informações balizando-as com a Lei Fundamental.¹⁰³

A evolução da Internet do estágio quantitativo para o estágio qualitativo, como ocorre com todas as inovações tecnológicas, provoca uma transformação no direito à informação, pura e simplesmente, para o direito à informação de qualidade, ou seja, de informação autêntica com responsabilidade editorial pelo conteúdo. Esta mudança qualitativa torna o próprio consumidor capaz de determinar as regras e normas a serem

⁹⁹ AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros. 2014, p. 262.

¹⁰⁰ Adotar-se-á no presente trabalho, a nomenclatura tida como mais correta pelo doutrinador Anderson Schreiber no livro *Direitos da Personalidade*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 146

¹⁰¹ PACK, Patricia. **Direito digital**. São Paulo: Saraiva. 2002, p. 35.

¹⁰² *Ibidem*, p. 36.

¹⁰³ *Ibidem*, *loc.cit.*

obedecidas pelo mercado em um ambiente de competição, uma das formas de livre regulação que encontra na Lei da Oferta e da Procura sua solução.¹⁰⁴

Destarte, esses três princípios pilares delimitam o direito de informação, formando um direito de feição coletiva, e ainda um quarto pilar, especificamente, no Direito Digital, defendido por Patrícia Peck, o que torna imprescindível a análise mais criteriosa de cada um deles, necessários a conformação desse direito.

3.1 TRÊS PILARES DO DIREITO A INFORMAÇÃO

Primeiramente, diante da pluralidade de definições da expressão linguística informação, cabe delimitar aquela utilizada por este trabalho, qual seja: transmissão ou recepção de um conhecimento através de um “conjunto de atividades que têm por objetivo a coleta, o tratamento e a difusão de notícias junto ao público”¹⁰⁵.

Cumprido esclarecer, inicialmente, o direito à informação, segundo Manoel Jorge e Silva Neto¹⁰⁶, apresenta três pilares conformadores do seu limite constitucional, tais como o direito de informar, de ser informado e de se informar.

Segundo José Afonso da Silva¹⁰⁷, malgrado o direito de informar (um dos três princípios corolários do direito à informação), tenha apresentado, inicialmente, uma conotação individualista, a partir transmutação do direito de imprensa e manifestação do pensamento pelos meios de comunicação digitais, houve uma contaminação de feição coletiva daquela prerrogativa.

Nesse contexto, verificou-se uma grande afinidade entre o direito de informar e a liberdade de expressão, haja vista que este pressupõe a livre manifestação do pensamento, na sua forma externa, enquanto àquele propõe uma situação semelhante, concedendo liberdade ao sujeito expressar uma informação através de quaisquer veículos. Essa aproximação entre ambos ressalta o caráter ativo daquele direito, por se tratar de um ato comissivo, no qual o cidadão age com o objetivo de informar outras pessoas.

¹⁰⁴ PACK, Patricia. **Direito digital**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 36 *et seq.*

¹⁰⁵ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 1615.

¹⁰⁶ SILVA NETO, Manoel Jorge. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 731.

¹⁰⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros. 2014, p. 262.

Com efeito, essa liberdade de agir, através da veiculação de informações ou opiniões, por qualquer pessoa, deve estar assegurado em qualquer regime democrático, mas não pode ser encarado como absoluto, pois estes elementos informativos devem estar limitados por outros direitos protegidos pela Constituição.

De certo, a Constituição ao estabelecer a livre manifestação de pensamento, no art. 5º, inciso IV¹⁰⁸, já traz uma limitação contundente, tal qual a vedação ao anonimato, por consequência, prevê ao sujeito um ônus de identificar-se, uma vez que, a opinião, geralmente, pode atingir a esfera jurídica de outras pessoas, o que demandaria uma responsabilização pelos danos ocasionados a terceiros¹⁰⁹.

Tendo em vista a alta probabilidade da manifestação de pensamento, opinião, informação atingir, direta ou indiretamente, a esfera jurídica de outras pessoas, o próprio legislador constituinte não deixou de prescrever, em abstrato, a possibilidade do terceiro ofendido recorrer a indenização por dano moral, material ou à imagem, bem como o direito de resposta, como podemos colher do texto do art. 5º, inciso V. Por conta disso, esse direito de resposta “é também uma garantia de eficácia do direito à privacidade”¹¹⁰.

Isso não é só, pois a livre manifestação do pensamento ainda compreende outra feição, que é a de manter a opinião ou informação ou a imagem mantida em segredo, longe da curiosidade do público em geral, o que se aproxima do direito à não informação¹¹¹, na sua conotação ativa, suscitado por Patrícia Peck.

Certamente, o indivíduo possui o direito de manter determinado elemento informativo dentro da sua esfera íntima ou limitada à certas pessoas, o que não concede a eles o direito ou à terceiros de se imiscuírem na intimidade ou privacidade, com o objetivo de tornar público a informação, configurando a feição ativa do direito de não informação. Acrescente-se, esse direito a não informação, no âmbito digital, deve ser aplicado, com respaldo na Constituição da República, ou seja, de maneira isonômica e não discriminatória, alcançando, inclusive, pessoas célebres.

Frise-se, a qualidade de publicidade ou celebridade de um sujeito não poderá retirar dele, completamente, o direito à não informação ou de manutenção de pensamentos, opiniões ou

¹⁰⁸ BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoacompilado.htm>. Acesso em 21 jul. 2017.

¹⁰⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros. 2014, p. 247.

¹¹⁰ *Ibidem*, *loc.cit.*

¹¹¹ PACK, Patricia. **Direito digital**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 36.

imagens sob o manto da privacidade, uma vez que a Constituição resguarda a todos essa última prerrogativa, sem ressalvas.

Outrossim, o direito de ser informado, outro pilar conformador do direito à informação, apresenta um caráter difuso e passivo, sendo “à faculdade de ser mantido completa e adequadamente informado”¹¹² por veículos oficiais e não oficiais, apresentando natureza difusa e relacionando-se, primordialmente, ao jornalismo¹¹³. Por isso, não basta para a configuração desse direito um elemento informativo dotado de inutilidade, baseado em fontes não confiáveis ou inverídicas.

Verifica-se, que no caso desse corolário do direito à informação, a Constituição reservou garantias substanciais, tais como o sigilo da fonte, quando imprescindível ao exercício da profissão (art. 220) e acesso à informação (art. 5º, inciso XIV), livre de censuras, o que impõe ao estado um dever de abstenção¹¹⁴. Vale ressaltar, que “o sigilo da fonte, citado acima, é outra vertente de garantia ao direito de ser informado, pois permite, ao jornalista, resguardar a identidade das pessoas que entrevista, preservando portanto a segurança da fonte e o direito de informação da sociedade”¹¹⁵ (*sic*).

Ademais, se consegue visualizar uma outra garantia a esse direito no art. 5º, inciso XXXIII, da Carta Magna, pois este prevê o direito dos indivíduos receberem informações dos órgãos públicos, de seu interesse particular ou coletivo¹¹⁶, estabelecendo uma posição ativa do Estado, quanto a disponibilização desses elementos.

Assim, esse direito se caracteriza por demandar uma posição ativa daquele que presta informações, no sentido de veicular elementos corretos, com interesse coletivo, úteis e adequados, bem como uma posição passiva do Estado, que não poderá interferir ou obstaculizar a publicação de qualquer informação, nessas condições, pela imprensa ou qualquer cidadão.

No caso do direito de se informar, pouco é encontrado na doutrina, em razão da sua simplicidade, consiste na prerrogativa de, livremente, buscar informações sem a interposição de obstáculos por qualquer ente público ou privado. Do mesmo modo, a Constituição não deixa de assegurar esse direito através das garantias previstas no art. 5º, inciso XIV e LXXII,

¹¹² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 8.ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 545.

¹¹³ GÓIS, Veruska Sayonara de. Direito constitucional à informação: reflexões sobre garantias possíveis. **Revista Direito e Liberdade**. Ano 1, n.1. Mossoró: Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte, 2006, p. 575.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 582.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 583.

¹¹⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 8.ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 545.

protegendo o acesso a informação e estabelecendo um meio judicial para resguardar esse direito, tal qual o *habeas data*¹¹⁷.

Destarte, trilhado os pressupostos doutrinários e legais para configuração do direito à informação, merece esclarecer os seus limites constitucionais e infraconstitucionais, para a sua melhor delimitação normativa.

3.2 LIMITES DO DIREITO À INFORMAÇÃO

Embora a liberdade de informar e de se comunicar seja premissa básica da formação de um Estado Democrático, “a informação, entendida instrumentalmente, passa, a partir do desenvolvimento das cidades e da expansão industrial, à categoria de mercadoria, com o comércio de notícias”¹¹⁸, o que mobilizou não só o mercado das grandes empresas jornalísticas, mas também dos meios de comunicação de massa ou redes sociais cibernéticas (*facebook, twitter, instagram, etc*).

Nesse contexto, um indivíduo ao efetuar o registro em uma rede social, disponibiliza informações pessoais, que poderão ser utilizadas pelo próprio servidor de aplicação ou por outras empresas, uma vez que isso é aceito, geralmente, através do *click agreement*, no qual o sujeito concorda com os termos de um contrato com um simples apertado do botão do *mouse*. Com essa atitude, a informação se pulverizou, estará submetida a um intercâmbio contínuo de dados entre empresas do ramo comunicacional ou consumerista.¹¹⁹

Os dados traduzem aspectos da personalidade e revelam comportamentos e preferências, permitindo até traçar um perfil psicológico dos indivíduos. Dessa maneira, podem-se detectar hábitos de consumo, que têm grande importância para a publicidade e comércio eletrônico. É possível, por meio dessas informações, produzir uma imagem total e pormenorizada da pessoa, que se poderia denominar de traços da personalidade, inclusive na esfera da intimidade.¹²⁰

Verifica-se que, atualmente, os dados pessoais dos usuários cibernéticos possuem conteúdo econômico, o que demanda proteção, não só na seara consumerista, mas também civil, haja vista a eminente possibilidade de desvio desses dados por terceiros e, sua posterior, utilização

¹¹⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 8.ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 544.

¹¹⁸ GÓIS, Veruska Sayonara de. Direito constitucional à informação: reflexões sobre garantias possíveis. **Revista Direito e Liberdade**. Ano 1, n.1. Mossoró: Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte, 2006, p. 575.

¹¹⁹ LIMBERGER, Têmis; SALDANHA, Jânia Maria Lopes; MORAES, Carla Andretta Sobré. Estado, cidadania e novas tecnologias: o comércio eletrônico e as alterações do Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 22, vol. 85, jan-fev/2013, p. 276.

¹²⁰ *Ibidem, loc.cit.*

e divulgação, o que poderia causar um desgaste à honra ou intromissão na esfera jurídica privada de uma pessoa, com a má utilização dessas informações.

A função da intimidade no âmbito informático não é apenas proteger a esfera privada da personalidade, garantindo que o indivíduo não seja incomodado devido à má utilização de seus dados. Pretende-se evitar, outrossim, que o cidadão seja transformado em números, tratado como se fosse uma mercadoria, sem a consideração de seus aspectos subjetivos, desconsiderando-se a sua intimidade.¹²¹

Essa superexploração de informações, súbita e inconscientemente, disponibilizadas pelos usuários, apesar de ser considerada lícita pelo sistema jurídico consumerista atual¹²², não está respaldado na Lei Fundamental, haja vista que o direito à informação não é absoluto, apresentando limitações, como direito à privacidade e sigilo das comunicações de dados.

Ademais, a insegurança na rede de computadores poderá acarretar em um desvio do tráfego das informações e má utilização delas por terceiros, também ocasionará um direito à reparação civil pelas empresas exploradoras dos dados, em razão destes estarem sob sua responsabilidade.

Como se pode observar, o direito à informação é difuso e poderá compor a esfera de qualquer pessoa, seja física ou jurídica, a qual terá a prerrogativa de utilizar as informações disponibilizadas por outra. No entanto, isso não poderá transgredir o direito à privacidade do sujeito ou o sigilo de suas comunicações, uma vez que estes são assegurados constitucionalmente, sendo também alçados aos direitos fundamentais do cidadão.

Em suma, o conflito normativo advindo dessa conjuntura deverá ser solucionado casuisticamente, sempre a depender dos aspectos fáticos que circundam o caso concreto, bem como partindo da premissa básica de que na rede de computadores a informação apresenta uma grande dispersão, sendo quase impossível a sua retirada do meio cibernético. Esse é um elemento diferenciador e essencial, que ressalta a importância do direito ao esquecimento dentro dessa realidade.

Dessa forma, é possível visualizar como dois dos mais importantes limitadores do direito à informação, o sigilo da comunicação de dados pessoais na internet e o direito à privacidade, que terá uma explicação pormenorizada em capítulo específico, em razão da sua robustez.

¹²¹ LIMBERGER, Têmis; SALDANHA, Jânia Maria Lopes; MORAES, Carla Andretta Sobré. Estado, cidadania e novas tecnologias: o comércio eletrônico e as alterações do Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 22, vol. 85, jan-fev/2013, p. 277.

¹²² O projeto de lei 281/2012 poderá modificar essa realidade, ao estabelecer maiores limites a utilização dos dados pessoais de usuários da internet, inclusive, prevendo pena privativa de liberdade para aquele que, de alguma forma, armazenar ou veicular informações ou identificadores pessoais. (*Ibidem*, p. 276.)

3.2.1 Sigilo

Primordialmente, em razão da sua importância para o desenvolvimento de uma democracia, necessário se fez a previsão de proteção do sigilo de correspondências, comunicações telegráficas, de dados e telefônicas (inciso XII, art. 5º, CF), o que impõe a delimitação desse direito fundamental.

Cumprindo encalamistrar, inicialmente, a diferenciação existente entre sigilo e segredo, sendo que o primeiro “pode ser entendido como sendo o meio instrumental pelo qual se protege o segredo, quanto à sua revelação”¹²³. Nesse sentido, o sigilo, conforme previsto na Carta Magna, apresenta uma abrangência limitada pelos objetos que protege, quais sejam: correspondência, comunicações telefônicas, de dados e telegráficas.

No que tange ao sigilo das comunicações de dados, verifica-se que este se aproxima ao direito fundamental a privacidade (art. 5º, X, CF), mas se distinguem em razão do objeto e conteúdo, conforme Tercio Sampaio Ferraz Junior. Para esse autor, as duas prerrogativas são direitos subjetivos fundamentais, por isso, apresentam uma estrutura básica, cujos elementos são sujeito, objeto e conteúdo¹²⁴.

Em relação ao direito à privacidade, o sujeito que será o titular do direito (segundo o art. 5º, *caput* da Constituição) será qualquer pessoa natural ou jurídica, brasileira, estrangeira, residente no Brasil. Já o objeto é a “integridade moral do indivíduo” e o conteúdo apresenta um caráter ativo, que se refere ao titular do direito, que poderá opor-se às violações das situações que apenas lhes dizem respeito, desejando mantê-las somente para si, bem como exigir que a sociedade respeite a sua vida privada e intimidade.¹²⁵

Diversamente, no que se refere ao direito à inviolabilidade das correspondências, das comunicações telegráficas, telefônicas e de dados, o objeto apresenta um caráter negativo para o titular do sujeito, tal como a liberdade de negar a comunicação da perspectiva ou propósito. Para além disso, ainda temos o conteúdo, que se diferencia do direito à privacidade, uma vez que se refere a faculdade de manter em sigilo uma informação privada ou de “interesse da

¹²³ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 301.

¹²⁴ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Sigilo de Dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do estado. **Direitos Humanos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. II, p. 1047.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 1047 *et seq.*

sociedade ou do Estado” transmitida pelas vias elencadas no inciso XII, do art. 5º da Lei Fundamental.¹²⁶

A inviolabilidade do sigilo, não sendo faculdade exclusiva da privacidade (é também da segurança da sociedade e do Estado), é *conditio sine qua non* (condição), mas não é *conditio per quam* (causa) do direito fundamental à privacidade. Ou seja, se não houver inviolabilidade do sigilo não há privacidade, mas se houver inviolabilidade do sigilo isto não significa que haja privacidade (pode haver outra coisa, como a segurança do Estado ou da sociedade). O direito à privacidade, em consequência, sendo um fundamento em si mesmo, permite dizer que a privacidade de um indivíduo só se limita pela privacidade de outro indivíduo (como a liberdade de um só encontra limite na do outro). O mesmo, porém, não vale para a inviolabilidade do sigilo, cuja a instrumentalidade remete a avaliação ponderada dos fins, à chamada *Abwägung* (sopesamento) da dogmática constitucional alemã (grabitz, 1976:95).¹²⁷

Destarte, verifica-se a singular diferença entre o direito à privacidade e a inviolabilidade do sigilo da comunicação de dados, que a despeito das semelhanças, não se confundem, ressaltando-se ainda a sua previsão em separado na Constituição da República. Por isso, considerando essa distinção, necessário a delimitação específica do sigilo de dados no ordenamento jurídico brasileiro.

3.2.1.1 Sigilo de dados na Constituição

A Constituição Federal ao prever o direito a inviolabilidade do sigilo de dados, não indicou, diretamente, o veículo comunicacional, perante o qual esses dados são transmitidos, podendo concluir que este será apontado por exclusão, uma vez que inserido ao lado de outros tipos de veículos no texto constitucional.

Da leitura da redação do inciso XII, art. 5º, extrai-se a proteção do devassamento das comunicações telefônicas, o que, por óbvio, remete as informações pessoais transmitidas por meio do telefone. Além disso, houve o asseguramento da inviolabilidade das comunicações telegráficas, que são aquelas propagadas através de telégrafos. Por fim, assegurou-se o sigilo de dados, os quais, por exclusão, são transmitidos por qualquer meio que não pelo telefone.¹²⁸

De certo, segundo Tercio Sampaio Ferraz Junior¹²⁹, a expressão “dados” descrita no texto constitucional não se refere as informações pessoais transmitidas, ao conteúdo da comunicação,

¹²⁶ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Sigilo de Dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do estado. **Direitos Humanos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. II, p. 1050 et seq.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 1052.

¹²⁸ SILVA NETO, Manoel Jorge. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 755-756.

¹²⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Op.cit*, vol. II, p. 1053.

mas, relaciona-se a “uma modalidade tecnológica de comunicação”, haja vista que a redação do inciso pode ser dividida em dois blocos, o primeiro seria a comunicação por correspondência e telegrafia e a outra seria a comunicação por dados e telefônica.

Com essa interpretação literal do dispositivo constitucional, esse autor sustenta que “o que fere a liberdade de omitir pensamento é, pois, entrar na comunicação alheia, fazendo com que o que devia ficar entre sujeitos que se comunicam privadamente passe ilegitimamente ao domínio de um terceiro”¹³⁰.

Esse posicionamento foi acompanhado pelo Superior Tribunal Federal¹³¹, que, ao interpretar o dispositivo em comento, claramente, entendeu que a proteção a inviolabilidade do sigilo de dados se referia a comunicação dos dados e não ao objeto da comunicação em si mesmo.¹³²

Certamente, haverá violação ao direito esboçado no dispositivo constitucional, quando um terceiro à interlocução captar de qualquer forma a comunicação transmitida por meio de um veículo comunicacional, que não seja o telefone, como pela *internet*, aplicativo de mensagens instantâneas, *e-mail*, dentre outros.

Vale ressaltar, que o constituinte, provavelmente, considerando a instantaneidade das comunicações telefônicas, as quais apenas podem ser receptadas por meio do grampeamento, o qual apenas poderá ser realizado por investigação criminal ou instrução processual penal, conforme ressalvado pela Constituição. No entanto, a Lei Fundamental não apresenta qualquer ressalva quanto ao sigilo das comunicações de dados nos demais meios comunicacionais, telegrafia ou correspondência, o que indica, nesses casos, a possibilidade de ter acesso, diante

¹³⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Sigilo de Dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do estado. **Direitos Humanos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. II, p. 1053.

¹³¹ EMENTA: I. Decisão judicial: fundamentação: alegação de omissão de análise de teses relevantes da Defesa: recurso extraordinário: descabimento. Além da falta do indispensável prequestionamento (Súmulas 282 e 356), não há violação dos art. 5º, LIV e LV, nem do art. 93, IX, da Constituição, que não exige o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas apresentadas pelas partes, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão; exige, apenas, que a decisão esteja motivada, e a sentença e o acórdão recorrido não descumpriram esse requisito (v.g., RE 140.370, 1ª T., 20.4.93, Pertence, DJ 21.5.93; AI 242.237 - AgR, 1ª T., 27.6.00, Pertence, DJ 22.9.00). II. Quebra de sigilo bancário: prejudicadas as alegações referentes ao decreto que a determinou, dado que a sentença e o acórdão não se referiram a qualquer prova resultante da quebra do sigilo bancário, tanto mais que, dado o deferimento parcial de mandado de segurança, houve a devolução da documentação respectiva. III. Decreto de busca e apreensão: validade. [...] 4. A proteção a que se refere o art.5º, XII, da Constituição, é da comunicação 'de dados' e não dos 'dados em si mesmos', ainda quando armazenados em computador. (cf. voto no MS 21.729, Pleno, 5.10.95, red. Néri da Silveira - RTJ 179/225, 270). V - Prescrição pela pena concretizada: declaração, de ofício, da prescrição da pretensão punitiva do fato quanto ao delito de frustração de direito assegurado por lei trabalhista (C. Penal, arts. 203; 107, IV; 109, VI; 110, § 2º e 114, II; e Súmula 497 do Supremo Tribunal).(RE 418416, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2006, DJ 19-12-2006 PP-00037 EMENT VOL-02261-06 PP-01233) (Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000092066&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 26 jul. 2017.)

¹³² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodvm, 2014, p.558.

do nítido interesse público para identificação dos interlocutores e do conteúdo das mensagens.¹³³

Diante da possibilidade de devassamento da comunicação de dados, percebe-se que o limite designado apresenta uma abertura significativa, o que dificultaria a delimitação do momento, no qual seria possível a recepção desses dados. Por conta disso, Tercio Sampaio Ferraz Junior destaca quando seria admissível a captura dessa comunicação de dados, que dependerá de qual o interesse está em colisão com o sigilo.

Nesse sentido, esse autor enfatiza que, no que se refere a intimidade, seria possível a exigibilidade dos dados, caso um indivíduo “se vê por eles ferido na sua própria intimidade, faz deles um limite de acesso à informação (art. 5º, XIV da CF)”¹³⁴. Ou seja, o sujeito não pode ser compelido a revelar informações íntimas transmitidas para outras pessoas, de forma reservada, a menos que elas violem a intimidade de um terceiro.

Ademais, esse autor ainda se refere a vida privada, sustentando que, como as informações privativas são, usualmente, aquelas utilizadas pelas pessoas para convivência em sociedade, não faria sentido gravá-las com o sigilo, por isso, apenas “são protegidos quando compõe relações de convivência privativas: a proteção é para elas e não para eles”¹³⁵. Em suma, serão protegidos pelo sigilo, as informações privadas que se referiram às relações de convivência, mas não somente os dados pessoais de identificação utilizados em sociedade, que, geralmente, são usados para iniciar aquele relacionamento.

Por último, a honra e a imagem. A privacidade, nesse caso, protege a informação de dados que envolvam avaliações (negativas) do comportamento que, publicadas, podem ferir o bom nome do sujeito, isto é, o modo como ele supõe e deseja ser visto pelos outros. Repita-se que o direito à privacidade protege a honra, o direito à inviolabilidade do sigilo de dados protege a comunicação referente a avaliações que um sujeito faz sobre o outro e que, por interferir em sua honra, comunica restritivamente, por razões de interesse pessoal. É o caso, por exemplo, de cadastros pessoais que contêm avaliações negativas sobre conduta (mau pagador, devedor impontual e relapso, etc). No tocante à imagem, para além do que ela significa de boa imagem, assimilando-se, nesse sentido, à honra, a proteção refere-se a dados que alguém fornece a alguém e não deseja ver explorada (comercialmente, por exemplo) por terceiros.¹³⁶

No que tange aos dados armazenados em dispositivo informático, Adalberto José Q. T. de Camargo¹³⁷ entende que eles “gozam de sigilo absoluto, com o que não podem ser coletados os

¹³³ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Sigilo de Dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do estado. **Direitos Humanos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. II, p. 1054.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 1055.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 1056.

¹³⁶ *Ibidem*, *loc.cit.*

¹³⁷ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 317.

elementos nele contidos, mesmo que haja para tanto um mandado judicial”. Com isso, esse autor sustenta, através de uma interpretação literal, que o inciso XII, do art. 5º, da Constituição da República, não ressalvou a captação de dados, bem como que os dados armazenados integram a esfera da intimidade.

No entanto, não se compartilha desse entendimento, haja vista que a Constituição Federal apenas estabeleceu a inviolabilidade dos dados em trânsito e não estocados em um dispositivo informático, o que remeteria ao legislador infraconstitucional a possibilidade de legislar sobre isso, inclusive, podendo limitar inviolabilidade dos dados estanques a análise de interesse público a ser realizada pelo Poder Judiciário.

O Superior Tribunal de Justiça¹³⁸ apresenta o mesmo entendimento, no sentido de que cabe ao Poder Judiciário decretar a interceptação de mensagens ou a colheita de mensagens armazenadas em dispositivo informático, ressaltando que quando não autorizado macula com o manto da ilegalidade a prova.

Portanto, verifica-se que a inviolabilidade das comunicações de dados não é absoluta, podendo sofrer limitações quando diante de determinados cenários e interesses em conflito, o que destaca, em certos casos, a garantia de acesso à informação contida na transmissão de dados.

¹³⁸ PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. ACESSO DE MENSAGENS DE TEXTO VIA WHATSAPP. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. ART. 5º, X E XII, DA CF. ART. 7º DA LEI N. 12.965/2014. NULIDADE. OCORRÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. RECURSO EM HABEAS CORPUS PROVIDO.

1. A Constituição Federal de 1988 prevê como garantias ao cidadão a inviolabilidade da intimidade, do sigilo de correspondência, dados e comunicações telefônicas, salvo ordem judicial.

2. A Lei n. 12.965/2014, conhecida como Marco Civil da Internet, em seu art. 7º, assegura aos usuários os direitos para o uso da internet no Brasil, entre eles, o da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, do sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, bem como de suas comunicações privadas armazenadas.

3. A quebra do sigilo do correio eletrônico somente pode ser decretada, elidindo a proteção ao direito, diante dos requisitos próprios de cautelaridade que a justifiquem idoneamente, desaguando em um quadro de imprescindibilidade da providência. (HC 315.220/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/09/2015, DJe 09/10/2015).

4. Com o avanço tecnológico, o aparelho celular deixou de ser apenas um instrumento de comunicação interpessoal. Hoje, é possível ter acesso a diversas funções, entre elas, a verificação de mensagens escritas ou audível, de correspondência eletrônica, e de outros aplicativos que possibilitam a comunicação por meio de troca de dados de forma similar à telefonia convencional.

5. Por se encontrar em situação similar às conversas mantidas por e-mail, cujo acesso é exigido prévia ordem judicial, a obtenção de conversas mantidas pelo programa whatsapp, sem a devida autorização judicial, revela-se ilegal.

6. Recurso em habeas corpus provido para declarar nula as provas obtidas no celular do recorrente sem autorização judicial, determinando que seja desentranhado, envelopado, lacrado e entregue ao denunciado do material decorrente da medida. (RHC 75.055/DF, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 21/03/2017, DJe 27/03/2017) (Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?composante=ATC&sequencial=70734234&num_registro=201602198887&data=20170327&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 26 jul. 2017)

Porém, a previsão de sigilo no ordenamento jurídico não se esgota com a previsão constitucional, mas resvala em outras legislações, notadamente, o Marco Civil da Internet.

3.2.1.2 Sigilo de dados no Marco Civil da Internet

O legislador na lei 12.965/2014¹³⁹, apelidada de Marco Civil da Internet, retomou no art. 7º a disposição constitucional de inviolabilidade das comunicações de dados¹⁴⁰, especificamente, aplicada a seara informática. Desse modo, resta inviolável o fluxo de comunicações pela internet, bem como comunicações privadas armazenadas em dispositivos informáticos, salvo por decisão judicial.

Nessa linha de intelecção, já nas disposições preliminares da referida lei, o legislador tratou de alçar como princípio da disciplina do uso da rede mundial de computadores, a proteção dos dados pessoais dos usuários (art. 3º, III, da lei 12.965/2014), o que ressalta a importância do sigilo de dados no cenário cibernético. Isso porque a grande interconexão entre aplicações na internet, atualmente, formando bancos de dados que revelam a personalidade e a vida dos usuários, que sequer tem conhecimento disso.

Considerando, justamente, essa possibilidade de desvelar o perfil dos usuários, sem seu conhecimento ou concordância expressa, a própria lei do marco civil da internet estabelece como objetivo a ser alcançado com a promulgação do seu texto, a “adesão a padrões tecnológicos abertos que permitam a comunicação, a acessibilidade e a interoperabilidade entre aplicações e bases de dados.”¹⁴¹

Essa abertura dos padrões tecnológicos permitirá uma maior transparência no modo como as empresas utilizam esses dados pessoais cedidos pelos usuários para utilizar uma aplicação, não só através das redes de comunicações, mas também no momento de iniciar a relação com o indivíduo.

¹³⁹ BRASIL. Lei 12.965/2014. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12965.htm>. Acesso em: 26 jul. 2017.

¹⁴⁰ “Temos para nós que dados são elementos informativos coletados num aparelhamento de informática, de forma a serem aptos a um imediato processamento, conhecimento ou comunicação. São os conhecidos computadores que armazenam informações por modems, para pronto e imediato conhecimento, como também fazem sua comunicação por e-mail ou outro sistema assemelhado.” (ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 316.)

¹⁴¹ BRASIL. Lei 12.965/2014. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12965.htm>. Acesso em: 26 jul. 2017.

Outrossim, o Marco Civil da Internet, em seu art. 7º, assegura aos internautas além do direito ao sigilo das suas comunicações privadas armazenadas e do fluxo das comunicações pela internet, demais direitos para utilização da rede mundial de computadores, tais como o não fornecimento de seus dados pessoais por servidores de conexão e aplicação, ressalvado as situações previstas em lei e o consentimento expresso. Isso não é tudo, o texto legal vai além e estabelece como direito dos usuários as informações claras e completas sobre o tratamento que é concedido aos dados pessoais, que apenas poderão ser utilizados para as finalidades, expressamente, designadas na lei: que justifiquem sua coleta, não sejam vedadas pela legislação, estejam especificadas nos contratos ou termos de uso de aplicações.

Com o fim da relação entre usuário e servidor de aplicação, de acesso ou conexão, este deverá excluir os dados pessoais dos seus bancos de dados, constituindo isso um direito do indivíduo.

Ao longo do Marco Civil da internet, depreende-se que o legislador submeteu o armazenamento dos dados pessoais e conteúdo das comunicações privadas à preservação da intimidade, honra, à imagem e à vida privada. No entanto, permitiu a disponibilização desses dados pessoais e registro de conexão e acesso às aplicações, com o intuito de identificação do sujeito ou terminal informático, apenas mediante ordem judicial, o que garante o sigilo dos dados, sendo que, posteriormente, a própria lei estabelece a forma como deve ser realizado (art. 10, §1º, da lei 12965/2014).

Em dispositivo destacado, o legislador tratou da disponibilização do conteúdo das comunicações privadas, os quais apenas poderão ser cedidos mediante autorização judicial e nas hipóteses em que a lei estabelecer, o que restringe ainda mais a possibilidade de acesso a esses dados comunicacionais, conforme assegurado mais restritamente pela Constituição.

Ademais, a lei em comento traz ainda uma regra de territorialidade específica para submeter os provedores responsáveis pela guarda dos dados pessoais ou comunicações privadas. Nesse caso, quando a coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros for realizada em território nacional, os provedores responsáveis deverão obedecer a legislação brasileira. Enfatiza-se ainda que a lei deverá ser observada mesmo para aquelas pessoas jurídicas sediadas em países estrangeiros, desde que oferte serviços no Brasil ou pelo menos um integrante do grupo econômico possua estabelecimento no território (art. 11, §2º, Lei 12.965/2014).

Com a finalidade de obrigar os provedores de conexão, de acesso e aplicação a respeitarem as disposições de disponibilização e proteção de dados pessoais e comunicações privadas, a lei estabeleceu sanções, sem prejuízo de outras na seara administrativa, penal e cível (art. 12).

Essa possibilidade de disponibilização dos dados pessoais e comunicações privadas, em razão da sua intrínseca relação com a privacidade, demanda um cuidado especial, que foi concedido pela legislação, restringindo ao máximo a sua disponibilização, pois apenas com a autorização judicial poderá ser disponibilizado. O Poder Judiciário, conforme o ordenamento jurídico, é regido pelo princípio da inércia, o que significa necessitar de uma provocação particular ou coletiva de cidadãos. Por conta disso e para resguardar o princípio da isonomia, o Marco civil da internet perfilhou requisitos para esse requerimento, que por sua robustez apresentará tópico específico.

Destarte, o sigilo de dados possui aspectos singulares no trato constitucional, representando um dos limites ao acesso à informação. Embora apresente essa característica, não pode ser tratado como absoluto diante do direito à informação, haja vista, que diante da análise do caso concreto e dos valores em conflito, poderá o Poder Judiciário, conforme previsto na Lei 12.965/2014, permitir o acesso aos dados pessoais e comunicações privadas, sempre respeitando o direito à privacidade inerente a qualquer cidadão.

4 DIREITO À PRIVACIDADE

Apesar da sociedade digital beneficiar o indivíduo dotado do poder da informação em detrimento daquele que possui os bens de produção¹⁴², o Direito não pode permitir que a prerrogativa de informar subjuga outra também protegida constitucionalmente, como a privacidade.

Destarte, o direito à informação a despeito de ser considerado como instrumento viabilizador do Estado Democrático de Direito não pode, simplesmente, ser arguido como argumento para vilipendiar a privacidade de uma pessoa, qualquer que seja o seu grau de exposição ao público, haja vista não ser prerrogativa absoluta, podendo, em uma análise casuística, ser relativizado e submeter a intimidade ou a proteção à vida privada.

Vale ressaltar, que na colisão entre direito à informação e à privacidade não há que se falar em predominância de um em face do outro em todos os casos concretos, pois, antes de verificar se há o conflito de normas, deve acontecer uma perquirição sobre a veracidade das informações e o interesse público em difundir o fato. Caso esses requisitos não estejam presentes, não haverá

¹⁴² PACK, Patricia. **Direito digital**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 35.

que se falar em embate normativo, tendo em vista que sequer o ato foi abarcado pelo manto jurídico do direito à informação.¹⁴³ Ou seja, “se inverídica, sequer se estabelece o conflito, eis que não se insere no âmbito do conteúdo material da liberdade de informação e expressão o de mentir, transmitir dados não verdadeiros ou falsear a verdade”.¹⁴⁴

Percebe-se que a colisão entre esses direitos e a prevalência da privacidade poderá ser parametrizada na legislação, mas esta nunca conceberá uma solução predefinida, cabendo à persecução judicial o dever de a partir do problema verificar a densidade jurídica das prerrogativas conflitantes.

Nesse sentido, com base na legislação pátria, caberá ao estado-juiz diante de uma colisão de direitos, inicialmente, analisar se aquele que está pleiteando o direito é um sujeito de direitos contemplado pelo ordenamento jurídico. Ou seja, nem toda pessoa é sujeito de direitos, devendo a legislação indicar os requisitos necessários a concessão de um manto jurídico para que ela possa exercer prerrogativas e contrair obrigações¹⁴⁵. Vale dizer, toda pessoa no sentido jurídico pode ser sujeito de direitos, sendo que as prerrogativas estarão contempladas na sua esfera jurídica, conforme as disposições legislativas ou principiológicas¹⁴⁶.

Ademais, o direito à privacidade de pessoa natural é distinto daquele que protege a sua intimidade, tendo em vista que este se refere a um âmbito jurídico demasiadamente reduzido, inclusive, protegendo o sujeito das injunções familiares, sendo, portanto, um direito que abarca a pessoa, bens e espaços, que se referem unicamente a ela, sozinha ou em convivência com outra pessoa¹⁴⁷.

Especificamente, quando analisamos a intimidade em face do rompimento do sigilo de dados na internet, que será salvaguardado pelo inciso XII, art. 5º da Constituição Cidadã¹⁴⁸ em detrimento do disposto no inciso X¹⁴⁹, visualiza-se, de forma mais clara essa distinção, por dois

¹⁴³ CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. **Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.110 *et seq.*

¹⁴⁴ *Ibidem*, p.110.

¹⁴⁵ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 162.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 164.

¹⁴⁷ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A proteção Constitucional da informação e o direito à crítica jornalística**. São Paulo: FTD, 1997, p. 91.

¹⁴⁸ BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 13 abr. 2017.

¹⁴⁹ BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 13 abr. 2017.

motivos simples, primeiramente, a Constituição os especificou em separado, segundo, porque os dados pessoais constituem-se em objetos da proteção específica e prevista no inciso¹⁵⁰.

A privacidade também se distingue dos outros direitos da personalidade, como imagem e honra, sendo a primeira uma prerrogativa do sujeito de manter certos fatos ou atos da vida reservados do conhecimento e curiosidade alheia, preservando o espaço domiciliar e familiar das invasões ou intromissões tangíveis ou intangíveis (como, invasão a dispositivo informático remotamente) realizadas por diversa pessoa¹⁵¹. Já a honra se refere a qualidades sociais esboçada pela pessoa, se consubstanciando na reputação, estima, renome, que se diferencia da imagem¹⁵², por ser esta uma qualidade que a caracteriza e a distingue fisicamente dos outros seres sociais.

Ultrapassada a diferenciação inicial, a doutrina contemporânea urge por um estudo da privacidade baseada nos dogmas civis-constitucionais, parametrizando não só essa prerrogativa, mas também os diferentes atributos da personalidade, ao princípio da dignidade da pessoa humana, de matriz constitucional.

A afirmação da cidadania e da dignidade da pessoa humana como princípios constitucionais (art. 1º, II e III), juntamente com a proclamação da igualdade e da liberdade, dão novo conteúdo aos direitos da personalidade, realçando a pessoa humana como ponto central da ordem jurídica brasileira.¹⁵³

Assim, a personalidade de um indivíduo deve ser considerada, em respeito à Constituição da República, ponto fulcral para a análise da autonomia privada nas relações jurídicas, não só daquelas decorrentes de direito público.¹⁵⁴ Por isso, a proteção dessa prerrogativa transcende o direito civil, perlustrando as esferas administrativa, penal e constitucional, que abarca as diretrizes paradigmáticas da sua aplicação¹⁵⁵.

Dessa forma, a privacidade em colisão com o direito à informação em um determinado caso concreto não pode ser visualizada e analisada apenas sob a ótica privatística. Ao revés, o intérprete deve compreender a tutela constitucional da personalidade, que é parametrizada pelo princípio da dignidade da pessoa humana alçado a fundamento da República, acrescido do art.

¹⁵⁰ CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. **Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.36.

¹⁵¹ SOUZA, Camila Maria Brito. **Privacidade e internet**. Recife: Nossa Livraria, 2005, p. 118.

¹⁵² *Ibidem, loc.cit.*

¹⁵³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB**. São Paulo: Atlas, 2015, v. 1, p. 139.

¹⁵⁴ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 54.

¹⁵⁵ AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 310.

5º, §2º, que prevê a cláusula de abertura de direitos e garantias fundamentais não expressos na Constituição¹⁵⁶.

Essa visão aquilata o direito à privacidade das pessoas naturais, que está gravada com as características gerais das prerrogativas da personalidade, como intransmissibilidade e irrenunciabilidade, o que remeteria a indisponibilidade, mas esta é mitigada, haja vista que o sujeito de direitos pode outorgar o seu exercício a outra pessoa, mas não pode dispor completamente, o que ressalta o caráter não absoluto desses direitos¹⁵⁷.

4.1 DO DIREITO À PRIVACIDADE DE PESSOAS CÉLEBRES

Apesar da pessoa física se expor, de maneira constante ao interesse público, essa qualidade não retira dela a proteção jurídica concebida infra e constitucionalmente à privacidade¹⁵⁸, tendo em vista que a Constituição da República não direcionou a quem estava sob o manto de proteção do art. 5º, inciso X¹⁵⁹, tratando de forma equânime os cidadãos, elencando os aspectos essenciais do direito genérico a privacidade: intimidade, a vida privada, a honra e imagem¹⁶⁰ e, por fim, fornecendo o suporte para a reparação civil em decorrência de sua violação.

O dispositivo constitucional norteia o ordenamento jurídico brasileiro quanto a proteção da privacidade, por isso, não poderia deixar de ser aplicado ao espaço cibernético, principalmente, quanto às informações e imagens, que se referem a vida íntima das pessoas célebres, uma vez que, elas estão mais expostas ao interesse do público, por isso, demandando a proteção à sua privacidade de forma mais específica por dispositivo infraconstitucional¹⁶¹, que ainda não foi editado ou através de uma análise mais acurada e casuística pelo julgador. Dessa forma, permanece a previsão constitucional sem regulamentação legal mais pormenorizada.

O Código Civil seria o espaço mais adequado a visitar de forma mais ampla a disciplina do direito à privacidade, inclusive, tecendo soluções para conflitos recorrentes, no espaço

¹⁵⁶ TEPEDINO, Gustavo. *Op.cit.*, 2008, p. 55 *et.seq.*

¹⁵⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB**. São Paulo: Atlas, 2015, v. 1, p. 142.

¹⁵⁸ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 146

¹⁵⁹ BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 28 fev. 2017.

¹⁶⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros. 2014, p. 208.

¹⁶¹ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 146.

cibernético ou fora dele, no entanto, se limitou, no art. 21¹⁶², a estabelecer a possibilidade do juiz, utilizando-se do livre convencimento motivado, adotar quaisquer providências, que assegurem à privacidade da vítima.

Falhou, portanto, o art. 21 do Código Civil ao declarar a tão solene quanto irreal inviolabilidade da vida privada. Melhor figura se ocupando das múltiplas manifestações da privacidade, dos fatores relevantes para a sua ponderação com outros interesses dignos de proteção, ou ainda dos instrumentos específicos a serem empregados na prevenção e solução dos conflitos mais frequentes nesse campo.¹⁶³

No mesmo caminho seguiu o legislador ao promulgar o Marco Civil da Internet (lei nº 12.965/2014)¹⁶⁴, limitando-se a estabelecer normas programáticas nos dispositivos iniciais, como a neutralidade da rede, a necessidade de preservar os registros de conexão, acesso à aplicação, comunicações privadas e dados pessoais, a não responsabilização dos provedores de conexão, aplicação quanto a danos provocados por terceiros e obliterando-se de também se ater, de maneira mais pormenorizada, a proteção da privacidade e a um dos aspectos, que é o direito ao esquecimento¹⁶⁵.

Frise-se, pessoa natural que é mais exposta ao interesse do público está abrangida pela proteção do direito à privacidade e intimidade, principalmente, pela ausência de limitação constitucional quanto a aplicação desses aspectos às esferas jurídicas dos cidadãos, conforme disposição do art. 5º, inciso X da Constituição da República¹⁶⁶. Assim, assevera Gustavo Tepedino “mesmo o homem público tem o sagrado direito de ser resguardada sua vida sentimental e sexual; a manter sigilo em relação a quem recebe ou frequenta”¹⁶⁷.

Nesse sentido, depreende-se que a despeito de não haver uma limitação, resta claro, que elas não apresentam, exatamente, a mesma abrangência de proteção que um indivíduo desconhecido, comum. Haverá, portanto, uma mitigação desses direitos quando diante de uma pessoa célebre, mas isso não significa que ela não possa se valer dessas prerrogativas, apenas o âmbito de incidência em relação a elas será reduzido em comparação com uma pessoa comum, sob pena de vilipendiarmos a Constituição e o princípio da isonomia¹⁶⁸.

¹⁶² BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 28 fev. 2017.

¹⁶³ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 144

¹⁶⁴ BRASIL. Lei 12.965/2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em 13 abr. 2017.

¹⁶⁵ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 172.

¹⁶⁶ BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 13 abr. 2017.

¹⁶⁷ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 599.

¹⁶⁸ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A proteção Constitucional da informação e o direito à crítica jornalística**. São Paulo: FTD, 1997, p. 92.

Com essa mesma percepção, Vidal Serrano traz uma ressalva importante, pois não é a pessoa célebre, que sofrerá mitigação da sua privacidade e intimidade, ao revés é a “posição social ocupada ou aspirada que determinam uma circunscrição maior de sua intimidade e de sua privacidade”¹⁶⁹. Perlustrando o entendimento do autor, percebe-se a semelhança entre as situações, as quais, possivelmente, a privacidade prevalece em detrimento da liberdade de informação, como pessoas com mandato político, as quais poderiam ser criticadas jornalisticamente, desde que se refira ao exercício do cargo ou fatos de relevância pública¹⁷⁰, o que sinaliza um limite a prerrogativa informativa.

Seguindo essa linha, poder-se-ia aplicar, comparativamente, esses limites da notícia jornalística a publicação informativa ou imagem veiculada na internet de indivíduo conhecido publicamente, uma vez que o primeiro meio apresenta, atualmente, o mesmo ou inferior alcance a sujeitos indeterminados e a mesma finalidade, que a veiculação de informação, bem como existe um compromisso jurídico do emissor com o respeito a privacidade do indivíduo noticiado.

Evidente, que os limites a publicação cibernética não poderão se resumir aos da imprensa, necessitando de outras ponderações e atitudes para proteger a privacidade, haja vista que a internet por ter sido concebida como uma rede distribuída de computadores, dificulta a retirada de conteúdo ou restrição do acesso.

A internet, em razão da interatividade, não é um meio de comunicação em massa como o rádio ou a TV, em que o conteúdo pode ser controlado mediante simples ordem à emissora dos sinais. Num ambiente em que todos podem se expressar – e postar vídeo em site é um modo de expressão – simultânea e anonimamente, obstar à manifestação de certo conteúdo é impossível.¹⁷¹

No entanto, isso não pode ser empecilho ao ordenamento jurídico a proteção da privacidade de um sujeito de direitos, haja vista que a Carta Magna repudia qualquer ato que afaste uma lesão à direito da apreciação do Poder Judiciário, conforme esboçado no art. 5º, XXXV¹⁷².

Nesse sentido, partindo do princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário e do direito à privacidade, que integra, indubitavelmente, a esfera jurídica de pessoa célebre, caberá a ela

¹⁶⁹ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A proteção Constitucional da informação e o direito à crítica jornalística**. São Paulo: FTD, 1997, p. 92.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 93.

¹⁷¹ COELHO, Fábio Ulhoa. Cicarelli: uma armadilha para o Poder Judiciário. **Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária**. Ano 55, nº 553. Rio Grande do Sul: Notadez, 2007, p. 96 *et seq.*

¹⁷² BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 28 fev. 2017.

submeter ao crivo do julgador a violação à privacidade, para análise sobre a densidade jurídica dos direitos em colisão.

Dessa forma, o intérprete deve visualizar a situação jurídica de forma global, embora não pode deixar de ter em mente que a despeito da maior exposição ao público, o seu direito à privacidade não está, absolutamente, afastado, em razão da disposição das normas constitucionais e infraconstitucionais, que deve ser parametrizada pelo princípio da isonomia, proporcionando uma aplicação específica e mitigada àquele sujeito de direitos.

4.1.1 Da exposição ao interesse do público

A pessoa célebre, pela posição social que ocupa, seja por mandato político ou profissão artística ou cibernética, se expõe, demasiadamente ao interesse do público, o que ocasiona uma mitigação, relevante, da sua privacidade.

Essa exposição ao público é ocasionada por diferentes razões e, por isso, demanda uma análise diferente em cada caso concreto em relação as consequências jurídicas do desrespeito à privacidade de cada indivíduo em contraste com o direito à informação. Essas razões são de ordem profissional, que pode ser artística, cultural, política, cibernética, mas também ocasionada, simplesmente, pela publicação de fotos ou vídeos na internet.

Nesse sentido, uma pessoa que exerça um cargo político possui uma profissão, que, por sua própria natureza (eleito como representante do povo para deliberar sobre as principais decisões administrativas e sociais), o expõe a curiosidade daqueles que o elegeram e são representados. Isso, inclusive, se manifesta como um direito dos eleitores, que foi consubstanciado na Lei da Transparência (Lei nº 12527)¹⁷³, haja vista que se subordinam a essa legislação todos as esferas públicas elencadas no parágrafo único, do art. 1º.

A lei da transparência se refere apenas a fatos da vida relativos ao exercício da profissão, por exemplo, a renda proveniente do exercício do cargo público (comumente, denominado de vencimentos). No entanto, em razão da atividade política, certos representantes do povo podem ter acesso a vantagens ilícitas, configurando o crime de corrupção passiva, que não deixa despertar o interesse público, pois, esse proveito resultou do exercício indevido do mandato.

¹⁷³ BRASIL. Lei nº 12.527/2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em 22 abr. 2017.

Nesse sentido, a informação sobre a prática de ato típico descrito no Código Penal, que se relaciona ao exercício do mandato político apresenta evidente interesse público, o que, no caso do ressurgimento desse informe nos meios de comunicação cibernéticos, por certo, o julgador deverá ter uma cautela maior no julgamento do conflito entre a tutela da privacidade e o direito à informação.

No entanto, a despeito de exercer um mandato político, que, invariavelmente, o coloca à disposição da curiosidade do povo, certos fatos da vida íntima e privada, que não se referem ao cargo público, não podem ser expostos a população em detrimento dos direitos de matriz constitucional, haja vista que o constituinte ao redigir a Constituição não fez qualquer ressalva no art. 5º, inciso X.

Outrossim, as pessoas que possuem a profissão com expressão artística ou cultural pela mesma razão do cargo político, apresentam uma exposição demasiada ao público, assumindo uma posição social, que proporciona um interesse do público, inclusive, sobre sua vida privada¹⁷⁴. Por conta disso, essa posição social ocupada pela pessoa célebre sofrerá uma mitigação em relação ao alcance da aplicação da privacidade, afinal, ela manifestou por legítima vontade se expor de maneira reiterada a uma multiplicidade de pessoas.

Especificamente, no caso das pessoas célebres, em razão do exercício da profissão artística ou cultural, resta ainda mais evidente a dificuldade de conceber uma resposta pré-definida, bem como de tecer um texto legislativo que solucione, de maneira abrangente e específica, a solução mais adequada a colisão existente entre o direito à privacidade e à informação. Isso, porque podemos ter um caso concreto, que mesmo diante de uma imagem retirada dentro do ambiente de trabalho e disponibilizada em sítio da internet poderá ocasionar um dano à honra, o que, provavelmente, arrefecerá o direito de informar.

Constata-se que a tendência é a de não se solucionar com celeridade os casos que seguem este padrão, podendo o princípio da intimidade prevalecer sobre o princípio da liberdade de expressão, dependendo sempre da situação fática, que deve ser apreciada levando em conta realidades da vida, sempre destacando-se a prevalência do respeito à dignidade da pessoa humana.¹⁷⁵

Atualmente, percebe-se um acréscimo de pessoas que buscam a internet como meio para alcançar o reconhecimento midiático ou apenas de um público com interesse específico. Com isso, utilizam-se das redes sociais e da sua característica intrínseca, que é interatividade para

¹⁷⁴ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A proteção Constitucional da informação e o direito à crítica jornalística**. São Paulo: FTD, 1997, p. 93.

¹⁷⁵ BÔAS, Regina Vera Villas; FERNANDES, Francis Ted. O direito fundamental à liberdade de expressão em face do direito fundamental à intimidade. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 60, out./dez. 2014, p. 78.

exibir a sua vida, seja privada ou íntima, como também apenas a sua imagem, por exemplo, através da publicação de vídeos de receitas ou críticas sobre filmes.

Em posição oposta, se encontra as pessoas que acompanham as publicações, imagens e vídeos postados nas redes sociais pelas outras, configurando um direito dos indivíduos, no caso de canais abertos, terem acesso as mídias publicadas, em respeito ao princípio da isonomia garantido constitucionalmente. No entanto, a despeito do exercício dessa prerrogativa, não haverá respaldo jurídico a sua invocação para mitigar a privacidade ultrapassando o limite da posição social ocupada pelo sujeito célebre. Ou seja, não poderá adentrar em um núcleo protegido por esse direito, que abrange fatos ou atos, exclusivamente, pertencentes a esfera jurídica da pessoa despida da eficácia expositiva.

Destarte, verifica-se que cada caso apresenta um grau de variação de exposição ao público e por diferentes razões, o que demanda a análise em concreto para alcançar a solução específica, que mais se compatibilize com as diretrizes do ordenamento jurídico, homenageando com esmero o atingimento do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III).

4.1.2 Direito à privacidade como corolário do princípio da dignidade da pessoa humana

O direito à vida privada entendido como espécie do gênero direito da personalidade deve ser compreendido, após a promulgação da Constituição da República vigente, através de uma análise, que compatibilize as diretrizes escolhidas para o Estado Democrático de Direito e os seus fundamentos. No entanto, o ideário de constitucionalização do direito civil não era o entendimento majoritário nas Constituições pretéritas.

Especificamente, no que tange ao início da formação do direito civil, existia uma subdivisão do direito objetivo, em público e privado, através da repartição das relações jurídicas, entre àquelas formadas entre estados ou estado e particular e entre particulares¹⁷⁶. Todavia, a partir do século XIX, com o advento do Estado social, passou-se a verificar um ente governamental mais atuante, inclusive, se imiscuindo nas relações particulares, isso foi o disparador para a doutrina

¹⁷⁶ WALD, Arnoldo. **Direito civil: introdução e parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 6.

começar a entender que essa dicotomia não mais correspondia a realidade, haja vista a existência de situações jurídicas com quesitos semelhantes¹⁷⁷.

A despeito da fagulha, que aconteceu no século XIX, a complexidade e a pluralidade de situações e relações jurídicas, bem como o fenômeno da constitucionalização do direito civil proporcionaram uma mudança revolucionária na interpretação das relações privatistas.¹⁷⁸

As Constituições modernas começaram a tecer diretrizes para as diversas relações, especificamente, no que tange a Constituição Federal vigente, percebe-se a enumeração de diversos princípios programáticos, que não podem ser entendidos como, meramente, políticos e nem como princípios gerais do direito, para serem aplicados apenas diante de uma lacuna jurídica pelo intérprete¹⁷⁹.

Destarte, não pode o aplicador do direito se negar a pôr em prática o instituto baseado no princípio de matriz constitucional, por não existir uma regra correspondente, pois “tal preconceito o faz refém do legislador ordinário, sem cuja a atuação não poderia reinterpretar e revisitar os institutos de direito privado, mesmo quando expressamente mencionados, tutelados e redimensionados”¹⁸⁰.

Os princípios constitucionais são, extremamente, importantes, para proporcionar ao intérprete uma adequação entre as normas jurídicas postas no Código Civil de 2002, que já nasceu retrogrado, com a realidade contemporânea, proporcionando além de uma maior legitimidade a regra, o dever jurídico de observar a Carta Magna vigente, pois em última análise se estará aplicando a Constituição àquele caso concreto.

Ademais, interpretar, sistematicamente, as normas civilistas de acordo com o ordenamento jurídico implica em viabilizar o princípio da segurança jurídica, provocando uma unicidade no sistema tão cara a pacificação social, haja vista que submeter-se a uma composição de normas e a aplicação pelo julgador, que não proporcione soluções contrárias ou dissonantes, mas, ao revés, uniformes, enseja a um sentimento social de confiança e respeito às disposições jurídicas.

Desse modo, a consequência fundamental desse fenômeno no direito civil foi a reunião da dicotomia, que existia, anteriormente, entre direito privado e público, submetendo institutos

¹⁷⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB**. São Paulo: Atlas, 2015, v. 1, p. 14.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 15.

¹⁷⁹ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.18 *et seq.*

¹⁸⁰ *Ibidem*, *loc.cit.*

tipicamente privados à previsão em nível constitucional e agrupando-os em volta do princípio da dignidade da pessoa humana¹⁸¹.

Frise-se a constitucionalização do direito civil visualizada pela doutrina contemporânea após a promulgação da Constituição Federal de 1988 alcança todos os institutos civilistas, de modo a redimensiona-los¹⁸² a luz dos princípios e normas jurídicas programáticas de matriz constitucional. Nesse contexto, se insere o direito à vida privada e à intimidade como faces do direito da personalidade, que além de apresentar arcabouço civilista, por previsão expressa do art. 5º, inciso X, da Constituição, se submete ao manto jurídico de proteção da Lei Fundamental. Esse novo momento de reflexão deriva, justamente, do amadurecimento do neoconstitucionalismo, que pressupôs uma teoria da constituição substancialista, que possibilitou a compreensão das múltiplas dimensões do Direito (normativa, fática e valorativa) e permitiu uma evolução das posturas positivistas, concebendo ao Diploma Maior um poder valorativo capaz de se espalhar entre todos os ramos do ordenamento jurídico.¹⁸³

Por conta desse quadro, parte da doutrina sustenta a necessidade da construção de um novo entendimento sobre os direitos da personalidade, abarcando todos os seus consectários, de modo a reconstruir o seu conceito e a aplicar prestigiando a vida digna da pessoa humana, o que remete a uma intelecção do caso concreto mais voltado ao respeito a integridade psíquica e física do indivíduo¹⁸⁴.

Para além das conexões já referidas (especialmente no concernente a liberdade pessoal e seus desdobramentos) – situa-se o reconhecimento e proteção da identidade pessoal (no sentido de autonomia e integridade psíquica e intelectual), concretizando-se – entre outras dimensões – no respeito pela privacidade, intimidade, honra, imagem, assim como o direito ao nome, todas as dimensões umbilicalmente vinculadas à dignidade de da pessoa, tudo a revelar a já indiciada conexão da dignidade, não apenas com um direito geral ao livre desenvolvimento da personalidade, mas também com os direitos de personalidade em geral.¹⁸⁵

Decerto, para a doutrina pós-positivista, o princípio da dignidade da pessoa humana, dentre aqueles que alçaram status constitucional na Lei Fundamental vigente merece destaque, haja vista, se tornar, cada vez mais evidente, que “o fundamento último e a própria *ratio essendi* de um direito justo não é outro senão o próprio homem, considerado em sua dignidade substancial

¹⁸¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB**. São Paulo: Atlas, 2015, v. 1, p. 15.

¹⁸² *Ibidem*, *loc.cit.*

¹⁸³ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 121 *et seq.*

¹⁸⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Op.cit.*, 2015, v.1, p. 128 *et. seq.*

¹⁸⁵ SCARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 79.

de pessoa, como um ser que encerra um fim em si mesmo, cujo valor ético intrínseco impede qualquer forma de degradação”¹⁸⁶. Isso permite ao jurista uma compreensão e uma percepção de que “seres humanos não têm preço nem podem ser substituídos, pois eles são dotados de um valor intrínseco absoluto, ao qual se dá o nome de dignidade”¹⁸⁷.

Por isso, esse princípio deve ser tratado como “valor-fonte” de todos os outros direitos existentes no ordenamento jurídico (cada um com uma intensidade diferenciada de vinculação¹⁸⁸). Além disso, deve ser compreendido não como um valor absoluto e hermético, ao revés deve ser tratado em sua dimensão histórico-cultural¹⁸⁹, o que, por conseguinte, viabilizará que os demais consectários sejam oxigenados pelas mudanças culturais da sociedade, mas sem transgredir os limites impostos pelo primeiro. Assim, se a partir da dignidade surge demais direitos subjetivos, a sua proteção e promoção, seja pela constatação como direito fundamental específico e implícito na Constituição, implica, em razão da dimensão intersubjetiva daquele princípio, o reconhecimento de um dever geral de respeito¹⁹⁰.

Essa compreensão remete os consectários da personalidade análise da autonomia privada, em razão da sua principal característica de relativa indisponibilidade, o indivíduo poderá dispor do direito à vida privada e a intimidade até o limite da sua dignidade (nesse momento, considerada como mínimo existencial).

Nesse sentido, caberá sempre uma análise do caso concreto para verificar em que medida a autonomia privada poderá ser utilizada pelo indivíduo, pois, caso ela interfira de forma a inviabilizar ou embaraçar o exercício da vida privada ou da intimidade, atingindo a dignidade da pessoa humana poderá ser obstaculizada. Ou seja, a autonomia privada também não é um princípio fundamental absoluto, mas está delimitado pela “ordem pública e pelos princípios da justiça contratual e boa-fé”¹⁹¹. Essa colisão ressalta a importância do princípio da dignidade para nortear a resolução do caso concreto, de modo a dirigir o intérprete a melhor solução.¹⁹²

¹⁸⁶ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 128.

¹⁸⁷ BARROSO, Luis Roberto. “Aqui, lá e em todo lugar”: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 101, vol. 919, maio de 2012, p. 160.

¹⁸⁸ SCARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 79.

¹⁸⁹ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129-130.

¹⁹⁰ SCARLET, Ingo Wolfgang. *Op.cit.*, 2004, p. 114.

¹⁹¹ AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 200.

¹⁹² BARROSO, Luis Roberto. “Aqui, lá e em todo lugar”: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 101, vol. 919, maio de 2012, p. 156.

Ademais, o Direito não poderia à mercê de tutelar a autonomia privada chancelar quaisquer atos, que resultem violações a prerrogativa elevada a fundamento da República Federativa do Brasil¹⁹³. Por isso, mesmo diante de uma relação jurídica obrigacional, na qual uma pessoa permite a exposição de sua imagem na imprensa e meios televisivos, isso não concede a prerrogativa de um cidadão adentrar na sua residência e coletar fotos para postar na rede mundial de computadores, haja vista que partindo da autonomia não se verifica qualquer implicação jurídica do direito de informar, nesse caso concreto.

Dessa forma, visualiza-se uma necessidade do intérprete diante de uma situação fática analisar e abalzar o direito à privacidade e a intimidade de acordo com os princípios insculpidos na Constituição da República, principalmente, a dignidade da pessoa humana, para, primeiramente, contribuir com um ordenamento jurídico uno e sistematizado, depois respeitar as diretrizes constitucionais estabelecidas, homenageando a constitucionalização do direito civil.

4.2 ASPECTO DO DIREITO À PRIVACIDADE: DIREITO AO ESQUECIMENTO

Da mesma forma, que o direito à vida privada é atributo da personalidade do indivíduo, o direito ao esquecimento também está contido nessa esfera jurídica¹⁹⁴, contemplando a prerrogativa de ter certos fatos da vida pretéritos inacessíveis, escondidos ou camuflados do conhecimento de um indeterminado número de pessoas, em decorrência de causarem danos psicológicos, à honra ou imagem.

Em linhas gerais, o direito ao esquecimento não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou de reescrever a história – ainda que seja a própria história. Em verdade, trata-se da possibilidade reconhecida a todas as pessoas de restringir o uso de fatos pretéritos ligados a si, mais especificamente no que tange ao modo e à finalidade com que são lembrados esses fatos passados.¹⁹⁵

Não há nada de absurdo pugnar pelo direito ao esquecimento, ao revés se trata de uma prerrogativa legítima diante da revisitação de certos fatos da vida, que ofendam a integridade psíquica do interessado, trazendo, inclusive, uma dificuldade de lidar com aspectos presentes, como profissão, família, rede de amigos ou pior, maculando à honra ou imagem.

¹⁹³ BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 25 abr. 2017.

¹⁹⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB**. São Paulo: Atlas, v. 1, p. 154.

¹⁹⁵ *Ibidem*, loc.cit.

Assim como outros direitos previstos no ordenamento jurídico, o esquecimento não é uma prerrogativa absoluta, que poderia ser exercida em detrimento de qualquer outro, quando diante de um conflito. A colisão entre o direito em tela e aquele que assegura a difusão da informação é factível e evidente, tendo em vista que o primeiro assegura a possibilidade, dentre outras, de retirada ou ocultação de certa questão nos meios de comunicação, contrariando, frontalmente, objeto protegido pelo segundo.

Especificamente, no que tange ao direito coletivo à informação¹⁹⁶ poder ser exercido por quem quer que seja na internet e, em razão, da verdadeira euforia social em relação a vida íntima de pessoas com sucesso midiático e profissional, a sua privacidade não pode restar, definitiva e completamente, reduzida, pois, assim como qualquer cidadão brasileiro, estão abrangidas pelo manto de aplicabilidade da Constituição Federal e, mais do que isso, merecem ter certos fatos da vida íntima e pessoal, antigamente, anunciados por noticiários jornalísticos esquecidos ou, ao menos, escondidos dos curiosos.

Ademais, os fatos informados nos meios de comunicação de massa ou disponibilizados em sites de busca, diferentemente, dos meios clássicos de transmissão social da informação, não perecem com o decorrer do tempo, conservam-se, de forma duradoura e distribuída na rede. Isso impacta sobremaneira sobre a vida das pessoas, tendo em vista que um fato antigo pode retornar ao interesse do público, em razão de uma simples difusão de informação, da mesma forma que qualquer notícia atual.¹⁹⁷

Por conta disso, cumpre relembrar, que o princípio da dignidade está, ainda que não exclusivamente, repousado na liberdade, que “o ser humano possui de, ao menos, potencialmente, formatar a sua própria existência e ser, portanto, sujeito de direitos”¹⁹⁸, verifica-se uma ligação forte entre ambos, o que atrai a conclusão de que ele consagra direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade¹⁹⁹.

Diante dessa perspectiva, não se pode conceber uma possível eternização da lembrança ou vedação ao esquecimento ou impossibilidade de evolução, modificação, transformação da personalidade e das escolhas de vida, com novas projeções existenciais, haja vista, que, assim, estaríamos não reconhecendo eficácia ao princípio.

¹⁹⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros. 2014, p. 262.

¹⁹⁷ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 172.

¹⁹⁸ SCARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 85.

¹⁹⁹ SCARLET, Ingo Wolfgang. *Ibidem*, p. 86.

Ou seja, assim como a autonomia pessoal é baseada em uma escolha e concretiza, em alguma medida, a dignidade, esquecer determinada escolha pretérita também compõe aspecto desse princípio, sendo a escolha e o direito de esquecê-la duas faces de uma mesma moeda.

Nesse sentido, da mesma forma, que deve ser garantido que o indivíduo tenha direito de informar e de ser informado sobre fatos pretéritos, deve o Direito, compatibilizar isso com a privacidade, de maneira a obstaculizar que pessoas célebres sejam massacradas, eternamente, com um fato antigo de sua vida, que apesar de ter sido de domínio público antes, não mais se compatibiliza com a sua vida atual²⁰⁰, podendo causar, inclusive, dano à honra.

O dano à honra da pessoa célebre se justifica diante da difusão de imagem e/ou informação, que afete de forma fulcral a sua vida íntima, o seu trabalho ou atributo de sua personalidade, como sua à imagem, remetendo ao interesse do público fato pretérito. Vale ressaltar, inclusive, que o dano à honra pode ser considerado como critério ao arbitramento de dano moral, tendo em vista que a honra é aspecto da personalidade, que merece proteção do instituto da responsabilização civil²⁰¹.

Dessa forma, o desenvolvimento célere da internet e o acréscimo extraordinário de distribuição de dados, não permitiu um amadurecimento social para a sua utilização responsável, de forma a assegurar a integridade das pessoas, que podem ser vítimas de uso indevido da rede por outrem.

Para além disso, especificamente, no que tange as pessoas, que estão mais propensas ao interesse do público, em razão do sucesso profissional ou midiático, podem estar mais suscetíveis a sofrer de forma mais intensa a violação à honra. Por isso, merecem mais proteção do sistema jurídico, desde que respeitadas²⁰².

Como se destacou no tocante ao direito à imagem, o fato de certa pessoa ser célebre – equivocadamente chamada de “pessoa pública” – não pode servir de argumento a legitimar invasões à sua privacidade, aí abrangidos não apenas o espaço doméstico de desenvolvimento da sua intimidade, mas também os mais variados aspectos do seu cotidiano.²⁰³

Dessa forma, apesar da internet ter a finalidade de disponibilização e compartilhamento de informações, o Direito não pode arrefecer um dano à honra em decorrência de uma publicação, que trouxe à atualidade uma informação antiga, que viola à honra ou imagem de uma pessoa, por mais que esse fato tenha sido notícia jornalística, uma vez que ao agente infrator não é dado

²⁰⁰ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 172.

²⁰¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, p. 112.

²⁰² SCHREIBER, Anderson. *Op cit.*, 2014, p. 146.

²⁰³ *Ibidem, loc.cit.*

a prerrogativa de utilizando o direito coletivo de informação, aproveitar-se de publicação com a finalidade de ferir a honra de pessoa célebre.

Nesse sentido, não será possível uma análise ou uma solução apriorística para todos os casos, como através de uma lei, sendo necessário, ao revés, uma interpretação do problema e do conflito para ser verificado, qual direito possui maior densidade jurídica naquela situação específica. Por isso, é preciso verificar no caso concreto se houve violação à honra ou a qualquer outro direito da personalidade para formar um entendimento orquestrado para solucionar aquele caso específico²⁰⁴, sempre a partir e baseado em diretrizes constitucionais.

4.2.1 Premissas constitucionais

A Carta Cidadã de 1988, assim como a Constituição Portuguesa de 1976²⁰⁵, é caracterizada pela rigidez, o que reforça o seu caráter obrigatório e supremo, servindo de fundamento para as demais regras esculpidas no sistema, devendo estas se conformarem àquela, em razão de decorrerem da promulgação realizada pelo Poder Constituinte Originário²⁰⁶. Mais não é só, todas as normas constitucionais, justamente, em decorrência dessa característica, são obrigatórias, passíveis de produzirem efeitos jurídicos.

Ser fundamento de validade de regras infraconstitucionais não é característica exclusiva da Constituição atual, mas advém da clássica teoria de Kelsen, na qual pontua a graduação de normas jurídicas que compõe o ordenamento de um país, destacando no ponto mais elevado as regras e princípios constitucionais.

Nesse contexto, o direito ao esquecimento começa a surgir, mesmo incipiente, com a promulgação da Lei Fundamental brasileira em 1988, principalmente, em decorrência desta lançar seu manto jurídico protetor, de forma expressa, sobre os atributos do direito da personalidade, constando no art. 5º, inciso X, a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra, imagem das pessoas. Acrescente-se que o artigo não deixa margem a dúvida sobre a desenvolvimento da constitucionalização do direito civil, pois ainda assegura, ao final, o dano moral ou material decorrente da sua violação.

²⁰⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB**. São Paulo: Atlas, 2015, v. 1, p. 154.

²⁰⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 7. ed., p. 1059.

²⁰⁶ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 39.

Segundo Anderson Schreiber, a prerrogativa de ser esquecido advém do direito à privacidade protegido infra e constitucionalmente²⁰⁷, de forma mais ampla e Cristiano Chaves de Farias o reconhece como atributo da personalidade²⁰⁸. No entanto, essas divergências são meramente teóricas, não afetando o entendimento doutrinário sobre o tema, haja vista que ambas perspectivas redundam em uma mesma premissa, que é a personalidade da pessoa humana.

Dessa forma, o direito ao esquecimento advém da proteção aos direitos da personalidade outorgada na Constituição, especificamente, no art. 5º, inciso X. Por isso, é uma prerrogativa tutelável pelo ordenamento jurídico, não devendo ser desprezada pelo intérprete, mesmo que não haja a sua elevação expressa ao texto constitucional ou legal, principalmente, em razão da cláusula geral de abertura material dos direitos fundamentais, previsto no §2º, art. 5º.

Nesse sentido, a Carta Magna prestigiou a proteção de garantias decorrentes de outros direitos nela previstos, através da previsão de uma cláusula de abertura (art. 5º, §2º). No entanto, essa dicção não atesta a essencialidade para qualquer direito, podendo-se “considerar como direitos extraconstitucionais materialmente fundamentais os direitos equiparáveis pelo seu objeto e importância aos diversos tipos formalmente fundamentais”²⁰⁹.

Isso é de extrema relevância para toda a sociedade, haja vista que poder-se-ia conceber, baseado no texto constitucional, direitos fundamentais implícitos gestados por outros explícitos²¹⁰. Apesar de não haver um entendimento pacificado na doutrina quanto a isso, colhe-se posicionamentos doutrinários muito contundentes, como de J. J. Gomes Canotilho.

Elevar a matriz constitucional um direito material fundamental demanda a presença de certos requisitos, no que tange ao seu conteúdo essencial: a manutenção “estruturas básicas do Estado” e de uma convivência harmônica e digna em uma sociedade, reconduzindo-os ao fundamento principal da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III)²¹¹. Essa perspectiva é necessária para não recair na prejudicial banalização dos direitos fundamentais e do princípio da dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, a despeito do direito ao esquecimento advir de norma jurídica constitucional, não há que se falar em fundamentabilidade material dessa prerrogativa, tendo em vista que não

²⁰⁷ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 172.

²⁰⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB**. São Paulo: Atlas, 2015, v. 1, p. 154.

²⁰⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 7. ed., p. 404.

²¹⁰ *Ibidem.*, loc.cit..

²¹¹ *Ibidem.*, p.516.

constitui o arcabouço jurídico da pessoa e vida humana, não apresentando, portanto, o conjunto de efeitos decorrentes da elevação de um direito ao status fundamental.

Frise-se o princípio da dignidade da pessoa humana é parâmetro essencial para conceber qualquer direito materialmente fundamental, não sendo qualquer direito que decorre de outros expressos na Carta Magna contempláveis com essa característica, é o que acontece com a prerrogativa de ser esquecido, uma vez que não se trata de direito que viabiliza a vida digna em sociedade, como o é a vida privada ou intimidade.

A prerrogativa de ser esquecido é menos abrangente, que os demais direitos da personalidade dos quais decorre, não se concebendo a sua fundamentabilidade à manutenção da convivência em sociedade ou de estrutura basilar do Estado, não há conformação entre o conteúdo jurídico desse direito aos requisitos essenciais para a formação de um direito fundamental. Mais não só, a sua ocorrência no mundo jurídico é pontual e específica, quando há o ressurgimento de fatos vexaminosos de uma pessoa, o que não se verifica, cotidianamente, por isso, não demanda uma proteção estendida a todos os cidadãos, indistintamente.

Diferentemente, Américo Bedê Júnior sustenta a desnecessidade de conceber um núcleo essencial delimitado dos direitos fundamentais, tendo em vista a necessidade de partir do problema para verificar se aquele determinado direito apresenta a qualidade de fundamental naquele caso concreto, através da utilização da retórica, com argumentos jurídicos satisfatórios, que analisem a situação como um todo e suas implicações, para se alcançar uma solução adequada e a conclusão sobre a fundamentabilidade de determinado direito²¹².

No entanto, a despeito dessa exclusão do rol de direitos fundamentais, o direito ao esquecimento não pode ser menosprezado do ordenamento jurídico, sendo salutar a sua proteção para àqueles, que tiveram o ressurgimento de um fato da vida vexatório e, por conta disso, se submetem a um constrangimento, que pode afetar, inclusive, a sua forma de conviver no presente com outras pessoas, ocasionando um sofrimento psíquico demasiado, o que, por certo, demanda um olhar mais sensível do intérprete para essa situação.

Vale ressaltar que, o Conselho Federal abarcou a proteção do direito ao esquecimento à tutela da dignidade da pessoa humana através do Enunciado 531 da VI Jornada do Direito Civil²¹³, objetivando “remediar qualquer dano provocado pelas novas tecnologias que propagam a

²¹² BEDÊ JÚNIOR, Américo. **A retórica do direito fundamental à privacidade: a validade da prova obtida mediante filmagens nos ambientes público e privado**. Salvador: JusPodvm, 2015, p. 62 *et seq.*

²¹³ BRASIL. Conselho de Justiça Federal. Enunciado 531. **VI Jornada do Direito Civil**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>>. Acesso em: 02 ago. 2017

informação, a fim de garantir à pessoa o direito de ressocialização sem qualquer estigma com fatos passados”²¹⁴.

Dessa forma, colhe-se, claramente, que aplicar o direito ao esquecimento é imprescindível em certos casos concretos, principalmente, quando há um abalo psicológico da vítima, que sofreu o dano em decorrência da publicação lançada na rede mundial de computadores. Por consequência, o intérprete deve ter em mente, que a internet é um veículo de comunicação caracterizado pela perenidade das informações, o que demanda uma proteção mais específica e sensível, além disso, a tutela da pessoa humana alerta para uma compreensão mais alargada de aplicação e proteção.

Certamente, partindo dessa premissa constitucional e verificando o seu status de direito infraconstitucional, não alçado a direito fundamental, deve-se analisa-lo a luz das legislações e do princípio da dignidade da pessoa humana, para enquadrá-lo no sistema jurídico brasileiro, tornando-o passível de ser pleiteado perante o Poder Judiciário.

4.2.2 Lei do Marco Civil da Internet após as mudanças do Projeto de Lei 2712/2015

Em decorrência da interatividade, do acréscimo dos meios de comunicação e da proliferação de conhecimento, atualmente, verificou-se um aumento das formas de controle social de pessoas sobre as outras, “de exposição indesejada, de discriminação e de restrição à liberdade individual”²¹⁵. Isso acentua a perenidade das informações localizadas na rede mundial de computadores, comprometendo, vertiginosamente, a privacidade e intimidade das pessoas humanas, o que, invariavelmente, contribui para a proliferação de situações vexatórias pretéritas no presente.

Diante desse contexto, a Lei nº 12.695/2014 não fez qualquer referência expressa a proteção do direito ao esquecimento, deixando de possibilitar, ao menos, a criação de um parâmetro com requisitos mínimos para direcionar o intérprete, no momento de aplicação do instituto jurídico. Isso ocasiona uma certa insegurança jurídica, o que se verifica, cotidianamente, com decisões

²¹⁴ PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 491.

²¹⁵ MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Marco jurídico para a cidadania digital: uma análise do projeto de Lei 5.276/2016. **Revista de Direito Contemporâneo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 9, ano 3, out.-dez. 2016, p. 37.

contraditórias, aplicando ou não o instituto, sem analisar a presença dos requisitos para a sua aplicação.

Outrossim, a despeito da Lei nº 12.695/2014 estabelecer como princípio da disciplina do uso da internet a neutralidade de rede (art.3º, IV, Lei nº12.695/2014), aplicando o princípio da isonomia aos pacotes de dados que trafegam na internet, que, por isso, não poderão ser obstados por qualquer provedor de internet ou de aplicação (art. 9º, Lei nº 12.695/2014), isso não inviabiliza, por certo, a aplicação do direito ao esquecimento em um caso concreto. Isso porque existe uma solução que compatibiliza a não-discriminação dos pacotes e essa prerrogativa de ser esquecido, uma vez que a desindexação de palavras chave não retira ou impede a circulação de determinada informação, mas “esconde” nos sites de busca a publicação através da separação entre certas palavras e os registros, de forma que a primeira não levaria a segunda²¹⁶.

Embora existam alguns projetos de lei²¹⁷, que objetivam regulamentar a utilização da internet, de modo a assegurar o uso responsável e consciente, um deles se destaca, o PL 2712/2015²¹⁸, exatamente, por abordar o direito ao esquecimento, modificando a Lei nº 12.965/2014, sendo de autoria do Deputado Jefferson Campos.

Esse projeto simboliza o começo de uma preocupação do Poder Legislativo brasileiro em conceder aos cidadãos a possibilidade de ter certos fatos da vida, que ganharam repercussão midiática em determinado período de tempo, desindexados de certas palavras chave utilizadas em sites de busca, uma vez que não apresentam mais interesse público e nem representam fatos históricos²¹⁹. Partindo dessa premissa, o Deputado, através do projeto, busca adicionar o inciso XIV ao art. 7º da Lei 12.965/2014.

Seguindo a tendência mundial²²⁰, o Deputado tenta viabilizar a inserção normativa do direito ao esquecimento na forma expressa e garantir maior segurança jurídica a sua aplicação pelas Cortes brasileiras. No entanto, essa tentativa ainda é insipiente e a redação do inciso não

²¹⁶ PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 493.

²¹⁷ É possível encontrar diversos projetos de lei no site da Câmara dos Deputados, que sugerem a novas disciplinas do uso da internet, tais como: PL 4099/2012, que propõe a possibilidade de transmissão causa mortis de conteúdos disponibilizados na internet pelo de cujus; PL 1070/1995, que preconiza a criação de crimes para punir agentes que divulgam material pornográfico na internet, portanto, mitigando a livre utilização da internet; PL 6989/2017 propõe a regulamentação da retirada de conteúdos que instiguem o suicídio na internet; PL 5555/2013 sugere mecanismos para obstaculizar atos ofensivos à mulher; PL 4764/2009 apresenta a possibilidade do usuário cibernético enviar iniciativa popular de lei para o Congresso, viabilizando a assinatura digital, dentre outros.

²¹⁸ BRASIL. Projeto de Lei 2712/2015. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1374249&filename=PL+2712/2015>. Acesso em: 01 mar. 2017.

²¹⁹ PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 493.

²²⁰ BRASIL. Projeto de Lei 2712/2015. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1374249&filename=PL+2712/2015>. Acesso em: 01 mar. 2017

colabora com a solução mais adequada, que deve compatibilizar o direito coletivo à informação²²¹ e à privacidade, no aspecto do direito ao esquecimento²²², pois, indica a “remoção”²²³ como um direito do usuário da rede mundial de computadores, sem atentar que isso é impossível, dado a pulverização das informações na internet, possibilitando, logo após a retirada, que esta retorne por outro meio ou seja inserida por outro agente, bem como que isso não pode ser pré-determinado, deve haver uma previsão de análise no caso concreto da presença ou não dos requisitos.

Ademais, a retirada poderá ocasionar um efeito indesejado a vítima, que é multiplicar os acessos à informação em outros endereços eletrônicos ou utilizar outras palavras chave para alcançar o objetivo. Esse efeito multiplicador da lesão ocorre, principalmente, após a vítima adentrar com ações judiciais com pedidos de remoção, nos quais a retirada de informação e/ou imagem de um site ocasionava uma consequência adversa, que era o acréscimo significativo de acessos à informação por outros meios cibernéticos, sendo, posteriormente, apelidado de efeito Barbra Streisand.²²⁴

Nesse sentido, não poderia o Projeto de Lei se resumir a tentativa de inclusão apenas de um dispositivo sobre a regra e com uma redação tão dúbia e lacunosa, pois, apesar de tecer alguns requisitos, na parte final do dispositivo, o que, definitivamente, é positivo para possibilitar a aplicação do direito ao esquecimento ao caso concreto, verifica-se que não há qualquer menção a quem deve ser direcionado o pedido, está obrigado a efetuar a remoção das informações ou se pode ser requerido por via administrativa-privada ou judicial. Vale ressaltar, que nas justificativas do projeto de lei 2712/2015 há referência da abrangência do que seria interesse público atual, no entanto, isso escapou a redação do dispositivo, tornando-o por demais genérico.

Na primeira delas, exige-se que a informação a ser removida da internet não desperte interesse público atual. Em termos práticos, isso significa que o direito de esquecimento só se aplica a fatos que não tenham relevância social para a coletividade, seja em razão do conteúdo da informação em si (por exemplo, fatos corriqueiros envolvendo pessoas sem projeção pública), seja pela perda da importância da matéria em função do transcorrer do tempo (por exemplo, fatos de grande repercussão pública

²²¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros. 2014, p. 262.

²²² SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 172.

²²³ BRASIL. Projeto de Lei 2712/2015. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1374249&filename=PL+2712/2015>. Acesso em: 01 mar. 2017.

²²⁴ BRAGA REIS, Rosana Taynara; RODRIGUES DA COSTA, Rafael. **Efeito Streisand e WikiLeaks: estudo de um caso concreto sobre como um fenômeno típico da web 2.0 pode ajudar a alavancar ou a minar a divulgação de informações**. Disponível em: <http://www.abciber.org.br/simposio2013/anais/pdf/Eixo_7_Re-des_Sociais_na_Internet_e_Sociabilidade_online/26047arq04310091393.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2017.

no período em que aconteceram ou foram revelados, mas cuja importância social dissipou-se ao longo do tempo).²²⁵

Nesse contexto, a redação do projeto deveria incluir não só os requisitos de interesse público e historicidade da informação, mas também estabelecer a necessidade e utilidade da informação, visto que por mais que haja interesse do público na divulgação da informação, esta não poderia ser proliferada, caso viole frontalmente à honra de qualquer pessoa e seja desprovida de necessidade e utilidade para a sociedade. Mais não só, o interesse do público não se confunde com o interesse público, haja vista que para este a informação deve perpassar a utilidade e necessidade, diferente do primeiro, que advém da curiosidade humana sobre algo útil ou necessário a sociedade²²⁶.

Dessa forma, o projeto poderia abarcar um padrão mínimo de aplicabilidade, norteados os intérpretes no momento da incidência da norma ou não ao caso concreto. Isso não limitaria

²²⁵ BRASIL. Projeto de Lei 2712/2015. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1374249&filename=PL+2712/2015. Acesso em: 01 mar. 2017.

²²⁶ RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE IMPRENSA VS. DIREITOS DA PERSONALIDADE. LITÍGIO DE SOLUÇÃO TRANSVERSAL. COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DOCUMENTÁRIO EXIBIDO EM REDE NACIONAL. LINHA DIRETA-JUSTIÇA. SEQUÊNCIA DE HOMICÍDIOS CONHECIDA COMO CHACINA DA CANDELÁRIA. REPORTAGEM QUE REACENDE O TEMA TREZE ANOS DEPOIS DO FATO. VEICULAÇÃO INCONSENTIDA DE NOME E IMAGEM DE INDICIADO NOS CRIMES. ABSOLVIÇÃO POSTERIOR POR NEGATIVA DE AUTORIA. DIREITO AO ESQUECIMENTO DOS CONDENADOS QUE CUMPRIRAM PENA E DOS ABSOLVIDOS. ACOLHIMENTO.DECORRÊNCIA DA PROTEÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DAS LIMITAÇÕES POSITIVADAS À ATIVIDADE INFORMATIVA. PRESUNÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DE RESSOCIALIZAÇÃO DA PESSOA. PONDERAÇÃO DE VALORES. PRECEDENTES DE DIREITO COMPARADO.[...]2. Nos presentes autos, o cerne da controvérsia passa pela ausência de contemporaneidade da notícia de fatos passados, que reabriu antigas feridas já superadas pelo autor e reacendeu a desconfiança da sociedade quanto à sua índole. O autor busca a proclamação do seu direito ao esquecimento, um direito de não ser lembrado contra sua vontade, especificamente no tocante a fatos desabonadores, de natureza criminal, nos quais se envolveu, mas que, posteriormente, fora inocentado.3. No caso, o julgamento restringe-se a analisar a adequação do direito ao esquecimento ao ordenamento jurídico brasileiro, especificamente para o caso de publicações na mídia televisiva, porquanto o mesmo debate ganha contornos bem diferenciados quando transposto para internet, que desafia soluções de índole técnica, com atenção, por exemplo, para a possibilidade de compartilhamento de informações e circulação internacional do conteúdo, o que pode tangenciar temas sensíveis, como a soberania dos Estados-nações. [...]11. É evidente o legítimo interesse público em que seja dada publicidade da resposta estatal ao fenômeno criminal. Não obstante, é imperioso também ressaltar que o interesse público - além de ser conceito de significação fluida - não coincide com o interesse do público, que é guiado, no mais das vezes, por sentimento de execração pública, praxeamento da pessoa humana, condenação sumária e vingança continuada.12. Assim como é acolhido no direito estrangeiro, é imperiosa a aplicabilidade do direito ao esquecimento no cenário interno, com base não só na principiologia decorrente dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, mas também diretamente do direito positivo infraconstitucional. A assertiva de que uma notícia lícita não se transforma em ilícita com o simples passar do tempo não tem nenhuma base jurídica. O ordenamento é repleto de previsões em que a significação conferida pelo Direito à passagem do tempo é exatamente o esquecimento e a estabilização do passado, mostrando-se ilícito sim reagitar o que a lei pretende sepultar. 21. Recurso especial não provido. (REsp 1334097/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 28/05/2013, DJe 10/09/2013) (Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=Chacina%20Candelaria&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>> Acesso em: 01 mar. 2017.)

demasiadamente o aplicador, uma vez que apenas concederia uma diretriz para análise da situação, podendo compatibilizá-la com a eficácia decorrente do direito à informação.

Com algumas ponderações, se verifica uma crescente defesa sobre a necessidade da promulgação de uma lei sobre a proteção de dados na internet, justamente, para se alcançar um padrão mínimo de segurança jurídica²²⁷, visualiza-se essa necessidade para fomentar e assegurar a aplicação do direito ao esquecimento em casos concretos, que demandem a sua incidência, de forma a proteger a personalidade dos indivíduos. No entanto, por óbvio, essa proteção não precisará de órgão específico de fiscalização ou uma norma jurídica geral para implementação, como se defende para a proteção de dados²²⁸, haja vista se tratar de um direito predominantemente casuístico.

4.2.3 Aplicação do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro

Volvendo olhar para internet, sabe-se que é uma rede distribuída de computadores, interligando pessoas localizadas em diferentes partes do mundo, que trocam dados, servindo-se de um protocolo comum (*internet protocol*) e, geralmente, através do world wide web 2.0. Esse sistema de documentos disponibilizado nos diversos navegadores (chrome, internet explorer, Firefox, Opera, etc), que torna a internet mais interativa, colaborativa e célere, permitindo maior compartilhamento de informações. Essas consequências permitiram que uma publicação fosse acessada por diversas pessoas em diferentes locais do mundo, que, inclusive, poderia salvar nos *desktops* para a posteridade.

Esse fenômeno cibernético trouxe inúmeras vantagens para as pessoas, como a facilitação da comunicação, acesso rápido e fácil a qualquer informação mundial, aproximação de culturas, reunião de conhecimento em um só lugar, dentre outras. No entanto, também acarretou desvantagens, como a multiplicação de uma publicação vexatória quase de forma automática, podendo ser acessada por qualquer pessoa em lugares diferentes do mundo e ainda a possibilidade ela ser armazenada em *desktops*, podendo ressurgir a qualquer momento em algum espaço da internet.

²²⁷ MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. **Marco jurídico para a cidadania digital: uma análise do projeto de Lei 5.276/2016**. Revista de Direito Contemporâneo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 9, ano 3, out.-dez. 2016, p. 37.

²²⁸ *Ibidem*, loc. cit.

Nesse sentido, verifica-se, de forma incontroversa, a capacidade de uma informação ou imagem ser colocada à disposição dos usuários cibernéticos mesmo após a sua retirada em algum site por uma decisão do Poder Judiciário, sendo que isso pode, inclusive, ser realizado por outro agente diferente do originário ou o mesmo utilizando-se de um novo endereço de IP (*internet protocol*).

No entanto, essa característica inerente a internet não pode ser utilizada para vilipendiar a honra ou imagem de uma pessoa, causando danos psicológicos e constrangimentos, em razão da proliferação de uma publicação, mas deve existir meios previstos juridicamente para, ao menos, arrefecer o grande acesso, sempre compatibilizando essa solução ao direito de informação.

Ademais, por diversas vezes, a publicação ou imagem proliferadas pela internet trazem severos constrangimentos sociais a vítima na relação profissional e familiar, causando, certamente, uma dor semelhante àquele que sofre e é submetido a um processo penal, uma vez que o julgamento social, principalmente, em uma sociedade machista e patriarcal como a brasileira é premente, angustiante, aflitivo. Não raras vezes, quando a mulher, célebre ou não, é vítima do ressurgimento de uma informação vexatória, como um vídeo íntimo, a opinião pública é norteada por um sentimento social de ojeriza e condenação moral lacônica.

No entanto, a despeito do interesse do público pela informação ou imagem vexatória, principalmente, de mulher célebre, por se expor mais a sociedade, o que ocasiona uma extensão, invariavelmente, maior do dano à honra e um julgamento social com reprovação sumária, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça não concedeu o direito ao esquecimento a apresentadora infantil Maria da Graça Xuxa Meneghel²²⁹. Ou seja, mesmo diante de um caso,

²²⁹ CIVIL E CONSUMIDOR. INTERNET. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO CDC. GRATUIDADE DO SERVIÇO. INDIFERENÇA. PROVEDOR DE PESQUISA. FILTRAGEM PRÉVIA DAS BUSCAS. DESNECESSIDADE. RESTRIÇÃO DOS RESULTADOS. NÃO-CABIMENTO. CONTEÚDO PÚBLICO. DIREITO À INFORMAÇÃO. [...]3. O provedor de pesquisa é uma espécie do gênero provedor de conteúdo, pois não inclui, hospeda, organiza ou de qualquer outra forma gerencia as páginas virtuais indicadas nos resultados disponibilizados, se limitando a indicar links onde podem ser encontrados os termos ou expressões de busca fornecidos pelo próprio usuário. 4. A filtragem do conteúdo das pesquisas feitas por cada usuário não constitui atividade intrínseca ao serviço prestado pelos provedores de pesquisa, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o site que não exerce esse controle sobre os resultados das buscas. 5. Os provedores de pesquisa realizam suas buscas dentro de um universo virtual, cujo acesso é público e irrestrito, ou seja, seu papel se restringe à identificação de páginas na web onde determinado dado ou informação, ainda que ilícito, estão sendo livremente veiculados. Dessa forma, ainda que seus mecanismos de busca facilitem o acesso e a consequente divulgação de páginas cujo conteúdo seja potencialmente ilegal, fato é que essas páginas são públicas e compõem a rede mundial de computadores e, por isso, aparecem no resultado dos sites de pesquisa. 6. Os provedores de pesquisa não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação do URL da página onde este estiver inserido. 7. Não se pode, sob o pretexto de dificultar a propagação de conteúdo ilícito ou ofensivo na web, reprimir o direito da coletividade à informação. Sopesados os direitos envolvidos e o risco potencial de violação de cada um deles, o fiel da balança deve pender para a garantia da liberdade de informação assegurada pelo art. 220, § 1º, da CF/88, sobretudo considerando que a Internet

no qual a profissão de uma pessoa não se compatibiliza, socialmente, com o vídeo proliferado na internet, o qual não apresenta nenhum conteúdo histórico, cultural ou de interesse público, causando graves constrangimentos, a Corte Superior negou essa prerrogativa.

O voto da eminente Ministra Relatora apenas trabalha com a impossibilidade de o provedor de pesquisa desindexar certas palavras chaves do buscador relacionadas a certos links com o conteúdo infringente, contudo, isso é completamente possível, inclusive, o Tribunal de Justiça da União Europeia, desde 2013, apresenta decisão, obrigando os provedores de busca a protegerem o direito ao esquecimento dos usuários cibernéticos, o que foi, plenamente, acatado pelo grupo Google, que disponibilizou formulários para pedidos administrativos de desindexação. Por óbvio, essa desincompatibilização não será descontextualizada, mas haverá uma análise sobre o interesse público da medida²³⁰.

Ademais, existe proposta de Regulamento pela União Europeia²³¹, a qual apresenta no art. 17, expressa, menção ao direito ao esquecimento, tecendo, inclusive, hipóteses a justificar a desindexação de informações por parte do usuário²³².

Assim, a proposta de Regulamento da União Europeia prevê, expressamente, em seu art. 17, o direito ao esquecimento. Segundo a normativa, em seu art. 17, no 1, o titular dos dados tem o direito de obter a exclusão das informações e a cessação da utilização ulterior de seus dados, especialmente em relação àqueles dados disponibilizados quando o titular ainda era uma criança. No mesmo dispositivo, foram listados os seguintes motivos aptos a gerar a exclusão dos dados: (a) os dados deixarem de ser necessários em relação à finalidade que motivou a sua recolha ou tratamento; (b) o titular dos dados retirar o consentimento sobre o qual é baseado o tratamento nos termos do artigo 6o, no 1, alínea a, do próprio Regulamento¹⁴, ou se o período de conservação consentido tiver terminado e não existir outro fundamento jurídico para o tratamento dos dados; (c) o titular dos dados se opor ao tratamento de dados pessoais

representa, hoje, importante veículo de comunicação social de massa.8. Preenchidos os requisitos indispensáveis à exclusão, da web, de uma determinada página virtual, sob a alegação de veicular conteúdo ilícito ou ofensivo - notadamente a identificação do URL dessa página - a vítima carecerá de interesse de agir contra o provedor de pesquisa, por absoluta falta de utilidade da jurisdição. Se a vítima identificou, via URL, o autor do ato ilícito, não tem motivo para demandar contra aquele que apenas facilita o acesso a esse ato que, até então, se encontra publicamente disponível na rede para divulgação.9. Recurso especial provido. (REsp 1316921/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/06/2012, DJe 29/06/2012) (Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=xuxa&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 01 mar. 2017.)

²³⁰ PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 493.

²³¹ De acordo com notícia publicada em 23 de abril de 2017 pelo Jornal Econômico, o Regulamento Geral da Proteção de Dados foi aprovado pela União Europeia e entrará em vigor em 28 de maio de 2018. Dessa forma, haverá uma norma jurídica consagrando o direito ao esquecimento, obrigando as empresas a se adequarem ao novo parâmetro. (BANDEIRA, Mariana. O novo mundo da proteção de dados. **Jornal Econômico**, 23 abr.2017. Disponível em: < <http://www.jornaleconomico.sapo.pt/noticias/o-novo-mundo-da-protecao-de-dados-149223>>. Acesso em: 29 de abr. 2017.)

²³² LIMA, Erik Noleta Kirk Palma. Direito ao esquecimento: discussão europeia e repercussão no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas, ano 50, número 199, jul./set. 2013, p. 274. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/502929/000991677.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 28 abr. 2017.

nos termos do artigo 19º ; 15 (d) o tratamento dos dados não respeita o regulamento por outros motivos.²³³

Não obstante, a dificuldade no cumprimento das decisões judiciais, no Brasil, apresenta como fundamento a ausência de um software, que pode ser, plenamente, desenvolvido pelas empresas para efetuar a filtragem de publicações em certos sites, como o *youtube*. O desenvolvimento do programa poderia permitir o cumprimento da ordem de suspensão de postagem de determinado vídeo por usuários²³⁴.

Outrossim, quando aplicado o direito ao esquecimento, respeitando os requisitos mínimos relacionados ao interesse público, necessidade, utilidade e historicidade da informação não poderia se suscitar a violação ao direito coletivo à informação, haja vista, que este, nesse emite conflito de direitos, pode apresentar menor densidade jurídica, devendo ter sua eficácia mitigada. Todavia, esse direito não será afastado, ao revés será contemplado e compatibilizado com a prerrogativa do esquecimento, uma vez que a informação não será excluída da internet, mas permanecerá ativa, apenas terá seu acesso dificultado pelos provedores de pesquisa.

Não se trata, no caso em comento, de pedido de responsabilidade civil pecuniária do provedor de busca, mas sim, do cumprimento de sua função social, responsabilizando civilmente para que este seja obrigado a desindexar palavras chaves de certos conteúdos vexatórios a imagem e à honra de uma pessoa, que causaram danos irreversíveis a sua convivência com a sociedade, momentânea ou mesmo perene.

Essa mesma Corte Superior ao denegar o pedido da Autora, em 2012, se contradiz ao concedê-lo duas vezes a pessoas distintas, não célebres é verdade, mas, que estavam litigando contra entidades formadoras da imprensa nacional, que também é regida pela liberdade de informação de forma ampla, com proibição expressa de censura na Constituição Federal (art. 220).

Com argumentos eloquentes, o Ministro Relator traz à baila, a fatídica reincidência do abuso, não implicação necessária do dever de indenizar, a ponderação de valores jurídicos²³⁵, a

²³³ LIMA, Erik Noleta Kirk Palma. **Direito ao esquecimento: discussão europeia e repercussão no Brasil**. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas, ano 50, número 199, jul./set. 2013, p. 274 *et. seq.* Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/502929/000991677.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 28 abr. 2017.

²³⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. Cicarelli: uma armadilha para o Poder Judiciário. **Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária**. Ano 55, nº 553. Rio Grande do Sul: Notadez, 2007, p. 97.

²³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1334097. Autor: Globo Comunicações e Participações S/A. Réu: Jurandir Gomes França. Relator: LUIS FELIPE SALOMÃO. Brasília, DF, de 28 de maio de 2013. Quarta Turma, Distrito Federal, 10 set. 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=ChacinaCandel%Elria&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>> Acesso em: 01 mar. 2017.

necessidade de estabilização do passado, a comparação entre reabilitação penal (art. 93, CP²³⁶) e direito ao esquecimento, a vida útil da informação²³⁷.

O julgamento do recurso especial 1.334.097/RJ importante pela abordagem de duas circunstâncias controvertidas quanto a análise do direito ao esquecimento, tais quais a reabilitação penal utilizada como argumento para o direito ao esquecimento e a vida útil da informação, trazendo a possibilidade de um marco temporal para a aplicação dessa prerrogativa.

Nesse sentido, a legislação penal confere a prerrogativa ao acusado e processado penalmente por crime tipificado no Código Penal ter todos os registros públicos relacionados a esse fato apagados e, por isso, esquecidos, inclusive, para fins de reincidência, contemplando o direito à reabilitação criminal. Se é assegurado isso até mesmo a quem cometeu um crime, infringindo a

²³⁶ BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 28 abr. 2017.

²³⁷ RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE IMPRENSA VS. DIREITOS DA PERSONALIDADE. LITÍGIO DE SOLUÇÃO TRANSVERSAL. COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DOCUMENTÁRIO EXIBIDO EM REDE NACIONAL. LINHA DIRETA-JUSTIÇA. HOMICÍDIO DE REPERCUSSÃO NACIONAL OCORRIDO NO ANO DE 1958. CASO "AIDA CURTI". VEICULAÇÃO, MEIO SÉCULO DEPOIS DO FATOS, DO NOME E IMAGEM DA VÍTIMA. NÃO CONSENTIMENTO DOS FAMILIARES. DIREITO AO ESQUECIMENTO. ACOLHIMENTO. NÃO APLICAÇÃO NO CASO CONCRETO. RECONHECIMENTO DA HISTORICIDADE DO FATOS PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE DE DESVINCULAÇÃO DO NOME DA VÍTIMA. ADEMAIS, INEXISTÊNCIA, NO CASO CONCRETO, DE DANO MORAL INDENIZÁVEL. VIOLAÇÃO AO DIREITO DE IMAGEM. SÚMULA N. 403/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. [...] 6. É evidente ser possível, caso a caso, a ponderação acerca de como o crime tornou-se histórico, podendo o julgador reconhecer que, desde sempre, o que houve foi uma exacerbada exploração midiática, e permitir novamente essa exploração significaria conformar-se com um segundo abuso só porque o primeiro já ocorrera.

Porém, no caso em exame, não ficou reconhecida essa artificialidade ou o abuso antecedente na cobertura do crime, inserindo-se, portanto, nas exceções decorrentes da ampla publicidade a que podem se sujeitar alguns delitos.

7. Não fosse por isso, o reconhecimento, em tese, de um direito de esquecimento não conduz necessariamente ao dever de indenizar. Em matéria de responsabilidade civil, a violação de direitos encontra-se na seara da ilicitude, cuja existência não dispensa também a ocorrência de dano, com nexos causal, para chegar-se, finalmente, ao dever de indenizar. No caso de familiares de vítimas de crimes passados, que só querem esquecer a dor pela qual passaram em determinado momento da vida, há uma infeliz constatação: na medida em que o tempo passa e vai se adquirindo um "direito ao esquecimento", na contramão, a dor vai diminuindo, de modo que, lembrar o fato trágico da vida, a depender do tempo transcorrido, embora possa gerar desconforto, não causa o mesmo abalo de antes.

8. A reportagem contra a qual se insurgiram os autores foi ao ar 50 (cinquenta) anos depois da morte de Aida Curti, circunstância da qual se conclui não ter havido abalo moral apto a gerar responsabilidade civil. Nesse particular, fazendo-se a indispensável ponderação de valores, o acolhimento do direito ao esquecimento, no caso, com a consequente indenização, consubstancia desproporcional corte à liberdade de imprensa, se comparado ao desconforto gerado pela lembrança.

9. Por outro lado, mostra-se inaplicável, no caso concreto, a Súmula n. 403/STJ. As instâncias ordinárias reconheceram que a imagem da falecida não foi utilizada de forma degradante ou desrespeitosa. Ademais, segundo a moldura fática traçada nas instâncias ordinárias - assim também ao que alegam os próprios recorrentes -, não se vislumbra o uso comercial indevido da imagem da falecida, com os contornos que tem dado a jurisprudência para franquear a via da indenização.

10. Recurso especial não provido. (REsp 1335153/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 28/05/2013, DJe 10/09/2013) (Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroor/?num_registro=201100574280&dt_publicacao=10/09/2013>. Acesso em: 28 abr. 2017.)

razão última do Direito, é coerente submeter fatos relacionados a vida privada a um prazo para que permaneça plenamente acessível nos meios de cibernéticos, em casos de violação dos direitos da personalidade²³⁸.

Destarte, haveria, por assim dizer, uma diminuição do sofrimento e lesão gerados pela publicação e o seu alcance, protegendo não somente a vítima, mas o próprio agente causador²³⁹ do dano, uma vez que a extensão da informação no espaço cibernético seria arrefecida, conseqüentemente a quantificação da indenização seria diminuída.

Ademais, o sistema jurídico contempla em diversas ocasiões institutos jurídicos, que paralisam ou estabilizam a produção de efeitos de outros atos, como o “prazo máximo para que o nome de inadimplentes figure em cadastros restritivos de crédito”²⁴⁰, que é reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça e expira em 05 (cinco) anos²⁴¹. Nesse caso, deve ser aplicado o mesmo raciocínio da reabilitação penal, pois, também estar-se-á diante de uma relação privada, o que não se torna razoável conceber que para o consumidor haja previsão de prazo para a retirada do seu nome dos órgãos de crédito, uma vez que isso ocasiona um prejudicial efeito à sua honra e isso não seja contemplado para as pessoas humanas, que tiveram seus direitos da personalidade violados em decorrência de uma publicação, que possui a mesma consequência.

A despeito dos precedentes aludidos e dos argumentos contundentes utilizados pelo Ministro Relator Luis Felipe Salomão, ainda são firmados precedentes em sentido diverso²⁴², que

²³⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB**. São Paulo: Atlas, 2015, v. 1, p. 158.

²³⁹ PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 493.

²⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1334097. Autor: Globo Comunicações e Participações S/A. Réu: Jurandir Gomes França. Relator: LUIS FELIPE SALOMÃO. Brasília, DF, de 28 de maio de 2013. Quarta Turma, Distrito Federal, 10 set. 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=ChacinaCandel%Elria&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>> Acesso em: 01 mar. 2017.

²⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Enunciado de súmula 323. Brasília, DJ 25 de nov. 2009. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27323%27\).sub.](http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27323%27).sub.)> Acesso em: 28 abr. 2017.

²⁴² PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PROVEDOR DE PESQUISA. DIREITO AO ESQUECIMENTO. FILTRAGEM PRÉVIA DAS BUSCAS. BLOQUEIO DE PALAVRAS-CHAVES. IMPOSSIBILIDADE.

- Direito ao esquecimento como "o direito de não ser lembrado contra sua vontade, especificamente no tocante a fatos desabonadores, de natureza criminal, nos quais se envolveu, mas que, posteriormente, fora inocentado". Precedentes.

- Os provedores de pesquisa não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação da página onde este estiver inserido.

- Ausência de fundamento normativo para imputar aos provedores de aplicação de buscas na internet a obrigação de implementar o direito ao esquecimento e, assim, exercer função de censor digital.

- Recurso especial provido. (AgInt no REsp 1593873/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/11/2016, DJe 17/11/2016) (Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/docu->

ignoram a possibilidade eloquente do direito ao esquecimento ser garantido e aplicado pelos provedores de busca, mas também assegurado, inclusive, administrativamente, por pedido direto da vítima a empresa. Isso, infelizmente, reforça a reincidência dos agentes, tendo em vista que se permite a reinclusão das publicações nos sites, bem como que outras pessoas tenham pleno acesso, em virtude dos sites de busca disponibilizarem o registro do link.

Outrossim, verifica-se que os argumentos utilizados são irrisórios, levando-se em conta, que se utiliza a ausência de norma jurídica na legislação para o não conhecimento do direito ao esquecimento, sem observar a sua clara derivação dos direitos da personalidade, consubstanciando em prerrogativa necessária, atualmente, na medida em que a internet abarca uma grande quantidade de informações, não, facilmente, deletáveis.

Portanto, pensar o direito ao esquecimento em uma perspectiva isolada, provocará a sua desnaturação, uma vez que ele está relacionado a diversos outros institutos no sistema jurídico, o que demanda a sua análise sistêmica, principalmente, partindo de uma análise da dignidade da pessoa humana, pois se está diante de um indivíduo, que sofreu, por vezes, constrangimentos com condenações sociais sumárias. Por conta disso, essas situações demandam um olhar mais sensível e acurado do intérprete para perceber o preenchimento dos requisitos possíveis para a aplicação dessa prerrogativa ao caso concreto, possibilitando a responsabilidade civil do provedor de aplicação.

5 DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A expressão responsabilidade advém da ideia de o agente arcar com seus atos, o que possui intensa carga moral, uma vez que censurar-se-á e reprovar-se-á a conduta de uma pessoa. Dessa perspectiva, nasce a teoria subjetiva, que utiliza da culpa pelo descumprimento de um dever moral de não causar prejuízo a um terceiro, como desvalor da conduta. Esse termo começa a aparecer no mundo jurídico, aproximadamente, no século XVIII, mesmo que não previsto nas codificações do século XIX.²⁴³

mento/mediado/?compo-
nente=ATC&sequencial=66956727&num_registro=201600796181&data=20161117&tipo=5&formato=PDF.
Acesso em: 29 abr. 2017.)

²⁴³ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de Direito Civil: responsabilidade civil**. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015, v.3, p. 424.

A carga moral presente, inicialmente, na teoria subjetiva, trouxe consigo a ideia de responsabilizar o agente que poderia ter agido de uma outra maneira (que, sabia, não causar dano), por um outro caminho, mas escolheu e desempenhou uma conduta, que causou um dano ao terceiro. Essa carga de moralidade impregnou tão fortemente essa teoria, que para identificação da culpa necessitar-se-ia efetuar uma investigação da consciência íntima do agente, desvelando a aptidão da diligência.²⁴⁴

Como se vê, a culpa invocada pelos juristas da Modernidade possuía forte conotação moral. Embora a noção de culpa tivesse se desenvolvido no direito romano republicano com caráter eminentemente objetivo – sendo, ainda hoje, não raro confundida com a iniúria em seu sentido mais amplo, de ato contrário ao direito –, a influência de noções gregas e orientais, essencialmente individualistas, em oposição à ideologia estatalizante de Roma, deu-lhe conotação mais subjetiva, que, com a posterior difusão da ideologia cristã, ganhou fortes contornos éticos e morais, ligados à ideia do livre-arbítrio e de sua má utilização pelos fiéis.²⁴⁵

No decorrer da história, com o advento da revolução industrial, adoção do modelo liberal e a ascensão da burguesia ao poder, essa teoria corroborou para facilitar o desenvolvimento desenfreado da economia, que, justamente, precisava de um ordenamento jurídico estéril de prerrogativas e com maiores obstáculos para atingir a esfera jurídica e econômica dos empreendimentos.²⁴⁶

Nesse período, as vítimas deveriam comprovar a configuração, no caso concreto, dos elementos da responsabilidade subjetiva, tais como ato ilícito, dano, nexo de causalidade e culpa, sendo que este último quando não comprovado, resultava na assunção dos prejuízos pela própria vítima.²⁴⁷

Destaca-se a extrema desigualdade social, prenunciada pelos trabalhos degradantes e extenuantes em relação aos poucos proprietários das máquinas fabris, os quais, com a aplicação dessa teoria da responsabilidade, permaneciam, jurídica e economicamente, intocáveis, o que ressaltava a ilegitimidade desse sistema, completamente, dissociado da realidade social e mantenedor do regime desequilibrado.

Diante de tal conjuntura acrescida da “massificação de danos, a desenfreada expansão populacional, o crescente apelo por segurança em sociedade e o descontentamento com os resultados das demandas ressarcitórias” aconteceu, paulatinamente, uma mudança intelectual

²⁴⁴ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de Direito Civil: responsabilidade civil**. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015, v.3, p. 425.

²⁴⁵ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 13-14.

²⁴⁶ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Op.cit.*, 2015, v.3, p. 412.

²⁴⁷ SCHREIBER, Anderson. *Op.cit.*, 2013, p. 17-18.

sobre a responsabilização do autor da atividade. Movimento este capitaneado, inicialmente, por Raymond Saleilles e Louis Josserand, ambos franceses, o que, posteriormente, resultou na edição de uma lei sobre responsabilidade por acidentes de trabalho, abrindo espaço para a consagração da teoria do risco.²⁴⁸

5.1 TEORIA DO RISCO

Os doutrinadores costumam dividir a teoria da responsabilidade civil em subjetiva e objetiva, separando-as, em razão dos distintos elementos que as compõem, bem como pela necessidade histórico-social, no contexto pós-revolução industrial, no qual a difusão do uso da tecnologia, principalmente, intensificou os danos nos ambientes industriais e dificultou a demonstração da culpa.

Esse giro doutrinário e jurisprudencial ressalta a alteração do foco da responsabilidade civil em sua função reparatória. Se antes o ordenamento queria censurar o ofensor pela prática de um ato reprovável, delibera agora por virar a lente à procura de um agente que se responsabilizará pelos danos. Na teoria do risco não se discute a moralidade do comportamento do agente, pois esta tarefa é delegada ao direito penal. A preocupação imediata é com a vítima e o reequilíbrio de seu patrimônio que fora afetado pela lesão. Há de se selecionar alguém para reparar o dano. Essa tarefa de restauração de bens e repartição das perdas remete a responsabilidade civil do terreno da moral para os domínios da ética., inaugurando uma ampla reflexão sobre as consequências da ação assumidas por quem detém o poder sobre certa atividade. Ao prescindir da perquirição da culpa do agente, elimina-se da responsabilidade toda noção de pena ou castigo. Vale dizer, a liberdade de iniciativa é preservada, mas passa a ser ponderada com a solidariedade do agente econômico perante os membros da coletividade em caráter indistinto, em busca de uma pacificação social.²⁴⁹

Nesse sentido, fincou-se a teoria objetiva, que se origina da noção do risco da atividade assumida pelo empreendedor, o qual se responsabilizará pelos danos causados com o seu exercício, sem necessitar da persecução da culpa no caso concreto. No entanto, salienta-se, que a teoria objetiva não pode se reduzir a explicação de se consubstanciar em uma responsabilidade sem culpa, haja vista que ela é “independente da existência de culpa”.²⁵⁰

Consequentemente, verifica-se que para a configuração dessa modalidade, não será necessário perscrutar se o ato jurídico causador do dano foi realizado com dolo ou culpa, uma vez que esse pressuposto foi excluído da teoria objetiva, sendo necessário apenas a persecução do nexo causal entre o dano causado e comportamento do agente. Com isso, houve um deslocamento do

²⁴⁸ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de Direito Civil: responsabilidade civil**. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015, v.3, p. 414-415.

²⁴⁹ *Ibidem*, p. 416-417.

²⁵⁰ *Ibidem*, p. 415 *et seq.*

núcleo da responsabilidade para a análise do liame causal e um afastamento da investigação de culpa.²⁵¹

Nesse sentido, a responsabilidade objetiva estaria configurada no caso concreto, caso houvesse a comprovação do preenchimento dos requisitos, quais sejam: nexos de causalidade e comportamento do agente, relacionado com o exercício da atividade. Com a finalidade de alcançar uma razão para a teoria objetiva, os juristas, principalmente, de origem francesa formularam a teoria do risco, no final do século XIX.²⁵²

Risco é perigo, é probabilidade de dano, importando, isso, dizer que aquele que exerce uma atividade perigosa deve-lhe assumir os riscos e reparar o dano dela decorrente. A doutrina do risco pode ser, então, assim resumida: todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de ter ou não agido com culpa. Resolve-se o problema na relação causalidade, dispensável qualquer juízo de valor sobre a culpa do responsável, que é aquele que materialmente causou dano.²⁵³

Durante o crescimento da teoria objetiva, centrada no risco, surgiram algumas modalidades no seu interior, tais como: as teorias do risco proveito, criado, integral, profissional e excepcional.²⁵⁴

Na teoria do risco proveito, exige-se para a configuração da responsabilidade, o proveito auferido pelo responsável com o exercício da atividade causadora do dano. Todavia, essa teoria apresentou um grande problema, que é a dificuldade de definição do que seria proveito. Já a teoria do risco profissional pressupõe que o dano decorre da atividade laboral da vítima. No que tange a teoria do risco excepcional, haverá dever de indenizar, em razão de um risco extraordinário, que extrapola a atividade cotidiana da vítima, como exploração de energia nuclear, dentre outras.²⁵⁵

Quanto a teoria do risco criado, o dever de indenizar exsurgirá pela simples comprovação objetiva, no caso concreto, do liame causal existente entre o risco de uma atividade e o prejuízo causado ao lesado²⁵⁶. Distintamente, os defensores da teoria do risco integral apontam para uma concepção extremada da teoria objetiva, uma vez que defendem, excepcionalmente, a responsabilidade civil mesmo nos casos de inexistência de nexos causal ou que ele se mostre

²⁵¹ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 56.

²⁵² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014 p. 181.

²⁵³ *Ibidem, loc.cit.*

²⁵⁴ *Ibidem*, p. 182.

²⁵⁵ *Ibidem*, p. 183.

²⁵⁶ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de Direito Civil: responsabilidade civil**. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015, v.3, p. 437.

fluido, nessas situações, basta que a atividade de risco seja a “ocasião, mera causa mediata ou indireta do evento”.²⁵⁷

O Código Reale, no art. 927, parágrafo único²⁵⁸, apresenta a disposição que enquadra legalmente a teoria objetiva. Nessa previsão, constata-se uma restrição para a configuração das hipóteses de responsabilidade objetiva, que serão aquelas disciplinadas em lei, mas também acrescenta uma cláusula de abertura, permitindo que a doutrina e os tribunais construam novas situações, desde que atividade desenvolvida pelo autor do prejuízo cause riscos ao direito de terceiro.²⁵⁹

Da leitura desse dispositivo legal, colhe-se que a teoria do risco criado se mostra mais adequada para alcançar uma interpretação mais afinada com a evolução da responsabilidade civil objetiva e a própria opinião doutrinária acerca dessa teoria, uma vez que o legislador ao estabelecer uma obrigação objetiva de indenizar, em contraposição a teoria subjetiva, não desejaria retornar “a origem do proveito do agente com o desempenho da atividade”, com a pesquisa de um elemento intencional ou reduzir o proveito a sua definição empresarial²⁶⁰.

De certo, a aplicação da teoria do risco criado para o alcance hermenêutico da cláusula geral de abertura da responsabilidade objetiva prevista na parte final do parágrafo único do art. 927²⁶¹ está mais afinada com os preceitos constitucionais e éticos, haja vista que amplia e assegura as inúmeras situações existenciais da pessoa humana, de forma a permitir uma interpretação sistemática vinculada a Constituição Federal e a expandir da proteção da vítima, sempre levando em consideração o contexto cultural e social, onde perpassa o conflito.²⁶²

Todavia, essa cláusula de abertura da obrigação objetiva no Código Civil não é ilimitada, ao contrário, possui limitação intrínseca ao texto legal, ou seja, não é qualquer atividade, que estará abrangida pelo dispositivo, mas quando o exercício das atividades empresariais ou profissionais, potencialmente, puderem resultar em risco a outrem.²⁶³

²⁵⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, p. 184.

²⁵⁸ BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 31 jul. 2017.

²⁵⁹ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 25-26.

²⁶⁰ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de Direito Civil: responsabilidade civil**. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015, v.3, p. 437.

²⁶¹ BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 31 jul. 2017.

²⁶² FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Op.cit.*, 2015, v.3, p. 439 *et seq.*

²⁶³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, p. 219.

Salienta-se, que, no Código Civil de 2002, não há hierarquia entre a responsabilidade subjetiva (prevista no art. 927, *caput*) e objetiva (estipulada no art. 927, parágrafo único), ao revés, há uma coexistência, resultado de uma coerência ajustada na Codificação civilista. Assim, o legislador ao estabelecer algumas hipóteses, nas quais haverá o reconhecimento da responsabilidade objetiva, promoveu a repartição dos riscos pela sociedade, concretizando o princípio da solidariedade²⁶⁴. De outro lado, houve a manutenção do conteúdo moral da responsabilidade civil, com a investigação da inaptidão para exercer com diligência seu dever de cuidado.²⁶⁵

5.2 TEORIA DA CULPA

Malgrado a teoria objetiva tenha sido amplamente prestigiada pelo Código Civil vigente, a responsabilidade subjetiva ainda apresenta seu espaço na codificação civilista, através da previsão da cláusula geral no art. 927²⁶⁶. Essa disposição esclarece os elementos essenciais da responsabilidade subjetiva²⁶⁷, quais sejam: ato ilícito, culpa, nexo de causalidade e o dano, remetendo o intérprete ao art. 186 e 187 da mesma lei, com o fito de elucidar o conceito do primeiro pressuposto.²⁶⁸

Dentre os pressupostos da responsabilidade civil, o dano é considerado imprescindível para sua configuração, o verdadeiro núcleo dessa teoria, o que remete ao entendimento sobre a possível dispensabilidade dos outros elementos em contraposição a sua necessária presença no caso concreto para o reconhecimento do instituto jurídico. Isso não seria diferente na teoria subjetiva, haja vista o próprio *caput* do art. 927 utilizar a expressão “causar dano a outrem”, frisando a necessidade da existência no plano físico ou psicológico do prejuízo para a reparação e não, meramente, uma possibilidade de dano (risco).²⁶⁹

²⁶⁴ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 30.

²⁶⁵ *Ibidem*, p. 50-51.

²⁶⁶ BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 31 jul. 2017.

²⁶⁷ Em relação aos pressupostos da responsabilidade civil, os doutrinadores civilistas ainda não convergiram, majoritariamente, sobre todos aqueles elementos essenciais a configuração da responsabilidade subjetiva. Por isso, neste trabalho, adotaremos a classificação adotada por Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga Netto. (FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de Direito Civil: responsabilidade civil**. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015, v.3, p. 123).

²⁶⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, p. 36 *et seq.*

²⁶⁹ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 190 *et seq.*

Nesse sentido, a doutrina civilista costuma conceituar o dano, como a “lesão a um bem ou interesse jurídico tutelado”²⁷⁰ e dividi-lo em patrimonial e extrapatrimonial, sempre chamando a atenção para as diversas modalidades de dano, desenvolvidos pela prática judiciária, que, em regra, são subespécies dessa classificação bipartite.²⁷¹

Antes de adentrar nos pormenores das modalidades do dano, atualmente, verifica-se uma revisão da tese, que relacionava, indissociavelmente, o dano com o ato ilícito, uma vez que existe entendimento mais moderno apontando para a possibilidade do dever de reparar danos, em decorrência da prática de ato lícito, atingindo-se tal conclusão através da ponderação de bens e interesses, instrumento importado do direito constitucional alemão e balanceado pelo princípio da proporcionalidade. Com isso, nasce a ideia do dano injusto, de origem italiana.²⁷²

O dano indenizável como injusto é aquele relevante segundo uma ponderação de interesse em jogo à luz de princípios constitucionais. Essa nova forma de análise da responsabilidade civil acaba por concretizar a dogmática jurídica principiológica, permitindo que, em um caso concreto, o aplicador do direito pondere os interesses em jogo e, a partir dos valores expressos na Constituição Federal, decida quem deve arcar com a responsabilização dos prejuízos.²⁷³

Essa nova forma de visualização do dano, como pressuposto da responsabilidade, traz inúmeros benefícios, uma vez que torna claro a diferenciação entre dano e mero fato lesivo, mas também para sua configuração, torna-se necessário perpassar pela ponderação de interesses jurídicos em conflito no caso concreto, ter-se-á uma análise profunda e em conjunto das situações litigiosas. Isso possibilita maior elasticidade do sistema jurídico civilista, bem como maiores condições dos intérpretes alcançarem novas espécies de danos, conseqüentemente, protegendo de forma mais ampla a existência humana.

O dano é classificado, doutrinariamente, em dano patrimonial e extrapatrimonial, sendo o primeiro, conceituado como prejuízo a “bens integrantes do patrimônio da vítima, entendendo-se como tal o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis economicamente”, abrangendo os bens jurídicos presentes e futuros, consubstanciados, respectivamente, nos danos emergentes e lucros cessantes.²⁷⁴ Distintamente, o dano extrapatrimonial ou pessoal se constata

²⁷⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, p. 93.

²⁷¹ *Ibidem*, p. 92 *et seq.*

²⁷² FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de Direito Civil: responsabilidade civil**. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015, v.3, p. 209 *et seq.*

²⁷³ *Ibidem*, p. 212-213.

²⁷⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, p. 94.

“no momento em que a ofensa se volta a valores relacionados à pessoa do ofendido, em qualquer de seus múltiplos aspectos”²⁷⁵

No que tange ao dano emergente, ele pode ser conceituado como aquele que resulta em perdas patrimoniais e imediatas decorrentes da lesão a um bem jurídico, em contrapartida, também poderá ocasionar no aumento do passivo patrimonial do lesado, na hipótese de ele estar em estado de insolvência. Desse modo, ele será reparado não só com o equivalente pecuniário a que correspondia o bem jurídico, mas também pode se restabelecer o equilíbrio anterior a lesão, através da tutela específica.²⁷⁶

Em contraposição, o lucro cessante é a “perda do ganho esperável, na frustração da expectativa de lucro, na diminuição potencial do patrimônio da vítima”²⁷⁷, sendo que para a sua aferição torna-se necessário efetuar um juízo de probabilidade do proveito pecuniário do lesado, na hipótese de o dano não ter ocorrido. Ou seja, a aferição do nexo de causalidade entre a conduta ilícita e a lesão é mais difícil em comparação com o dano emergente, apesar disso, a demonstração deve ser realizada, no caso concreto.²⁷⁸

Desde a década de 60, no direito francês, retrata-se bastante na doutrina o dano em razão da perda de uma chance, que “consiste em uma oportunidade dissipada de obter futura vantagem ou de evitar um prejuízo em razão da prática de um dano injusto”²⁷⁹. A sua configuração demanda a análise do resultado, ou seja, se a chance perdida seria esperada ou apenas uma possibilidade aleatória.²⁸⁰

Não se deve, todavia, olhar para a chance como perda de um resultado certo porque não se terá a certeza de que o evento se realizará. Deve-se olhar a chance como a perda da possibilidade de conseguir um resultado ou de se evitar um dano; devem-se valorar as possibilidades que o sujeito tinha de conseguir o resultado para ver se são ou não relevantes para o ordenamento. Não se exige a certeza do dano, basta a certeza da probabilidade.²⁸¹

Nessa vertente, é imprescindível perceber que a reparação em razão da perda de uma chance, só se mostra possível quando o encadeamento fenomenológico para se atingir essa chance já foi deflagrado, pois, se não, estaríamos no campo da mera aleatoriedade, que é demasiadamente subjetivista. Por isso, reconhece-se que o prejuízo causado pela perda de uma vantagem, não

²⁷⁵ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de Direito Civil: responsabilidade civil**. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015, v.3, p. 221-222.

²⁷⁶ *Ibidem*, p. 224 *et seq.*

²⁷⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, p. 95.

²⁷⁸ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Op.cit.*, 2015, v.3, p. 228.

²⁷⁹ *Ibidem*, p. 230.

²⁸⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, p. 98.

²⁸¹ *Ibidem*, p. 99.

será indenizado, em razão da mera vantagem perdida, mas pela possibilidade de se alcançar essa vantagem.²⁸²

No que tange a quantificação da reparação do dano pela perda de uma chance, o Poder Judiciário terá de efetuar uma “ponderação entre a situação jurídica do lesante e lesado, ao se concluir que o interesse violado será digno de proteção não em abstrato, mas face ao interesse que se lhe contrapõe”²⁸³, para, desse modo, alcançar o percentual de possibilidades de conquistar o resultado previsto.²⁸⁴

Outrossim, o dano extrapatrimonial, conhecido, comumente, como dano moral apresentou uma mudança após a promulgação da Constituição Federal vigente, a qual concedeu uma nova feição a essa espécie de prejuízo, delimitando-o com o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro. Esse princípio se tornou o fundamento dos valores morais da sociedade brasileira e dos direitos da personalidade, dos quais são titulares os seres humanos após o nascimento com vida.²⁸⁵

Cumpra encalamistrar que, o dano moral não pressupõe o sofrimento psicológico, o vexame ou o sofrimento, sendo esse entendimento já sedimentado na doutrina e jurisprudência²⁸⁶, que defendem essas sensações subjetivas como meras consequências, presentes ou não, nas situações de lesão a direitos a personalidade.²⁸⁷ Com essa compreensão, inclusive, o Conselho de Justiça Federal editou o Enunciado nº 445²⁸⁸, que ratifica a prescindibilidade dos sentimentos humanos para a configuração do dano moral.

Para além disso, merece destaque que, malgrado a dignidade da pessoa humana tenha redimensionado o dano moral, este não pode ser retratado apenas com base nesse conceito jurídico indeterminado, pois atrapalhará a sua aplicação ao caso concreto, tornando seu conceito, demasiadamente, fluído e de difícil aferição do prejuízo²⁸⁹. Por conta disso, pode-se

²⁸² FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de Direito Civil: responsabilidade civil**. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015, v.3, p. 231 *et seq.*

²⁸³ *Ibidem*, p. 234.

²⁸⁴ *Ibidem*, p. 233.

²⁸⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, p. 106.

²⁸⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Informativo nº 0513. Brasília, DJ 04 dez. 2012. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>>. Acesso em: 02 ago. 2017.

²⁸⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op.cit.*, 11 ed., p. 107 *et seq.*

²⁸⁸ BRASIL. Conselho de Justiça Federal. Enunciado nº 445. **V Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/366>>. Acesso em: 02 ago. 2017

²⁸⁹ SCHEREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 126.

conceituar o dano moral “como uma lesão a um interesse existencial concretamente merecedor de tutela”.²⁹⁰

Certamente, a configuração do dano moral, na atualidade, deve perpassar pela análise objetiva e casuística do fato, através da “ponderação entre a conduta supostamente lesiva e o interesse supostamente violado”²⁹¹, o que permitirá escolher o interesse existencial jurídico e concretamente protegido pelo ordenamento jurídico, conseqüentemente, concluir pela ocorrência de dano injusto ou meramente justificado à luz da ponderação entre interesses colidentes no caso concreto.²⁹²

Destarte, a responsabilidade civil por dano moral, em função da inerente vinculação com a dignidade da pessoa humana e balizado pela violação dos direitos à personalidade, possivelmente, não permitirá o retorno ao estado anterior a lesão, o que impossibilita o seu ressarcimento. No entanto, esta violação deve ser compensada, uma vez que houve uma lesão a um interesse existencial, o que justifica a necessidade de uma minoração das conseqüências do dano injusto.²⁹³

Sobreleva, por fim, a aplicação da tutela inibitória como possível instituto assecuratório da reparação por dano moral, haja vista que a própria codificação civilista aponta, no artigo 12, para a possibilidade de pleitear a cessação da ameaça à direito da personalidade cumulada com perdas e danos, em um processo judicial. Nessa perspectiva, a tutela inibitória atinge o ato ilícito extrapatrimonial, possibilitando a cessação dos seus efeitos, através de uma ponderação a ser realizada pelo Poder Judiciário, entre a suposta ameaça a interesse existencial do lesado e a autonomia do lesante.²⁹⁴

5.2.1 Responsabilidade civil do agente causador do dano

O agente causador do dano é uma denominação geral utilizada para delimitar a pessoa, jurídica ou física, que praticou atos comissivos ou omissivos diretamente relacionados com o resultado

²⁹⁰ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de Direito Civil: responsabilidade civil**. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015, v.3, p. 266.

²⁹¹ *Ibidem*, p. 267.

²⁹² SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 141-142.

²⁹³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, p. 109 *et seq.*

²⁹⁴ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de Direito Civil: responsabilidade civil**. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015, v.3, p. 279.

danoso. Por conta disso, poderão ser obrigadas a reparar o dano injusto, de maneira proporcional.

A vigente codificação civilista, seguindo a trilha da legislação anterior, adotou a teoria subjetiva no caput do art. 927. No entanto, ressaltou, no parágrafo único, a possibilidade de aplicação da teoria objetiva a determinadas hipóteses, nas quais a atividade desenvolvida pelo autor do dano, por sua natureza, causa risco a esfera jurídica de terceiro ou previstas em lei. Desse modo, a despeito de Cavalieri Filho²⁹⁵ defender o caráter objetivista do código, a responsabilidade por culpa ainda é a regra geral a embasar a aplicação do instituto.

Nesse sentido, a menos que a conduta realizada pelo agente causador do dano esteja prevista na legislação ou decorra da cláusula geral de abertura da responsabilidade civil objetiva, estará sujeita a teoria subjetiva, que, como, anteriormente, sustentado, apresenta quatro pressupostos, tais como ato ilícito, dano, nexo de causalidade e culpa.

Em suma síntese, para configuração da obrigação de indenizar, segundo a teoria da culpa, será necessário a perquirição dos atos ilícitos, que “são os que promanam direta ou indiretamente da vontade e ocasionam efeitos jurídicos, mas contrários ao ordenamento”²⁹⁶. Por derivar da conduta do agente, que contraria o dever de cuidado o ato ilícito é o cerne do estudo da responsabilidade civil subjetiva.

Atualmente, verifica-se na doutrina, alguns autores defendendo a possibilidade de atos lícitos figurarem como pressuposto para a responsabilidade civil, o que será esboçado em tópico específico.

Além do ato ilícito, será necessário perquirir sobre o elemento subjetivo do agente, nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano ocasionado, para delinear a obrigação de indenizar, no caso concreto.

Deter-se-á, nesse momento, a análise mais profunda do nexo de causalidade, haja vista a explicação anterior sobre os demais elementos. Desse modo, o nexo causal é a “relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o dano verificado”.²⁹⁷ Ou seja, esse elemento é imprescindível para a configuração não só da responsabilidade civil subjetiva, mas também para aquela que decorre da teoria objetiva.

²⁹⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014 p. 07.

²⁹⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 27.

²⁹⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 67.

Por conseguinte, mesmo caracterizado o dano no caso concreto, se sua causa não está relacionada com a conduta de determinado indivíduo, não existirá o dever de indenizar, em razão da inexistência de relação de causalidade²⁹⁸.

Sílvio de Salvo Venosa²⁹⁹ destaca esse elemento como aquele que permite concluir quem foi o causador do dano e, por consequência, as modalidades que ensejam a exclusão da responsabilidade e decorrem da sua ruptura, quais sejam: culpa exclusiva da vítima, caso fortuito e força maior. Esse mesmo autor esboça algumas teorias que facilitarão a análise e a investigação do verdadeiro ato praticado pelo agente que resultou no dano, por isso, se refere a teoria da equivalência das condições e da causalidade adequada.

A primeira teoria advém do direito penal, pois descrita no art. 13, embora não permita perquirir, especificamente, qual o ato imprescindível, do qual decorreu o dano injusto, uma vez que não distingue causa, condição ou ocasião. Já a teoria da causalidade adequada autoriza, ainda que haja críticas, a perquirição mais específica sobre o antecedente necessário à caracterização do dano no caso concreto, logo, nem todas as hipóteses causais serão investigadas e consideradas para o estudo do nexo causal.³⁰⁰

Nessa perspectiva, o agente causador do dano tanto poderá ser responsabilizado objetivamente, como subjetivamente, dependendo sempre dos aspectos que formam o caso concreto, que quando do cotejo com a legislação vigente ensejarão ou não a obrigação de indenizar, haja vista a necessária investigação do preenchimento pressupostos de cada instituto.

5.2.1.1 Responsabilidade por dano decorrente de ato ilícito e lícito

Cumprido, inicialmente, tecer maiores comentários a respeito do ato ilícito, haja vista ser pressuposto de ambas as teorias que embasam, atualmente, o sistema de responsabilidade. Vale dizer, o ilícito civil decorre de um ato praticado por agente capaz (elemento subjetivo) ou omissão que infrinja o ordenamento jurídico (elemento objetivo).

De logo, percebe-se que esse ato não pressupõe vontade ou intenção de praticá-lo, uma vez que ele pode ocorrer mesmo contra a vontade do agente, mas persistirá caso possa ser imputado a ele. Ademais, a antijuridicidade se instalará no momento em que o agente “ofende o dever

²⁹⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 67.

²⁹⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 59.

³⁰⁰ *Ibidem*, *loc.cit.*

genérico e absoluto de não ofender, sem consentimento, a esfera jurídica alheia”.³⁰¹ Ou seja, o ato ilícito se manifesta quando há violação ao sistema e aos valores, que o integram, não apenas a lei.

Outrossim, reconhece-se a necessária presença do elemento subjetivo para o surgimento do ato ilícito, pois o “é sempre um comportamento voluntário que infringe um dever jurídico”³⁰². Por isso, verifica-se para se imputar, legitimamente, um comportamento contrário ao direito, o agente deve dotar de capacidade jurídica, conforme as disposições civilistas, haja vista precisará entender os efeitos da sua conduta, ou seja, possuir pleno discernimento.

A doutrina civilista, majoritariamente, reconhece o ato ilícito como pressuposto do instituto reparatório, embora Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga Netto³⁰³ sustentem que a responsabilidade civil também poderá decorrer da prática de um ato lícito. Destaca-se, no entanto, que apesar da conduta lícita poder ser considerada a origem da obrigação de reparar, ela não é compreendida como elemento indispensável ou pressuposto do instituto, justamente, por não ser a regra, mas a exceção.

Nesse sentido, esses autores sustentam que o próprio Código Civil dispôs sobre a possibilidade de responsabilização por ato decorrente do estado de necessidade, que é considerado lícito pelo art. 188, II, haja vista que durante sua prática é possível a realização de um resultado danoso pelo agente, o que resultou nas disposições delineadas pelos arts. 929 e 930.

A responsabilização por ato lícito também resvala efeitos na teoria objetiva, haja vista a cláusula de abertura prevista no parágrafo único, do art. 927, do diploma civilista, que possibilita a configuração do dever de indenizar, em razão do risco inerente ao exercício da atividade. Ou seja, malgrado o desenvolvimento da atividade seja considerado lícito pelo ordenamento jurídico poderá ser causa de dano injusto, o que atrai a obrigação de reparar o terceiro lesado.

Nesse sentido, apesar do âmbito cibernético ser um espaço ainda pouco explorado pelo legislador pátrio, o que, conseqüentemente, ocasiona uma maior liberdade para as pessoas que a utiliza, o que, de certo, permite compreender a internet como um sítio dotado de grande risco. Isso, por si só, não pode ser utilizado como uma justificativa para aplicar a teoria objetiva do

³⁰¹ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de Direito Civil: responsabilidade civil**. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015, v.3, p. 125.

³⁰² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014 p. 25.

³⁰³ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Op.cit*, 2015, v.3, p. 136.

risco para imputar responsabilidade sobre um mero usuário, que realize um ato lícito ou ilícito nesse ambiente.

Repise-se, o internauta que se utiliza da internet para praticar atos lícitos ou ilícitos, os quais, por algum motivo causem danos injustos não poderão ser responsabilizados objetivamente por eles, haja vista não realizarem atividade de risco, que, conforme já esboçado, advém da prática habitual e profissional de algum serviço, o que não é o caso. Por conta disso, poderão ser obrigados a reparar o dano, desde que haja a perquirição do elemento subjetivo do agente.

5.2.1.2 Procedimento de descoberta do agente causador do dano à luz do Marco Civil da Internet

Antes de adentrar objeto principal do tópico, cabe realizar algumas notas introdutórias sobre elementos de identificação na internet, essenciais para a descoberta do agente causador do dano, tendo em vista que a rede mundial de computadores e o próprio Marco Civil da Internet pressupõem o sigilo de dados.

A internet, justamente, pelo modo como foi construída possibilita o acesso irrestrito a qualquer pessoa localizada em qualquer parte do globo, o que foi reconhecido pelo próprio Marco Civil da Internet, no art. 5º, inciso I, que conceitua como um “sistema constituído do conjunto de protocolos lógicos, estruturado em escala mundial para uso público e irrestrito, com a finalidade de possibilitar a comunicação de dados entre terminais por meio de diferentes redes”.³⁰⁴

O acesso ilimitado permite aos usuários navegar por qualquer sítio eletrônico sem efetuar qualquer cadastro ou até mesmo quando necessário não há um controle sobre a veracidade daqueles dados pessoais disponibilizados. No entanto, esse caráter de liberdade quase desmedida, que, invariavelmente, decorre muitas vezes o anonimato é mitigado com o mecanismo mundial de identificação do dispositivo informático, denominado *internet protocol (IP)* ou endereço de protocolo da internet.

Com efeito, o endereço de protocolo da internet, segundo o art. 5º, inciso II é um código atribuído, única e especificamente, a um terminal de uma rede para permitir a sua identificação e segue padrões internacionais. Assim, o protocolo de internet é distribuído,

³⁰⁴ BRASIL. Lei 12.965/2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12965.htm>. Acesso em: 11 ago. 2017.

internacionalmente, pela *Internet Assigned Numbers Authority – IANA* para sistemas autônomos de cada país que, por consequência, alocam pacotes com esses números.

Nesse sentido, cada usuário que tiver acesso à rede de internet através de um terminal informático terá um número de identificação (IP), que ficará registrado em cada provedor de aplicação que o usuário acessar para postar uma fotografia ou publicar uma informação, por exemplo, juntamente com data, hora de início e término de uma conexão com a internet e a sua duração, que serão chamados de registro de conexão.

Assim, o Marco Civil da Internet considerando a preservação da intimidade e vida privada de cada usuário, no art. 10 esclarece como e quem poderá pleitear a identificação do dispositivo informático.

Inicialmente, a lei não estabelece qual o provedor responsável pela guarda dos registros de conexão, apenas determina mediante ordem judicial esses dados, acrescentados ou não, dos pessoais e outros elementos identificadores poderão ser disponibilizados. Todavia, ressalva a possibilidade de autoridades administrativas, como Ministério Público, terem acesso a dados cadastrais fornecidos pelos usuários, que informem qualificação pessoal, filiação e endereço, sem necessidade de autorização judicial prévia.

Somente no art. 13 da lei 12.965/2014, o legislador estabeleceu a obrigação de armazenar os registros de conexão, por um ano, ao administrador do sistema autônomo, destacando a sua responsabilidade pelo sigilo e segurança na manutenção dos dados. Nessa perspectiva, a lei assegura as autoridades administrativas a possibilidade de requererem cautelarmente a preservação dos dados por mais do que o prazo estipulado anteriormente.

Distintamente, legislador infraconstitucional vedou a preservação do registro de acesso as aplicações pelos provedores de conexão. Porém, no que tange ao provedor de aplicação, que exerce profissionalmente e com fins econômicos a atividade de forma organizada, há obrigação de manter os registros de acesso as suas respectivas aplicações na internet, pelo prazo de seis meses.

Certamente, a lei somente obrigou os provedores de aplicação a disponibilizarem o conteúdo mediante ordem judicial, que preencha os requisitos do art. 22, o que afasta a possibilidade de fornecimento de quaisquer dados e registros de conexão de outros usuários via requerimento administrativo ao provedor de aplicação. Ressalva-se, a possibilidade da autoridade policial ou administrativa ou Ministério Público requererem cautelarmente a extensão do prazo para a preservação dos registros de acesso, no entanto, apenas poderão ter acesso aos dados após

pedido de autorização judicial, que deve ser protocolado sessenta dias contados do pleito cautelar.

Dessa forma, colhe-se da leitura dos artigos da Lei 12.965/2014, que não poderá um usuário pleitear administrativamente os dados cadastrais ou até o registro de conexão para os provedores, em respeito ao sigilo de dados, à privacidade e intimidade, direitos assegurados constitucionalmente. No entanto, salienta-se, que ele poderá requerer judicialmente os dados pessoais e o registro de conexão do agente causador do dano, desde que seu requerimento demonstre “fundados indícios da ocorrência do ilícito, justificativa motivada da utilidade dos registros solicitados para fins de investigação ou instrução probatória e período ao qual se referem os registros”.

De outro lado, o magistrado que apreciar o pedido de guarda de registro e disponibilização dos dados informativos do agente causador do dano deverá ser diligente na guarda e manuseio dessas informações recebidas para preservar a intimidade, a vida privada, honra e imagem do lesionado, inclusive, podendo determinar o segredo de justiça, o que, por conseguinte, mitigaria o efeito multiplicador da lesão (será apreciado em tópico específico).

Portanto, a responsabilização do agente causador do dano não é simples, haja vista a devida proteção constitucional ao sigilo de dados e a necessária ponderação de interesses no caso concreto, que necessitará de um olhar mais acurado e sensível do aplicador do direito a esse tipo de demanda.

5.2.2 Responsabilidade civil do provedor de aplicação antes e depois do Marco Civil da Internet

Com surgimento e o desenvolvimento da internet, percebeu-se que a rede não seria controlada por entidade política ou governamental, de forma absoluta, apenas poderia sofrer intervenção ou ser regulamentada pelo organismo, dentro dos limites da sua soberania, alcançando somente os usuários inseridos naquele território.³⁰⁵

Nesse contexto, a inserção na rede globalizada e interconectada de computadores é, atualmente, uma oportunidade rodeada de possibilidades, em razão da inerente interatividade e colaboração

³⁰⁵ LEONARDI, Marcel. **Responsabilidade civil dos provedores de serviço de Internet**. Disponível em: <<http://leonardi.adv.br/wp-content/uploads/2011/04/mlrcpsi.pdf>>. Acesso em: 04 ago. 2017

proposta pela *word wide web* 2.0, a qual possibilita aos usuários a intercomunicação, a edição, publicação e intercâmbio de textos, imagens, vídeos, a exposição, em tempo real, dos próprios atos ou de outras pessoas, dentre outras. Essa constante e permanente colaboração dos usuários para a formação desse mundo cibernético é proporcionada por alguns atores.

A doutrina especializada não converge acerca da classificação dos provedores de serviço de internet, embora essa delimitação seja de fundamental importância para a definição da responsabilidade civil de cada categoria, conforme o exercício da atividade típica.³⁰⁶

Marcel Leonardi³⁰⁷, antes da promulgação do Marco Civil da Internet, categorizou o gênero, nas seguintes espécies: provedor de *backbone*, provedor de acesso, provedor de correio eletrônico, provedor de hospedagem e provedor de conteúdo. O primeiro é a pessoa jurídica que tem o domínio das “estruturas físicas pelas quais trafega a quase totalidade dos dados transmitidos através da internet, e é usualmente composto por múltiplos cabos de fibra ótica de alta velocidade”.

Distintamente, o provedor de acesso consiste na pessoa jurídica que permite o “acesso de seus consumidores à internet”. Por sua vez, ele se distingue do provedor de correio eletrônico, que “fornece, portanto, serviços que consistem em possibilitar o envio de mensagens do usuário a seus destinatários”, bem como a sua armazenagem.

O provedor de hospedagem “é aquele que fornece o serviço de armazenamento de dados de acesso remoto em seu disco rígido mediante remuneração (ou não) e possibilita o acesso de tais dados a terceiros nos termos do contrato entabulado com o solicitante da hospedagem”.³⁰⁸

No que tange ao provedor de conteúdo, Marcel Leonardi³⁰⁹ destaca que parte da doutrina trata essa espécie como sinônima do provedor de informação, embora ele insista na diferenciação entre ambos. Por isso, defende que o provedor de informação consiste em uma pessoa natural ou jurídica “responsável pela criação das informações divulgadas através da internet”, que é diferente do provedor de conteúdo, o qual “disponibiliza na internet as informações criadas ou

³⁰⁶ CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues da Cunha; COSTA, Carlos; ARAÚJO, Laisa Ribeiro de. A responsabilidade civil do provedor de conteúdo por violações à honra praticadas por terceiros: antes e pós-Marco Civil da Internet. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Ed. RT, vol. 99, ano 24, maio-jun. 2015, p. 196.

³⁰⁷ LEONARDI, Marcel. **Responsabilidade civil dos provedores de serviço de Internet**. Disponível em: <<http://leonardi.adv.br/wp-content/uploads/2011/04/mlrcpsi.pdf>>. Acesso em: 04 ago. 2017

³⁰⁸ CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues da Cunha; COSTA, Carlos; ARAÚJO, Laisa Ribeiro de. *Op.cit.*, 2015, p. 196.

³⁰⁹ LEONARDI, Marcel. *Op.cit.* Disponível em: <<http://leonardi.adv.br/wp-content/uploads/2011/04/mlrcpsi.pdf>>. Acesso em: 04 ago. 2017

desenvolvidas pelos provedores de informação, utilizando para armazená-las servidores próprios ou os serviços de um provedor de hospedagem”.

Após a promulgação do Marco Civil da Internet, Walter Aranha Capanema³¹⁰ ao alertar que a referida lei não disciplina todas as hipóteses de responsabilidade civil no âmbito cibernético (somente acena para a responsabilização dos provedores diante de danos ocasionados por elementos informativos formulados por terceiros), defende a classificação dos provedores de serviço, com base no art. 5º da Lei 12.965/2014, em duas espécies: de conexão e de aplicação.

Com essa orientação, os provedores de conexão “são aqueles que prestam o serviço, geralmente remunerado, de permitir o acesso do usuário à internet”³¹¹, que se diferencia daqueles de aplicação que “são todas as funcionalidades que existem na internet, como sites, aplicativos, serviços e jogos”³¹², podendo ser remunerados ou gratuitos. Quando o provedor de aplicação for fornecido gratuitamente, em regra, haverá uma remuneração indireta, mediante a alienação dos dados dos seus usuários ou disponibilização de anúncios publicitários.

Com esses esclarecimentos iniciais e detendo-se aos objetivos específicos deste trabalho, aprofundar-se-á no estudo da responsabilidade civil do provedor de aplicação por conteúdo formulado e disponibilizado por terceiros nas suas plataformas, que é regida pelo Marco Civil da Internet.

Por conta disso, não se estudará a responsabilidade civil objetiva decorrente da relação de consumo travada entre o provedor de conexão e o contratante do serviço (consumidor) ou a obrigação de reparação prevista no Código civil, especificamente, art. 927. Nesse mesmo caminho, aponta Walter Aranha Capanema³¹³ ao alertar que “o Marco Civil não regula as questões que digam respeito à responsabilidade civil da Internet, mas apenas às hipóteses relacionadas com os provedores diante dos danos decorrentes de conteúdo criados por terceiros”.

Frise-se, embora alguns doutrinadores, antes da vigência do Marco Civil da Internet, reconheçam o liame consumerista entre o provedor de conteúdo, que exerça de forma profissional e habitual sua atividade, e o usuário da rede, defendendo, inclusive, a incidência da responsabilidade objetiva em caso de dano, esta não foi a posição adotada pela lei 12.965/2014,

³¹⁰ CAPANEMA, Walter Aranha. **A responsabilidade civil na Internet: uma análise da lei 12.965/2014**. Disponível em: < http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista78/revista78_107.pdf>. Acesso em: 04 ago. 2017.

³¹¹ *Ibidem*.

³¹² *Ibidem*.

³¹³ *Ibidem*.

uma vez que exige o descumprimento ordem judicial ou notificação extrajudicial de retirada para a responsabilização do provedor de aplicação.³¹⁴

Justamente, por conta desse tratamento distinto entre os dois sistemas, que Walter Aranha Capanema³¹⁵ alerta a antinomia ocasionada entre as disposições do Marco Civil da Internet e os princípios e regras do Direito do Consumidor, inclusive, destacando a possível inconstitucionalidade dos art. 19 e 21 do diploma digital. Enquanto o Código consumerista estabelece que a responsabilidade civil exsurge com o fato danoso, conforme se extrai do art. 14, a lei 12.965/2014, há dificuldade dessa responsabilização, ao trazer a necessidade de ordem judicial (art. 19) ou notificação extrajudicial (art. 21) como pressupostos.

O mesmo Autor sustenta ainda sua tese jurídica ao alertar sobre geração de um ônus ao consumidor, já que a lei da internet estipula um fato processual como pressuposto para a responsabilização, o que, por conseguinte, resultará em um possível desatendimento dos pedidos dos usuários e no acréscimo de ações sobre a matéria, o que vai em descompasso com a própria sistemática criada pelo Novo Código de Processo Civil, tal como a valorização das soluções não judiciais.³¹⁶

Outrossim, o Código Civil, no art. 927, parágrafo único, institui a exceção a teoria subjetiva da responsabilidade civil, adotando a teoria do risco criado, a qual determina que quando a atividade, normalmente, desempenhada, por sua própria natureza, pelo autor do dano implicar risco aos direitos de outrem. Essa cláusula de abertura prevista no parágrafo único, permite que a jurisprudência e a doutrina, diante de um caso concreto e através da ponderação de interesses do caso, analisem se está ou não perante uma atividade de risco desenvolvida habitualmente, o que perpassa, necessariamente, pelo estudo do dever de segurança.³¹⁷

Em suma, concluir sobre o afastamento da aplicação do art. 927, parágrafo único, não é simplório, demandando uma análise pormenorizada da relação do usuário com a rede e da atividade de cada provedor, o que não é o objetivo deste trabalho, embora, admite-se, de maneira geral, que a rede mundial de computadores, atualmente, pode conter riscos. No entanto, compreende-se que o provedor de conteúdo não possui a obrigação de controlar previamente as

³¹⁴ CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues da Cunha; COSTA, Carlos; ARAÚJO, Laisa Ribeiro de. A responsabilidade civil do provedor de conteúdo por violações à honra praticadas por terceiros: antes e pós-Marco Civil da Internet. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Ed. RT, vol. 99, ano 24, maio-jun. 2015, p. 204 *et seq.*

³¹⁵ CAPANEMA, Walter Aranha. A responsabilidade civil na Internet: uma análise da lei 12.965/2014. Disponível em: < http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista78/revista78_107.pdf>. Acesso em: 06 ago. 2017.

³¹⁶ *Ibidem*.

³¹⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, p. 220 *et seq.*

informações disponibilizadas pelos usuários, sob pena romper com o padrão cultural de liberdade da internet, invalidar a liberdade de expressão e possibilitar a censura de conteúdo (o que afrontaria o regime democrático).³¹⁸

Ou seja, ao adotar, exclusivamente, a disciplina do Código Civil para respaldar o dever de reparação objetiva dos provedores de conteúdo, considerando a não observância de um dever de segurança e por um ato praticado por terceiro na sua plataforma. Isso apontaria para a necessidade da pessoa jurídica fiscalizar e analisar previamente todos os conteúdos informativos, inclusive, concederia aval para que o provedor não permitisse que um conteúdo fosse disponibilizado, vilipendiando, frontalmente, a liberdade de expressão, que apenas pode ser restringida diante de violações aos limites impostos na Carta Magna.

Dessa forma, ressalta-se o imprescindível estudo da nova disciplina prevista no Marco Civil da Internet para análise responsabilização do provedor de conteúdo por danos ocasionados por terceiros, embora antes reconheça-se a necessidade de investigar o posicionamento jurisprudencial, que delimitou a matéria, anteriormente, a promulgação daquela lei e, posteriormente, tece as bases para a sua interpretação.

5.2.2.1 Posicionamento Jurisprudencial

O Tribunal brasileiro responsável por uniformizar a interpretação de lei federal é o Superior Tribunal de Justiça. Por conta disso, este trabalho se restringirá a tecer considerações sobre os precedentes proferidos por esta Corte antes e após a vigência do Marco Civil da Internet, que tenham como objeto a responsabilidade civil do provedor de aplicação por violações à honra praticadas por terceiros, mostrando a evolução do entendimento sobre essa matéria.

Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e Cruz, Carlos Costa e Laisa Ribeiro de Araújo³¹⁹ realizaram uma pesquisa minuciosa a respeito das decisões proferidas pela Corte da Cidadania sobre esse objeto e encontraram cinquenta precedentes, embora apenas tenham analisado alguns, aprofundaram no tema de pesquisa do posicionamento do Tribunal. Assim, esses autores inferiram que “antes da entrada em vigor do MCI, os argumentos delineados no REsp

³¹⁸ CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues da Cunha; COSTA, Carlos; ARAÚJO, Laisa Ribeiro de. A responsabilidade civil do provedor de conteúdo por violações à honra praticadas por terceiros: antes e pós-Marco Civil da Internet. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Ed. RT, vol. 99, ano 24, maio-jun. 2015, p. 215.

³¹⁹ *Ibidem*, p. 189.

1.193.764³²⁰ surtiram efeitos para balizar as soluções dos casos a estes semelhantes, pois foi *um leading case (ratione temporis)*”, inclusive, servindo de fundamento para julgamento de causas após a entrada em vigor do Marco Civil da Internet, no REsp 1.501.182.³²¹

O primeiro precedente referido esclarece o posicionamento da Corte sobre a natureza consumerista da relação travada entre provedor de conteúdo e usuário da internet, o que impõe a aplicação das disposições desse sistema àquela relação, embora esclareça que não reconhece o surgimento da responsabilidade objetiva no caso concreto, uma vez que não há falha no serviço, por não ser inerente a atividade do provedor a fiscalização prévia de informações veiculadas pelos usuários. O mesmo argumento foi utilizado para afastar o reconhecimento de dano moral, destacando que a inserção de informações por terceiros na plataforma dos provedores de aplicação não “constitui risco inerente a atividade”.

³²⁰ DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. INTERNET. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO CDC. GRATUIDADE DO SERVIÇO. INDIFERENÇA. PROVEDOR DE CONTEÚDO. FISCALIZAÇÃO PRÉVIA DO TEOR DAS INFORMAÇÕES POSTADAS NO SITE PELOS USUÁRIOS. DESNECESSIDADE. MENSAGEM DE CONTEÚDO OFENSIVO. DANO MORAL. RISCO INERENTE AO NEGÓCIO. INEXISTÊNCIA. CIÊNCIA DA EXISTÊNCIA DE CONTEÚDO ILÍCITO. RETIRADA IMEDIATA DO AR. DEVER. DISPONIBILIZAÇÃO DE MEIOS PARA IDENTIFICAÇÃO DE CADA USUÁRIO. DEVER. REGISTRO DO NÚMERO DE IP. SUFICIÊNCIA.

1. A exploração comercial da internet sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei nº 8.078/90.
2. O fato de o serviço prestado pelo provedor de serviço de internet ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo "mediante remuneração" contido no art. 3º, § 2º, do CDC deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor.
3. A fiscalização prévia, pelo provedor de conteúdo, do teor das informações postadas na web por cada usuário não é atividade intrínseca ao serviço prestado, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o site que não examina e filtra os dados e imagens nele inseridos.
4. O dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo inseridas no site pelo usuário não constitui risco inerente à atividade dos provedores de conteúdo, de modo que não se lhes aplica a responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do CC/02.
5. Ao ser comunicado de que determinado texto ou imagem possui conteúdo ilícito, deve o provedor agir de forma enérgica, retirando o material do ar imediatamente, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão praticada.
6. Ao oferecer um serviço por meio do qual se possibilita que os usuários externem livremente sua opinião, deve o provedor de conteúdo ter o cuidado de propiciar meios para que se possa identificar cada um desses usuários, coibindo o anonimato e atribuindo a cada manifestação uma autoria certa e determinada. Sob a ótica da diligência média que se espera do provedor, deve este adotar as providências que, conforme as circunstâncias específicas de cada caso, estiverem ao seu alcance para a individualização dos usuários do site, sob pena de responsabilização subjetiva por culpa in omittendo.
7. Ainda que não exija os dados pessoais dos seus usuários, o provedor de conteúdo, que registra o número de protocolo na internet (IP) dos computadores utilizados para o cadastramento de cada conta, mantém um meio razoavelmente eficiente de rastreamento dos seus usuários, medida de segurança que corresponde à diligência média esperada dessa modalidade de provedor de serviço de internet.
8. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 1193764/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/12/2010, DJe 08/08/2011) (Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=13438555&num_registro=201000845120&data=20110808&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 01 nov. 2017.)

³²¹ CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues da Cunha; COSTA, Carlos; ARAÚJO, Laisa Ribeiro de. A responsabilidade civil do provedor de conteúdo por violações à honra praticadas por terceiros: antes e pós-Marco Civil da Internet. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Ed. RT, vol. 99, ano 24, maio-jun. 2015, p. 189 *et seq.*

O Tribunal da Cidadania, não obstante entender ser aplicável o CDC/1990, excluiu a responsabilidade objetiva. Identificou a parte vencedora como provedor de conteúdo (e não como provedor de backbone, ou de acesso, ou de hospedagem, tampouco de informação), para delimitar, em concordância com o voto da Min. Rel. Nancy Andrighi, que o Google: (i) não responde objetivamente pela inserção no site, por terceiros, de informações ilegais; (ii) não pode ser obrigado a exercer um controle prévio de conteúdo das informações postadas no site por seus usuários; (iii) assim teve conhecimento inequívoco da existência de dados ilegais no site, removeu-os imediatamente; (iv) mantém um sistema minimamente eficaz de identificação de seus usuários; e (v) adotou as medidas que estavam ao seu alcance visando à identificação do responsável pela inclusão no Orkut dos dados agressivos à honra do recorrente.³²²

No que tange a inviabilidade de análise prévia do conteúdo disponibilizado pelo terceiro na plataforma, colhe-se o mesmo argumento sendo utilizado pela Corte para afastar a obrigação de retirada de conteúdo ofensivo e a responsabilização por danos à personalidade causada a atriz Maria da Graça Xuxa Meneghel pelas informações disponibilizadas pela empresa Google, em site de pesquisa, o que resultou no provimento do REsp 1.316.921.³²³

Outrossim, tendo em vista que não havia qualquer legislação disciplinando aquela relação, o precedente tentou traçar as medidas que deveriam ser providenciadas pelo provedor de aplicação, como a exclusão de publicação, em caso de comunicação sobre conteúdo ilícito pelo usuário, sob pena de responder solidariamente com o agente, mas sem realizar qualquer ressalva sobre a necessidade de ordem judicial para tanto.

A Corte da Cidadania, ao verificar a reiteração do ajuizamento de ações com o mesmo objeto, editou informativo de jurisprudência nº 0460³²⁴, baseando-se no acórdão, que julgou o REsp

³²² CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues da Cunha; COSTA, Carlos; ARAÚJO, Laisa Ribeiro de. A responsabilidade civil do provedor de conteúdo por violações à honra praticadas por terceiros: antes e pós-Marco Civil da Internet. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Ed. RT, vol. 99, ano 24, maio-jun. 2015, p. 191.

³²³ *Ibidem*, p. 192.

³²⁴ TERCEIRA TURMA. RESPONSABILIDADE. PROVEDOR. INTERNET.

A Turma negou provimento ao recurso especial originário de ação de obrigação de fazer c/c indenização por danos morais proposta pela recorrente em desfavor do provedor de rede social de relacionamento (recorrido) sob a alegação de que foi alvo de ofensas proferidas em página da *internet*. Inicialmente, afirmou a Min. Relatora que a relação jurídica em questão constitui verdadeira relação de consumo sujeita ao CDC, mesmo se tratando de serviço gratuito, tendo em vista o ganho indireto alcançado pelo fornecedor. Contudo, consignou que o recorrido, por atuar, *in casu*, como provedor de conteúdo - já que apenas disponibiliza as informações inseridas por terceiros no *site* -, não responde de forma objetiva pelo conteúdo ilegal desses dados. Asseverou que o provedor deve assegurar o sigilo, a segurança e a inviolabilidade dos dados cadastrais de seus usuários, além de garantir o pleno funcionamento das páginas que hospeda, entretanto não pode ser obrigado a exercer um monitoramento prévio das informações veiculadas por terceiros, pois não se trata de atividade intrínseca ao serviço por ele prestado (controle, inclusive, que poderia resultar na perda de eficiência e no retrocesso do mundo virtual), razão pela qual a ausência dessa fiscalização não pode ser considerada falha do serviço. Salientou, ainda, não se tratar de atividade de risco por não impor ônus maior que o de qualquer outra atividade comercial. Todavia, ressaltou que, a partir do momento em que o provedor toma conhecimento da existência do conteúdo ilegal, deve promover a sua remoção imediata; do contrário, será responsabilizado pelos danos daí decorrentes. Nesse contexto, frisou que o provedor deve possuir meios que permitam a identificação dos seus usuários de forma a coibir o anonimato, sob pena de responder subjetivamente por culpa *in omissendo*. (REsp 1.193.764-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 14/12/2010.) (Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&processo=1193764&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em: 01 nov. 2017.)

1.193.764, portanto, consolidando sua jurisprudência, no sentido de não reconhecer a responsabilidade objetiva do provedor de conteúdo sobre atos ofensivos praticados por terceiros, ressalvando a hipótese da pessoa jurídica tomar conhecimento da ofensa, na qual deverá promover a sua retirada imediata.

Ou seja, restou sedimentado o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça quanto a obrigação de remoção da ofensa pelo provedor de conteúdo quando notificado extrajudicialmente e, caso não realizada a medida, poderia ser responsabilizado. Porém, nesse momento, ainda não tinha sido determinado um prazo para cumprimento dessa obrigação, o que apenas ocorreu com o julgamento do REsp 1.175.675, adotando o prazo de 48 (quarenta e oito) horas.³²⁵

Nessa linha de entendimento, apenas no ano de 2012, o Superior Tribunal de Justiça começou a consolidar o entendimento sobre o prazo razoável para retirada da ofensa da internet, alcançando a marca de 24 (vinte e quatro) horas³²⁶, inclusive, em precedente recente³²⁷, mesmo

³²⁵ CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues da Cunha; COSTA, Carlos; ARAÚJO, Laisa Ribeiro de. A responsabilidade civil do provedor de conteúdo por violações à honra praticadas por terceiros: antes e pós-Marco Civil da Internet. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Ed. RT, vol. 99, ano 24, maio-jun. 2015, p. 193-194.

³²⁶ RESPONSABILIDADE CIVIL. INTERNET. REDES SOCIAIS. MENSAGEM OFENSIVA. CIÊNCIA PELO PROVEDOR. REMOÇÃO. PRAZO.

1. A velocidade com que as informações circulam no meio virtual torna indispensável que medidas tendentes a coibir a divulgação de conteúdos depreciativos e aviltantes sejam adotadas célere e enfaticamente, de sorte a potencialmente reduzir a disseminação do insulto, minimizando os nefastos efeitos inerentes a dados dessa natureza.

2. Uma vez notificado de que determinado texto ou imagem possui conteúdo ilícito, o provedor deve retirar o material do ar no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão praticada.

3. Nesse prazo de 24 horas, não está o provedor obrigado a analisar o teor da denúncia recebida, devendo apenas promover a suspensão preventiva das respectivas páginas, até que tenha tempo hábil para apreciar a veracidade das alegações, de modo a que, confirmando-as, exclua definitivamente o perfil ou, tendo-as por infundadas, resta-beleça o seu livre acesso.

4. O diferimento da análise do teor das denúncias não significa que o provedor poderá postergá-la por tempo indeterminado, deixando sem satisfação o usuário cujo perfil venha a ser provisoriamente suspenso. Cabe ao provedor, o mais breve possível, dar uma solução final para o conflito, confirmando a remoção definitiva da página de conteúdo ofensivo ou, ausente indício de ilegalidade, recolocando-a no ar, adotando, nessa última hipótese, as providências legais cabíveis contra os que abusarem da prerrogativa de denunciar.

5. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 1323754/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/06/2012, DJe 28/08/2012) (Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=22644503&num_registro=201200057484&data=20120828&tipo=5&formato=PDF>.

Acesso em: 01 nov. 2017)

³²⁷ RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INTERNET. DANO MORAL. CRIAÇÃO DE PERFIS FALSOS E COMUNIDADES INJURIOSAS EM SÍTIO ELETRÔNICO MANTIDO POR PROVEDOR DE INTERNET. RELAÇÃO DE CONSUMO. AUSÊNCIA DE CENSURA. NOTIFICADO O PROVEDOR, TEM O PRAZO DE 24 HORAS PARA EXCLUIR O CONTEÚDO DIFAMADOR. DESRESPEITADO O PRAZO, O PROVEDOR RESPONDE PELOS DANOS ADVINDOS DE SUA OMISSÃO. PRECEDENTES ESPECÍFICOS DO STJ.

1. Pretensão indenizatória e cominatória veiculada por piloto profissional de Fórmula 1, que, após tomar conhecimento da existência de "perfis" falsos, utilizando o seu nome e suas fotos com informações injuriosas, além de "comunidades" destinadas unicamente a atacar sua imagem e sua vida pessoal, notificou extrajudicialmente o provedor para a sua retirada da internet.

após a promulgação do Marco Civil da Internet, ao esclarecer que a notificação extrajudicial realizada pelo usuário seria suficiente para exsurgir a obrigação de suspender o conteúdo ofensivo, por esse período, pelo provedor de aplicação.³²⁸

Saliente-se, no entanto, que malgrado à primeira vista o precedente ser contrário ao que dispõe a lei do Marco Civil da Internet, a causa de pedir se refere a período anterior a vigência da referida lei, o que resultou na aplicação da legislação vigente à época dos fatos sobre a relação material discutida.³²⁹

Malgrado a Corte da Cidadania tenha, em tese, tutelado o consumidor-usuário, que é, invariavelmente, vulnerável em relação aos provedores de conteúdo, ao determinar a obrigatoriedade da suspensão da exibição da ofensa após a notificação extrajudicial, no período de vinte e quatro horas, o legislador infraconstitucional não seguiu essa tendência, estabelecendo um ônus mais gravoso, tal como a necessidade de ordem judicial.

Em precedente ainda mais recente, mesmo após a vigência do Marco Civil da Internet, os Ministros continuam a se pautar nas premissas fundantes do acórdão, que julgou o REsp 1.193.764, apenas reconhecendo a responsabilidade subjetiva, quando mesmo diante do conhecimento da lesão que a ofensa causa, não realizar medidas para a sua remoção. É o que poder ser interpretado do acórdão proferido no Resp 1.531.653³³⁰.

2. Recusa da empresa provedora dos serviços de internet em solucionar o problema.

3. Polêmica em torno da responsabilidade civil por omissão do provedor de internet, que não responde objetivamente pela inserção no site, por terceiros, de dados ilícitos.

4. Impossibilidade de se impor ao provedor a obrigação de exercer um controle prévio acerca do conteúdo das informações postadas no site por seus usuários, pois constituiria uma modalidade de censura prévia, o que não é admissível em nosso sistema jurídico.

5. Ao tomar conhecimento, porém, da existência de dados ilícitos em "site" por ele administrado, o provedor de internet tem o prazo de 24 horas para removê-los, sob pena de responder pelos danos causados por sua omissão.

6. Quantum indenizatório arbitrado com razoabilidade, levando em consideração as peculiaridades especiais do caso concreto, cuja revisão exigiria a reavaliação do conjunto fático-probatório para sua modificação, o que é vedado a esta Corte Superior, nos termos da Súmula 07/STJ.

7. Precedentes específicos do STJ acerca do tema.

8. Recurso especial do autor desprovido e recurso especial da parte ré parcialmente provido para afastar a condenação relativa a criação de bloqueios e filtros em nome do autor.

(REsp 1337990/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/08/2014, DJe 30/09/2014) (Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=34792427&num_registro=201102765398&data=20140930&tipo=5&formato=PDF>.

Acesso em: 01 nov. 2017.)

³²⁸ CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues da Cunha; COSTA, Carlos; ARAÚJO, Laisa Ribeiro de. A responsabilidade civil do provedor de conteúdo por violações à honra praticadas por terceiros: antes e pós-Marco Civil da Internet. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Ed. RT, vol. 99, ano 24, maio-jun. 2015, p. 194 *et seq.*

³²⁹ *Ibidem*, p. 195.

³³⁰ CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TERRA NETWORK. FOTOLOG. AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. CONTEÚDO REPUTADO OFENSIVO. MONITORAMENTO. AUSÊNCIA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. AFASTAMENTO.

Por certo, como o próprio Tribunal Superior reconheceu o liame consumerista (que pode se deduzir do regramento estabelecido no art. 3º, do CDC, para identificação do fornecedor, utilizando-se a interpretação extensiva do requisito remuneração para incluir o ganho indireto)³³¹, não se pode olvidar que a relação apresenta a natureza de consumo, mas será aplicado o regramento estabelecido pelo MCI, por ser lei mais específica sobre a matéria.

Por conta disso, Walter Aranha Capanema³³² defende a inconstitucionalidade do art. 19 da lei 12.965/2014, já que a regra trouxe uma alternativa mais gravosa ao consumidor, o que, com efeito, viola o princípio da vedação ao retrocesso. Com isso, defende a aplicação do regramento do Código de Defesa Consumidor a esta relação, argumentando que como o provedor apresenta um ganho indireto com a utilização da ferramenta pelos usuários, “ele deve, também arcar com os danos causados por eles pelo uso”.

O autor vai além e demonstra o pretexto pífio utilizado pelos provedores de aplicação para não realizar a filtragem de conteúdo, haja vista que “o *Youtube* possui uma sofisticada ferramenta de análise de todo e qualquer conteúdo enviado por seus usuários, bloqueando a exibição de

1. Ação ajuizada em 29/12/2014. Recurso especial interposto em 20/01/2015 e distribuído a este gabinete em 25/08/2016.

2. O propósito recursal reside na possibilidade de existência de responsabilidade solidária da recorrente - uma provedora de aplicações de internet - por conteúdos gerados por terceiros que utilizam suas aplicações.

3. Esta Corte fixou entendimento de que "(i) não respondem objetivamente pela inserção no site, por terceiros, de informações ilegais; (ii) não podem ser obrigados a exercer um controle prévio do conteúdo das informações postadas no site por seus usuários;

(iii) devem, assim que tiverem conhecimento inequívoco da existência de dados ilegais no site, removê-los imediatamente, sob pena de responderem pelos danos respectivos; (iv) devem manter um sistema minimamente eficaz de identificação de seus usuários, cuja efetividade será avaliada caso a caso". Precedentes.

4. A verificação do conteúdo das imagens postadas por cada usuário não constitui atividade intrínseca ao serviço prestado pelos provedores de compartilhamento de vídeos, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, a aplicação que não exerce esse controle.

5. O dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo inseridas no site pelo usuário não constitui risco inerente à atividade dos provedores de compartilhamento de vídeos, de modo que não se lhes aplica a responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do CC/02.

6. Aos provedores de aplicação, utiliza-se a tese da responsabilidade subjetiva, segundo a qual o provedor de aplicação torna-se responsável solidariamente com aquele que gerou o conteúdo ofensivo se, ao tomar conhecimento da lesão que determinada informação causa, não tomar as providências necessárias para a sua remoção. Precedentes.

7. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 1531653/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/06/2017, DJe 01/08/2017) (Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=73633388&num_registro=201501083984&data=20170801&tipo=5&formato=PDF>.

Acesso em: 01 nov. 2017)

³³¹ CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues da Cunha; COSTA, Carlos; ARAÚJO, Laisa Ribeiro de. A responsabilidade civil do provedor de conteúdo por violações à honra praticadas por terceiros: antes e pós-Marco Civil da Internet. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Ed. RT, vol. 99, ano 24, maio-jun. 2015, p. 192.

³³² CAPANEMA, Walter Aranha. **A responsabilidade civil na Internet: uma análise da lei 12.965/2014**. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista78/revista78_107.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2017.

material protegido por direitos autorais” e o Facebook impediu que o *link* de uma rede social concorrente fosse incluída na linha do tempo do usuário.³³³

Portanto, a Corte da Cidadania, responsável pela uniformização do entendimento sobre lei federal, antes e após a vigência da lei 12.965/2014, destacando, inclusive, relações processuais formadas após a promulgação da referida lei, continua a negar a responsabilidade objetiva do provedor de aplicação, apenas reconhecendo a reponsabilidade subjetiva e solidária com o autor da ofensa, quando toma conhecimento da lesão e não realiza providências para removê-la.

5.2.2.2 Possibilidade de remoção de Ofensa

O Marco civil da Internet, que regula a relação entre usuário e provedor de aplicação, especificamente, prevê a possibilidade da vítima de uma lesão ocasionada por conteúdo disponibilizado e criado por terceiro adentrar com uma ação judicial ou até mesmo notificar extrajudicialmente a empresa responsável pelo sítio eletrônico, como se depreende da leitura do art. 19.

Esse artigo, claramente, ao utilizar a expressão “tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente” remete a possível remoção da ofensa pelo provedor de aplicação, desde que não cumprida por ele uma ordem judicial anterior. Ou seja, adere e promove a solução de litígio através da tutela específica, viabilizando a solução mais adequada ao caso concreto.

Diante de uma lesão à honra ocasionada por um terceiro na internet, a vítima, via de regra, desejará, imediatamente, a remoção do ato ilícito disponibilizado na plataforma do provedor de aplicação. Isso poderá ser realizado, espontaneamente, pelo provedor de conteúdo via notificação administrativa ou por ordem judicial.

Nesse sentido, o provedor de conteúdo poderá, espontaneamente, após notificação extrajudicial da vítima ou qualquer outro usuário suspender o acesso ao conteúdo ofensivo de autoria de terceiro, sendo que bastará a indicação do *link*, no qual hospeda a ofensa. No entanto, a legislação brasileira não impõe qualquer obrigação ao provedor, relativo ao cumprimento

³³³ CAPANEMA, Walter Aranha. A responsabilidade civil na Internet: uma análise da lei 12.965/2014. Disponível em: < http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista78/revista78_107.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2017.

voluntário da notificação e pedido extrajudicial de suspensão do acesso ao conteúdo disponibilizado.

Desse modo, após a notificação extrajudicial não cumprida ou até mesmo não submetido a via administrativa, poderá a vítima interpor ação judicial para pleitear a remoção da ofensa do sítio ou plataforma disponível na internet.

Com efeito, a ação judicial deve ser interposta em juízo competente, que é determinada após a análise de três critérios, a saber: objetivo, funcional e territorial. O primeiro trata da competência em razão da matéria, da pessoa e do valor da causa. Assim, dentre elas, a primeira não será determinante para a definição do juízo competente, diferentemente, da competência em razão da matéria, que é determinada pela relação jurídica litigiosa, delimitada pelo fato jurídico que a origina, ou seja, a causa de pedir e do valor da causa, que advém da análise do pedido.³³⁴

Especificamente, a relação jurídica controvertida entre vítima e provedor de aplicação deverá obedecer às diretrizes do Marco Civil da Internet, lei mais específica do que o Código de Defesa do consumidor, o que atrairá a competência em razão da matéria do juízo cível, inclusive, o fato jurídico que lhe dá causa se refere a uma ofensa veiculada em plataforma digital disponibilizada pelo provedor.

Ademais, caso o pedido somente se refira a remoção da ofensa, esse pleito poderá ser processado e julgado nos juizados especiais estaduais, respeitando o teto imposto pelo art. 3º, I, da Lei 9099/95³³⁵, como também a vítima poderá escolher adentrar com ação nos juízos cíveis, se o valor da causa for maior do que o teto dos juizados, haja vista a competência em razão do valor da causa ser relativa para os juízos cíveis³³⁶, diferente dos juizados.

O legislador no Marco Civil da Internet silenciou sobre a definição de competência territorial específica, por isso, aplicar-se-á, o que determina a lei 9099/95, no art. 4º, caso a ação seja interposta nos juizados especiais estaduais ou a regra geral prevista no art. 46 do Código de Processo Civil, no caso do processo tramitar na justiça comum de primeiro grau.

Malgrado ser simples a descoberta do juízo competente para processar e julgar a causa, não será fácil descobrir a parte legítima para figurar no polo passivo da demanda, haja vista que existem

³³⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17 ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 215 *et seq.*

³³⁵ BRASIL. **Lei 9099/1995**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm. Acesso em: 16 ago. 2017.

³³⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Op.cit.*, 2015, p. 221.

alguns sítios digitais, os quais apresentam dois responsáveis, um pela criação e outro, denominado de hospedeiro, que possui o dever de manter a plataforma ativa e disponível para acesso de qualquer usuário, registrando os endereços eletrônicos de quem acessa, por exemplo. No Brasil, existe um sítio eletrônico (<https://registro.br/cgi-bin/whois>), que permite a descoberta do criador e hospedeiro. Desse modo, como ambos são responsáveis pela manutenção do sítio eletrônico, cada um à sua maneira, a vítima deve interpor a ação em desfavor dos dois.

Destarte, a lei 12.965/2014, claramente, apresenta regra expressa e específica quanto à possibilidade de interposição de demanda, com o objetivo de remover a ofensa da internet, o que permite uma atenuação do dano ocasionado a vítima pela publicação, uma vez que poderá inviabilizar (não impossibilitar) o seu acesso por outros usuários, o que maximizaria os efeitos do ato ilícito. Malgrado não haja regras específicas na referida lei sobre a competência para processar e julgar esse tipo de ação, pode-se colher de outros diplomas jurídicos a disciplina adequada ao caso.

5.2.2.3 (Im)possibilidade de responsabilização patrimonial do provedor de aplicação por atos de terceiro.

Diante da possibilidade da concessão da tutela jurisdicional específica para solucionar o litígio que envolve a vítima e o provedor de conteúdo, torna-se difícil conceber uma responsabilização patrimonial da pessoa jurídica por um ato de terceiro, uma vez o Código Civil não apresenta qualquer regra que estipule essa hipótese e o Marco Civil da Internet possui uma cláusula geral de responsabilização por atos de terceiro, traçando como requisito o descumprimento de ordem judicial específica.

Nessa linha de intelecção, ao analisar o desencadeamento dos pressupostos da responsabilidade na relação de direito material travada entre provedor de conteúdo e usuário, inicialmente, não se observa qualquer dano material oriundo do ato ilícito (descumprimento de ordem judicial) praticado pelo agente. Ou seja, a conduta ilícita, via de regra, não causará qualquer prejuízo patrimonial a vítima, uma vez que não houve uma, imediata, redução do seu patrimônio (dano

emergente), nem futura e muito menos fez desaparecer a probabilidade da ocorrência de um evento, que causaria um benefício futuro a vítima (lucros cessantes)³³⁷.

Cumpra esclarecer que, esse cenário é o geral, cabendo ao julgador uma análise casuística de cada conflito para perquirir a existência ou não de dano material e caso observe a sua ocorrência como consequência do conteúdo ofensivo gerado por terceiro poderá o provedor responder, solidariamente, com ele, desde que descumpra ordem judicial específica, que determine a indisponibilidade do conteúdo reputado como infringente na plataforma.

Assim, não resta dúvidas que a lei disciplinou uma hipótese de responsabilidade subjetiva do provedor por quaisquer danos. Primeiro, cuida-se de responsabilidade subjetiva, por exigir como pressuposto o descumprimento de decisão judicial específica (ato ilícito), bem como não faz alusão a teoria objetiva da responsabilidade, que para se aplicar a um fato da vida precisa estar, expressamente, disciplinada em lei ou se subsumir a cláusula geral de abertura (risco inerente a atividade), o que não é reconhecido, majoritariamente, pela doutrina e jurisprudência. No que tange aos possíveis danos causados, a lei não faz qualquer restrição as suas espécies, o que possibilita ao usuário responsabilizar o provedor por eventuais danos patrimoniais ou extrapatrimoniais ocasionados por terceiros, respeitados os requisitos.

Com efeito, partindo do pressuposto da incidência da norma mais específica ao litígio em questão e afastando-se da discussão sobre a sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade do art. 19, do MCI, poderá exsurgir, excepcionalmente, a responsabilidade civil subjetiva do provedor de conteúdo por dano material, pois mesmo que não tenha sido o seu agente causador direto do dano, possivelmente, se potencializará, após o descumprimento de uma ordem judicial específica, que determinava a indisponibilidade do conteúdo.

No entanto, especificamente, no que tange ao dano moral não se reconhece a reparação pecuniária, como solução que faz reduzir exponencialmente os questionamentos éticos sobre a influência negativa na dignidade da vítima ou reprima os comportamentos ofensivos a esfera jurídica existencial. Pelo contrário, a patrimonialização da reparação do dano moral apenas serve para resumir a discussão do processo a liquidação da obrigação, negligenciando a tutela dos bens da personalidade.³³⁸

Rui Stoco também alertou que o constituinte, ao inserir no art. 5º da Constituição Federal, o dano moral admitiu a “reparação com outra dimensão, diversa daquela de cunho

³³⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014 p. 98.

³³⁸ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de Direito Civil: responsabilidade civil**. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015, v.3, p. 280 *et seq.*

patrimonial”³³⁹, o que ressalta a necessidade de repensar as medidas reparatórias do dano à personalidade do indivíduo, de maneira que possa, ao menos, conter ou reduzir os efeitos da ofensa, o que, certamente, não será alcançado com a simples concessão de uma indenização.

Conseqüentemente, a doutrina percebendo os malefícios e a falta de outras opções de reparação do dano moral, remeteu a defesa de formas de desmonetarizar as obrigações reparatórias, oportunizando as vítimas alcançar a tutela jurisdicional, que se demonstre satisfativa, haja vista o improvável retorno a situação equivalente ao momento anterior a violação da honra.

Nesse sentido, observa-se que os danos morais gerados a partir de ofensas ocasionadas por usuários na internet seriam reparados de forma mais satisfatória com a redução da publicidade ou alcance da ofensa, o que poderia ser conquistado com a sua indisponibilidade na plataforma do provedor de aplicação ou a desindexação de palavras chave nos sites de busca, este último por apresentar mais controversa será tratado em tópico destacado.

Antes de defender a possibilidade de tutela específica a ser alcançada com a desindexação de palavras chave, cumpre esclarecer que não se quer com a despatrimonialização da reparação do dano moral eliminar a compensação patrimonial, mas esta poderá se associar a concessão de medidas reparatórias não pecuniárias para atenuar de forma mais eficaz o prejuízo moral.

Não sendo possível “apagar” um dano moral, mas tão somente minimizar as suas conseqüências na órbita existencial da vítima, os remédios desmonetarizados de reparação de danos extrapatrimoniais, contribuição para a satisfação do ofendido, sem que com isso substituam a tradicional condenação em dinheiro, mas a ela acrescentando de forma a atender ao princípio da reparação integral. Com efeito, se o almejado é a reparação que mais se aproxime da completa abrangência dos danos, não se duvide que uma parte desta compensação decorra da publicação do conteúdo de uma sentença ou uma retratação, o que, em qualquer dos casos, também impactará na fixação do *quantum* do dano moral.³⁴⁰

Acrescente-se, poderia o Julgador a pedido da própria vítima, inclusive, condenar o provedor de aplicação a publicar a sentença terminativa no espaço utilizado para divulgar o fato ilícito ou em outro com uma abrangência maior de visualizações, haja vista que, atualmente, um dos maiores patrimônios de uma empresa “é a sua curabilidade perante o corpo social”³⁴¹. Assim, “uma decisão de tal calibre, quando conhecida pela coletividade, não apenas afirma o

³³⁹ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência, tomo II**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 940.

³⁴⁰ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de Direito Civil: responsabilidade civil**. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015, v.3, p. 284.

³⁴¹ *Ibidem*, p. 284.

despojamento da vítima como submete o ofensor a censura coletiva bem mais ampla do que o anônimo pagamento de uma reparação ordinária”.³⁴²

Destarte, colhe-se do próprio art. 953 do Código civil a abertura a novos meios reparatórios, haja vista que não indicou a forma de reparação à injúria, difamação e calúnia, o que permite uma interpretação ampla da expressão “reparação de danos”, que poderá abranger qualquer forma de compensação específica, que atenda da melhor forma ao princípio da reparação integral.³⁴³ Isso concede poder a vítima, pois potencializa a reparação do dano, permitindo ao Julgador profira uma decisão que se adequa mais ao caso concreto e alcance de modo mais sensível a pacificação social.³⁴⁴

5.2.2.4 Possibilidade de tutela específica: desindexação de palavras chave dos sites de busca

Atualmente, o gênero provedor de aplicação também abarca os responsáveis pelo sítio eletrônico de busca, que são aqueles responsáveis por catalogar outros *sites*, através da utilização de um método específico. Por meio desses buscadores é possível, utilizando um conjunto de determinadas palavras acessar o conteúdo almejado, sem a necessidade de conhecer todos os caracteres que formam o endereço virtual.

Nessa ordem de ideias, diante do exponencial volume de dados disponibilizados e existentes na internet, tornou-se imprescindível a criação de um processo metódico e célere de indexação de conteúdo, o que foi alcançado com o chamado *web crawler*. Ele é um software, que realiza varreduras a procura de dados em páginas eletrônicas, gerando índice de pesquisa, o qual será necessário para formar um mapeamento de *links*, que serão, posteriormente, organizados e indexados a palavras chave. Em suma, ele serve como um apontador, indicando os sítios eletrônicos, que contenham determinadas palavras, por exemplo.³⁴⁵

Um Web crawler, que também é conhecido como web spider ou web robot, é um agente de software utilizado para automatizar pesquisa, captura e extração de dados. Trafegados geralmente em protocolos HTTP junto com o modelo TCP/IP, a maioria dos robots desenvolvidos são voltados para a web tradicional onde documentos html

³⁴² FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de Direito Civil: responsabilidade civil**. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015, v.3, p. 284.

³⁴³ *Ibidem*, p. 283 *et seq*

³⁴⁴ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 196 *et seq*.

³⁴⁵ RIBEIRO, Rodrigo; COSTA, Luderson. **Web Crawler em Java: coleta e filtragem de conteúdo da Web**. Disponível em: <http://www.univale.com.br/unisite/mundo-j/artigos/59_Webcrawler.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2017.

conectados por hyperlinks, tags e palavras chave são usados para rastrear e atender necessidades específicas como: download de imagens e arquivos, validação automática de códigos, mineração de endereços de e-mail, coleta de conteúdos específicos para cotação de preços de um determinado produto ou serviço e também pode ser desenvolvido para agregar dados de diversas fontes da internet podendo persistir essas informações em um banco de dados.³⁴⁶

Em suma síntese, o software referido funciona através de quatro etapas: “requisição de conteúdo, extração de informação necessária, processos de indexação e persistência”. No caso do crawler vinculado a web, ele poderá estar restrito ao protocolo *Hypertext Transfer Protocol - http*, com isso, fará a requisição de dados nos sítios eletrônicos, o que acaba por retornar conteúdo, que será trabalhado, extraindo a informação necessária. Cada empresa responsável por um *site* de buscas apresenta uma forma de realizar a extração de informações, sendo uma delas através de expressões regulares (“Expressões regulares são padrões que lhe permitem localizar de forma flexível alguma sequência de caracteres”).³⁴⁷

Desse modo, se tornou mais fácil acessar a qualquer informação ou imagem na internet, proporcionando um aumento exponencial de acessos a determinados sítios eletrônicos, que contenham uma determinada informação em destaque ou de grande interesse do público, seja ela útil ou não, uma vez que os usuários não terão o esforço hercúleo de combinar caracteres ou letras para formar o localizador padrão de recursos (*URL*).

Nessa perspectiva, o *site* de buscas se tornou um dos mais acessados no mundo, ganhando notória visibilidade, simplesmente, porque direciona o usuário ao que ele deseja, de forma célere, prática e quase intuitiva. Diante disso, qualquer endereço eletrônico poderá ganhar incontáveis acessos em poucos segundos, caso a pessoa, simplesmente, escolha e utilize determinadas palavras. Assim, não importará se o sítio eletrônico em que a ofensa tenha sido veiculada seja mais ou menos popular poderá ser acessado rapidamente, mesmo que a maioria das pessoas não conheçam o endereço.

Essa facilidade de acessar qualquer conteúdo anexado em qualquer endereço virtual através do site de busca, indubitavelmente, potencializa o efeito danoso da ofensa, haja vista que uma gama indeterminada de pessoas poderá visualizar ou, pior, replicar a informação ou imagem e encaminhar para mais indivíduos, criando uma rede quase infinita de usuários que poderão acessar, causando um irreversível dano a vítima e enriquecendo mais o provedor de aplicação.

³⁴⁶ RIBEIRO, Rodrigo; COSTA, Luderson. **Web Crawler em Java: coleta e filtragem de conteúdo da Web**. Disponível em: <http://www.univale.com.br/unisite/mundo-j/artigos/59_Webcrawler.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2017.

³⁴⁷ *Ibidem*.

Com efeito, a maioria dos provedores de conteúdo auferem lucros através de ganhos indiretos, “pela exibição de publicidade aos seus usuários, pela venda dos seus dados pessoais a terceiros ou, ainda pela cessão dos direitos autorais dos trabalhos realizados na plataforma”³⁴⁸. Isso esclarece a justificativa utilizada amplamente para não cumprir as ordens judiciais com determinação de indisponibilidade de conteúdo: com menos acessos aos seus endereços virtuais, menos lucro, uma vez que menos empresas pagarão por aquele espaço.

Então, para os provedores de aplicação melhor manter a ofensa disponível para os usuários frenéticos por uma novidade em detrimento de qualquer questionamento ético sobre o prejuízo, que a vítima sofre ao observar o dano à sua personalidade se alastrar ilimitadamente.

Nesse caminho não pode seguir o Poder Judiciário, de maneira a negar o aprofundamento ao cerne do caso concreto: um indivíduo, celebre ou não, que apresentou sua honra violada com o ressurgimento de uma informação ou imagem, completamente, inútil à sociedade e sua vida foi exposta ao julgamento da população mundial. Isso ocasiona, sem dúvidas, um dano irreparável à dignidade do indivíduo, que poderia ser, de certa forma, reparado com a redução de acessos proporcionada pela desindexação de palavras-chave dos *sites* de busca, diminuindo drasticamente a proporção de pessoas que conheceriam a ofensa.

O processo de desindexação é, completamente, factível para os responsáveis pelos *sites* de busca, pois, cada um realizaria o caminho inverso a indexação de palavras-chave aos *links*, com suas especificidades, desvinculando determinadas palavras aos endereços eletrônicos que hospedam o conteúdo ofensivo. Assim, quando qualquer pessoa pesquisasse utilizando determinada palavra ou conjunto de palavras, o endereço não mais estaria no rol de sítios listados.

Vale ressaltar, que cada empresa possui um método de realização da indexação, e, por conseguinte, da desindexação, não cabendo ao Poder Judiciário determinar o modo de cumprimento da ordem, se será por palavra, *tag* ou *hyperlinks*.

Desse modo, o Julgador apenas deve ter em mente que não se estará realizando qualquer censura a liberdade de expressão e informação, haja vista que essa decisão específica não realizará qualquer ingerência nos sítios que hospedam a ofensa (a vítima poderá entrar com outra demanda para não disponibilização do conteúdo) e eles poderão ainda ser acessados através de

³⁴⁸ CAPANEMA, Walter Aranha. **A responsabilidade civil na Internet: uma análise da lei 12.965/2014**. Disponível em: < http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista78/revista78_107.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2017.

outras combinações de palavras, sendo ônus da vítima escolher as palavras e combinações que permitam mais, facilmente, acesso aos *links*.

A condenação do provedor de aplicação à desindexação de determinadas palavras que remetam o acesso ao sítio eletrônico, que contém a ofensa, possibilitará que uma quantidade menor de pessoas alcance conhecimento sobre o dano injusto, menos exposição da sua personalidade, o que determinará uma dissociação da pessoa a ofensa para parte daqueles que não tiveram acesso ao conteúdo.

Por certo, a desindexação das palavras chave proporcionaria a vítima um alento, uma vez que a exposição da ofensa não estaria acessível a qualquer pessoa, permitindo inibir, em alguma medida, a perpetuação da publicidade da ofensa no tempo, inclusive, sendo uma forma de coibir tais atos, pois, eles, fatalmente, não serão mais tão visitados pelo público.

Ademais, cumpre esclarecer que a concessão do pedido de desindexação de palavras-chave pelo órgão Julgador não deve ser realizada de maneira desmedida, ao revés, deve observar, estritamente, a hipótese de um dano à dignidade realizado e anexado a um endereço eletrônico, que se alastrou rapidamente e com inúmeras visualizações, o que tornou o link, facilmente, acessível nas páginas de busca.

Não se está defendendo a punição ou condenação do responsável pelo sítio de buscas, mas apenas diante de um pedido da vítima, no sentido de reduzir os acessos à uma ofensa, que lhe causou danos irreversíveis a sua honra. Por isso, ela se encontra em uma posição vulnerável e de outro lado, uma empresa responsável pela página de buscas, que apesar de não ter sido o responsável pelo dano direto, permite que, através de um método específico, certos *links* mais acessados estejam disponíveis, facilmente, para os interessados, perpetuando a ofensa e, pior, contribuindo para que ela seja mais acessada, por isso, esses interesses devem ser sopesados. Diante dessa ponderação, é razoável que se tenda a amparar a vítima de um dano injusto à honra por uma publicação, que é inútil para sociedade.

Considerando, ainda, a perspectiva da dignidade como limite – mas agora num outro sentido – cabe lembrar que, no âmbito da indispensável ponderação (e, por conseguinte, também hierarquização) de valores, inerente à tarefa de estabelecer a concordância prática (na acepção de Hesse) na hipótese de conflitos entre princípios (e direitos) constitucionalmente assegurados, o princípio da dignidade da pessoa humana acaba por justificar (e até mesmo exigir) a imposição de restrições a outros bens constitucionalmente protegidos, ainda que se cuide de normas de cunho jusfundamental.³⁴⁹

³⁴⁹ SCARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 79.

Ademais, dada a violação à dignidade da pessoa humana, especificamente, ao valor intrínseco, alçado a elemento ontológico do princípio por Luis Roberto Barroso, o Julgador não poderia relegar ao indivíduo “um meio para a realização de metas coletivas ou de projetos pessoais de outros”³⁵⁰, mas deve considerá-lo como um fim em si mesmo, por isso, merecedor de tutela ampla e específica, que melhor ampare e repare essa violação à personalidade.

Portanto, colhe-se que a concessão do pedido de desindexação de palavras chave nos sítios de busca não deve ser medida pré-estabelecida, ao revés, deve ser realizada através de uma análise casuística para verificar a necessidade e adequação da medida, de maneira assegurar que nenhuma “conduta que importe em coisificação e instrumentalização do ser humano (que é fim, e não meio)”³⁵¹ prevaleça sobre a proteção da personalidade.

6 PESSOAS PÚBLICAS E O DIREITO AO ESQUECIMENTO: O DANO À HONRA NO ÂMBITO DA INTERNET EM FACE DO DIREITO À INFORMAÇÃO

Atualmente, qualquer pessoa está passível de sofrer uma ofensa à sua honra, no âmbito da internet, por incontáveis motivos, desde a insegurança da rede até a exposição demasiada a opinião pública, o que não é nenhuma novidade ao indivíduo que é celebre, seja por razões políticas, artísticas, científicas, dentre outras. Geralmente, esses sujeitos, em razão da profissão que exercem, se expõe, inevitavelmente, a sua vida e seu cotidiano à curiosidade de outras pessoas. No entanto, existe um limite, essas pessoas possuem direito à privacidade e a intimidade, mesmo que limitados ou relativizados não poderão ser ofendidos e caso, lesionados resultarão, após a análise dos pressupostos, em responsabilidade civil do agente causador.

O direito ao esquecimento como aspecto da privacidade é merecedor também de tutela, haja vista proteger a esfera jurídica do indivíduo do ressurgimento de fatos pretéritos sem qualquer utilidade pública nos meios de comunicação, que causaram e causarão dano à honra ou imagem, violando a própria dignidade, de maneira a prejudicar a sua convivência em sociedade.

Malgrado o Direito brasileiro ainda não disciplinar o direito de ser esquecido, colhe-se do direito comparado um grande avanço nessa matéria, especificamente, na União Europeia, na

³⁵⁰ BARROSO, Luis Roberto. “**Aqui, lá e em todo lugar**”: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 101, vol. 919, maio de 2012, p. 163.

³⁵¹ SCARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 79.

qual foi editado o Regulamento (UE) 2016/679³⁵² pelo Parlamento e o Conselho Europeu, publicado em 27 de abril de 2016. Nesse diploma, foi assegurado aos indivíduos o direito de ter seus dados pessoais esquecidos ou apagados pelos responsáveis por seu tratamento, desde que a conservação dos dados viole àquele ato normativo ou direito da União ou dos Estados-Membros imputados ao responsável pelo tratamento.

Nesse sentido, os parlamentares teceram minúcias sobre a possibilidade de aplicação desse direito, especificando, as hipóteses³⁵³ diante das quais o responsável deverá efetuar o apagamento dos dados pessoais dos titulares mediante requerimento e sem demora injustificada. No entanto, o diploma normativo ainda especifica as situações em que o direito de ser esquecido não poderá ser aplicado, que será, basicamente, quando houver interesse público na manutenção e tratamento dos dados, na investigação científica ou histórica ou para fins estatísticos ou necessário ao exercício da liberdade de informação ou cumprimento de obrigação legal imposta pela União ou Estados-Membros ou interesse público no domínio da saúde pública.

Colhe-se ainda do referido regulamento a possibilidade de responsabilizar os responsáveis pelo tratamento de dados diante de quaisquer violações as disposições da legislação da União ou Estados-Membros, conforme pode ser interpretado do art. 24, o que permite a responsabilização civil do provedor de aplicação, caso este não cumpra o pedido de apagamento dos dados pessoais pelo titular. Esse meio de concretizar o direito ao esquecimento deve ser destacado diante do desenfreado consumo por informação inútil, ainda que pretérita e que se refira a intimidade e a dados pessoais de outras pessoas.

³⁵² UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento 2016/679**. Disponível em: file: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT>>. Acesso em: 28 ago. 2017.

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

- a) Os dados pessoais deixaram de ser necessários para a finalidade que motivou a sua recolha ou tratamento; 4.5.2016 L 119/43 Jornal Oficial da União Europeia PT
- b) O titular retira o consentimento em que se baseia o tratamento dos dados nos termos do artigo 6.o, n.o 1, alínea a), ou do artigo 9.o, n.o 2, alínea a) e se não existir outro fundamento jurídico para o referido tratamento;
- c) O titular opõe-se ao tratamento nos termos do artigo 21.o, n.o 1, e não existem interesses legítimos preponderantes que justifiquem o tratamento, ou o titular opõe-se ao tratamento nos termos do artigo 21.o, n.o 2;
- d) Os dados pessoais foram tratados ilicitamente;
- e) Os dados pessoais têm de ser apagados para o cumprimento de uma obrigação jurídica decorrente do direito da União ou de um Estado-Membro a que o responsável pelo tratamento esteja sujeito;
- f) Os dados pessoais foram recolhidos no contexto da oferta de serviços da sociedade da informação referida no artigo 8.o, n.o 1.” (UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento 2016/679**. Disponível em: file: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT>>. Acesso em: 28 ago. 2017.)

Essa necessidade crescente de proteger o direito à privacidade “advém da transformação desse bem jurídico em objeto de valor mercantil”³⁵⁴. O célere avanço da tecnologia e da utilização da internet proporcionaram o acesso à informação e o exercício da liberdade de expressão, mas não permitiram um efetivo controle do seu uso, o que possibilitou a “imortalização e o compartilhamento de notícias e dados diversos sem limites de espaço e tempo”³⁵⁵.

Vive-se, indubitavelmente, a era da comercialização da informação, independentemente, do seu valor, o que faz surgir a sociedade do espetáculo. Malgrado a utilização da informação para o divertimento seja, inclusive, importante para a convivência social, não se pode colocar a satisfação pelo espetáculo em primeiro lugar, pois “empobrece a cultura, propaga a futilidade, enaltece o sensacionalismo e expande a insensatez de programas midiáticos”.³⁵⁶

Desse modo, a despeito da internet ter sido construída em rede, o que torna quase impossível o esquecimento de uma determinada informação ou dado pessoal, haja vista a possibilidade de copiar e replicar, rapidamente, o elemento e permitir que os indivíduos exerçam efetivamente a liberdade de expressão, isso não pode ser utilizado como argumento para fins de diversão e entretenimento³⁵⁷. Ao revés, deve existir uma utilização responsável desses recursos, visando sempre o respeito à dignidade humana e aos atributos da personalidade.

Ademais, o Direito e os julgadores não podem permanecer alheios a essa realidade e permitir que os meios de comunicação e imprensa se utilizem da blindagem do direito à informação de forma a reduzir os atributos da personalidade, haja vista não ser esse direito absoluto, detendo a aptidão para suprimir direitos de índole individual e com a mesma matriz constitucional e fundamental daquele.

Por conta disso e utilizando-se de outros argumentos, o Ministro Luis Felipe Salomão³⁵⁸ deferiu a aplicação do direito ao esquecimento ao litígio entre uma pessoa, indiciada como coautor de uma sequência de homicídios, denominada Chacina da Candelária, fundamentando também a sua decisão no direito à estabilização do passado, garantido com base diversos institutos do

³⁵⁴ MOREIRA, Rodrigo Pereira;MEDEIROS, Jaqueline Souza. Direito ao esquecimento: entre a sociedade da informação e a civilização do espetáculo. **Revista de Direito Privado**, vol. 70, ano 17. São Paulo: Revista dos Tribunais, outubro 2016, p. 72.

³⁵⁵ *Ibidem*, p. 75.

³⁵⁶ *Ibidem*, p. 76.

³⁵⁷ *Ibidem*, p. 83.

³⁵⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1334097. Autor: Globo Comunicações e Participações S/A. Réu: Jurandir Gomes França. Relator: LUIS FELIPE SALOMÃO. Brasília, DF, de 28 de maio de 2013. Quarta Turma, Distrito Federal, 10 set. 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=ChacinaCandel%Elria&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>> Acesso em: 01 mar. 2017.

ordenamento jurídico, como a “prescrição, decadência, perdão, anistia, irretroatividade da lei, respeito ao direito adquirido, ato jurídico perfeito, coisa julgada, prazo máximo para que o nome de inadimplentes figure em cadastros restritivos de crédito, reabilitação penal e o direito ao sigilo quanto à folha de antecedentes daqueles que já cumpriram pena (art. 93 do Código Penal, art. 748 do Código de Processo Penal e art. 202 da Lei de Execuções Penais)”.

Esses argumentos são relevantes e pertinentes, pois, através de uma análise sistemática do ordenamento jurídico pode-se colher o direito a ter certos fatos pretéritos da vida esquecidos ou, ao menos, distantes dos prévios julgamentos perpetrados pelos formadores da sociedade do espetáculo.

Assim, se se garante a uma pessoa que violou a última razão do Direito ou mesmo àqueles que deixaram de honrar com suas obrigações patrimoniais o direito ao esquecimento, não é razoável negá-lo a outras pessoas que tiveram fatos pretéritos da sua vida, que não mais se compatibilizam com a projeção presente, escancarados nos meios de comunicação, redes sociais ou sítios eletrônicos organizados nos buscadores, causando violações à sua personalidade. Isso é defensável, inclusive, em razão da liberdade assegurada na Carta Magna de traçar novos caminhos, com novas escolhas existenciais, que poderão se afastar, frontalmente, dos atos realizados no passado, o que permite a aplicação do direito ao esquecimento a todos, desde preenchidos os requisitos, que serão esboçados no tópico seguinte.

Destarte, não se afastando, inclusive, dos preceitos veiculados no Marco Civil da Internet, o qual estabelece como fundamento do uso da internet, a proteção dos direitos humanos e a observação do livre desenvolvimento da personalidade³⁵⁹, o direito ao esquecimento é merecedor de tutela pelo Poder Judiciário brasileiro, uma vez que decorre de disposições fundamentais da Carta Magna, bem como através de uma análise acurada do caso concreto, balizando com o direito à informação e poderá tecer requisitos casuísticos para a sua aplicação, sem realizar a supressão do segundo. São direitos que poderão conviver harmonicamente, desde que o Julgador faça a análise pormenorizada de todas as especificidades fáticas que permeiam a causa, de forma a não banalizar a concretização do direito ao esquecimento, nem suprimir o direito à informação e permitir a vítima a tutela à sua dignidade.

³⁵⁹ MOREIRA, Rodrigo Pereira; MEDEIROS, Jaqueline Souza. Direito ao esquecimento: entre a sociedade da informação e a civilização do espetáculo. **Revista de Direito Privado**, vol. 70, ano 17. São Paulo: Revista dos Tribunais, outubro 2016, p. 94.

6.1 REQUISITOS NORTEADORES PARA APLICAÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NA INTERNET

A aplicação do direito ao esquecimento ao caso concreto sempre se confrontará com a prerrogativa à informação de matriz constitucional. Por isso, a solução para esse conflito entre princípios apenas será possível com a análise casuística, ponderando os interesses divergentes e os elementos fáticos que levaram ao requerimento de concretização do direito de ser esquecido.

Nessa perspectiva, o Julgador deve compreender a totalidade dos fatos e interesses contrários, considerando-os como objetos inseridos em um contexto de espaço e tempo, no qual ele também está inserido, não se perfazendo em um mero ato cognitivo de um ser dissociado do mundo, ao revés, deverá analisar aquele objeto como um prolongamento da sua própria existência humana.³⁶⁰ Por isso, não basta um exame abstrato dos princípios e normas que os disciplinam, pois isso estará dissociado, completamente, dos elementos fáticos específicos de cada caso concreto submetido a essa investigação.

Com efeito, as partes que pleiteiam o direito de ser esquecido vivem em uma sociedade de informação, a qual transforma qualquer informação em espetáculo, principalmente, àquelas que se referem a vida privada e íntima de pessoas célebres, não somente, em decorrência do desejo de conhecer e até possuir o seu patrimônio, mas também de viver como eles. Então, essa curiosidade apesar de até certo ponto ser sadia, quando se torna invasiva e descontrolada poderá ocasionar violações à honra desse sujeito, quando houver uma redução drástica dos seus direitos da personalidade.³⁶¹

Indubitavelmente, as pessoas célebres apresentam uma relativização dos atributos da personalidade jurídica, uma vez que se expõe demasiadamente ao interesse do público, não somente por questões de vida artística, mas também o cotidiano do mandato político, o que faz com que muitos membros dos três poderes da República verifiquem uma redução da sua privacidade, inclusive, por razões cívicas, como o exercício da cidadania pelo representado ao investigar, através do portal da transparência, a remuneração que certo membro recebe.

³⁶⁰ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 20.

³⁶¹ MOREIRA, Rodrigo Pereira; MEDEIROS, Jaqueline Souza. Direito ao esquecimento: entre a sociedade da informação e a civilização do espetáculo. **Revista de Direito Privado**, vol. 70, ano 17. São Paulo: Revista dos Tribunais, outubro 2016, p. 77 *et seq.*

No entanto, pode ocorrer em uma situação fática específica, que aquele representante do povo ou artista ou quem posta vídeos, frequentemente, na plataforma *youtube* possua direito ao esquecimento, haja vista que um determinado atributo da sua personalidade sofreu grave redução, por uma determinada informação verídica ou inverídica, pretérita, sobre sua vida íntima ou que não mais condiz com as suas atuais escolhas existenciais e veiculada de forma a entreter ou divertir o público, com o objetivo exclusivo de impulsionar a rede social ou aquele meio de comunicação.

Frise-se a informação veiculada e propagada novamente não mais se compatibiliza com a atual vida social daquela pessoa, não fez parte da formação histórica daquele povo, não apresenta qualquer relevância política, social, cultural, ao revés foi publicada apenas com o intuito de divertir a sociedade faminta por informação inútil, que não acrescentará em nada para o seu conhecimento, mas que apenas viabilizará mais um momento de diversão em detrimento da privacidade e intimidade de outro sujeito.

Certamente, após o advento da internet e a sua expansão, não mais se permitiu ao ser humano esquecer certos fatos da sua vida disponibilizado através da rede mundial de computadores, pois, ela foi construída não somente para permitir a rápida comunicação entre pessoas, mas também para armazenar dados, lembranças, imagens, informações, com uma capacidade antes inconcebível. Basta recordar que antes, as lembranças eram apenas inseridas na memória individual, que possui uma capacidade, extremamente, limitada se comparado com a internet, sendo necessário um exercício realizado pela mente humana para filtrar as informações importantes que seriam armazenadas e excluir àquelas consideradas inúteis.³⁶²

No entanto, com a era digital, não mais se permitiu esquecer certos fatos, por mais aviltantes que sejam para uma pessoa e disponibilizados mesmo que apenas uma vez na rede, poderá ser lembrado infinitas vezes, o que não possibilita que a pessoa supere, esqueça ou amenize, se tornando um elemento de punição eterna, pois os efeitos poderão ser ainda mais devastadores do que foram no passado, com o seu surgimento.

Por conta de todos esses fatores, não pode o intérprete se ater ao direito à informação coletiva, como o princípio democratizante e apenas analisar o quão maléfico é efetuar a sua relativização diante do caso concreto, uma vez que é imprescindível sopesar não somente com o direito ao

³⁶² PENNA, Bernardo Schmidt; PEIXOTO, Juliane Engler Loureiro. A sociedade superinformacionista e o direito ao esquecimento: a proteção da memória individual na internet e o aparente conflito com o direito à informação e a liberdade de expressão. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 981, ano 106, julho 2017, p. 101 *et seq.*

esquecimento, de maneira abstrata, mas balizar com os aspectos fáticos, com a evidente característica informacionista da sociedade do espetáculo, que, geralmente, almeja notícia de baixa qualidade ou inútil apenas para o divertimento, bem como diante do evidente desrespeito à dignidade da pessoa humana.

Embora reconheça-se a solução casuística como a melhor maneira de resolver esse conflito entre princípios, não se pode negar a dificuldade de realizar a sua solução, o que demanda a utilização de balizas orientadoras, algumas já usadas por intérpretes quando do julgamento de litígios e outros suscitados por Pablo Dominguez Martinez, são eles: domínio público, preservação do contexto original da informação pretérita, preservação dos direitos da personalidade na rememoração, utilidade da informação, atualidade da informação.³⁶³

Assim, esse autor defende a sua suficiência em conjunto, mas afasta a sua aplicação individual, uma vez que dificultaria ou impediria a concretização do direito ao esquecimento. Por isso, explica a cada fase superada o direito à informação tenderá a prevalecer.

Desse modo, o domínio público se refere a “visibilidade que o fato ou informação atingiu em determinado momento”³⁶⁴, esse critério é imprescindível para a aplicação ou não do direito ao esquecimento, uma vez que caso determinado fato não seja de domínio da coletividade, se restringindo a vida privada de uma pessoa, não deveria sequer ser divulgado, inibindo qualquer aplicação do direito à informação, haja vista a frontal violação à privacidade e intimidade. Além disso, a concretização do direito ao esquecimento restaria evidente, se uma informação que não fosse divulgada, não passando a ser de domínio do público, fosse rememorada e publicizada.

Ademais, o autor ainda defende como critérios a preservação do contexto original da informação pretérita e dos direitos da personalidade na rememoração. Então, diante de um ressurgimento de uma informação relacionada a um indivíduo deve ser viabilizado também o contexto em que esse fato surgiu, com a explicação mesmo que simplória, para que não haja interpretação escusa ou errada, o que poderia ocasionar as pessoas expostas danos à sua honra e imagem.³⁶⁵

³⁶³ MARTINEZ, Pablo Dominguez. **Direito ao esquecimento: A proteção da memória individual na sociedade de informação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 172.

³⁶⁴ PENNA, Bernardo Schmidt; PEIXOTO, Juliane Engler Loureiro. A sociedade superinformacionista e o direito ao esquecimento: a proteção da memória individual na internet e o aparente conflito com o direito à informação e a liberdade de expressão. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 981, ano 106, julho 2017, p. 110.

³⁶⁵ *Ibidem*, p. 110.

Além disso, essa rememoração deve preservar e assegurar, ao menos, um mínimo de proteção aos direitos da personalidade do sujeito, pois, caso não, estar-se-ia permitindo entretenimento da coletividade em detrimento do direito à vida digna, de ser deixado em paz, abrindo uma brecha para a reiteração de condutas violadoras da honra ou imagem e proporcionando um maior sacrifício dessas pessoas, o que é vedado pelo ordenamento jurídico.³⁶⁶

Outrossim, a análise do conflito de princípio deve perpassar pela investigação dos critérios de utilidade da informação e atualidade da informação. O primeiro requisito norteador demandará do intérprete uma perquirição e reflexão sobre o interesse público, necessidade e utilidade na divulgação da informação, pois não é qualquer informação que é dotada desses aspectos, por isso, faz-se necessário diferenciar da curiosidade ou interesse do público. Assim, interesse público se refere “a informações que apresentem utilidade real para a sociedade, informações essas que devem limitar-se a face externa do indivíduo e sua relação com a coletividade, evitando-se assim invasões a sua intimidade ou vida privada”³⁶⁷. De outro lado, verifica-se a curiosidade do público se relaciona ao desejo pelo conhecimento superficial, fútil, vazio, bem como pela necessidade de julgamento alheio, portanto, que não se preocupa com a dignidade do sujeito exposto, menos ainda para atributo da personalidade, se reduzindo a informação pela mera informação.³⁶⁸

Por fim, o critério da atualidade seria a última barreira para a balança principiológica tender a aplicação do direito à informação, já que caso todos os requisitos estejam presentes e preenchidos no caso concreto, o direito ao esquecimento estaria esvaziado. Nesse sentido, a atualidade da informação permitiria ao intérprete perquirir um critério temporal razoável para obstaculizar que uma informação fosse rememorada, haja vista que nada é eterno e o lapso de tempo pode provocar a mudança da qualidade da informação, transmutando-a do útil ao inútil, desnecessário, irrelevante.³⁶⁹

É nesta perspectiva que se resolve a questão do tempo necessário que deve transcorrer entre o fato e a veiculação da notícia. Assim, sempre que os fatos pretéritos não são considerados fundamentais para representar o papel social e pessoal da pessoa na contemporaneidade, haverá possibilidade de exercício do direito ao esquecimento. Este tempo não deve ser analisado em relação à quantidade de anos que se passaram,

³⁶⁶ PENNA, Bernardo Schmidt; PEIXOTO, Juliane Engler Loureiro. A sociedade superinformacionista e o direito ao esquecimento: a proteção da memória individual na internet e o aparente conflito com o direito à informação e a liberdade de expressão. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 981, ano 106, julho 2017, p. 111 *et seq.*

³⁶⁷ *Ibidem*, p. 109.

³⁶⁸ MARTINEZ, Pablo Dominguez. **Direito ao esquecimento: A proteção da memória individual na sociedade de informação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 185.

³⁶⁹ *Ibidem*, p. 192.

mas levando em consideração as transformações ocorridas no livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo no processo de autoconstrução da própria biografia.³⁷⁰

Por conta disso, colhe-se, com clareza, que esses critérios, quando analisados em conjunto e com os elementos fáticos, permitirá ao intérprete solucionar o conflito principiológico e concluindo pela concretização ou não do direito ao esquecimento naquele caso específico.

6.2 TUTELA ESPECÍFICA COMO FORMA DE PROMOVER O DIREITO AO ESQUECIMENTO

A rede mundial de computadores, atualmente, se tornou ainda mais interativa e colaborativa com a expansão do número de usuários que utilizam as redes sociais, para compartilharem pensamentos, exercendo, razoavelmente, a sua liberdade de expressão, às vezes, alguns de modo racional, outros não. Exatamente, em decorrência dessa maior colaboração, facilidade de acesso à informação e anonimato, os usuários se aproveitam para não somente compartilhar e exteriorizar pensamentos, opiniões, mas também para rememorar fatos pretéritos da vida de outrem, principalmente, quando se referem aos sujeitos célebres, sem se importar quanto ao conteúdo útil ou se ocasionará prejuízos à honra ou imagem, apenas com o intuito de adquirir mais visualizações para sua página na internet.

Por certo, o aperfeiçoamento da internet provocou a concretização das liberdades fundamentais e, por conseguinte, inúmeras ameaças e lesões às garantias fundamentais, perpetradas por hackers, crackers e organizações criminosas ou governamentais³⁷¹, que invadem a privacidade sob o manto da segurança nacional e a própria sociedade, em geral, que ajuda a propagar as informações fornecidas por eles. É, nesse momento, de explosão das liberdades, que o ressurgimento de fatos pretéritos não correspondentes ou até mesmo contrárias as atuais escolhas das pessoas célebres podem causar lesão a sua personalidade.

Nesse sentido, o ato de rememoração de fatos passados, em si mesmo, não está no campo da ilicitude, mas quando não converge com as atuais escolhas existenciais da pessoa célebre, invariavelmente, poderá causar-lhe danos à honra ou imagem, tendo em vista que possui a prerrogativa de livre desenvolvimento da sua personalidade, podendo transmutar-se e optar por

³⁷⁰ MOREIRA, Rodrigo Pereira; MEDEIROS, Jaqueline Souza. Direito ao esquecimento: entre a sociedade da informação e a civilização do espetáculo. **Revista de Direito Privado**, vol. 70, ano 17. São Paulo: Revista dos Tribunais, outubro 2016, p. 79.

³⁷¹ *Ibidem*, p. 75.

um caminho contrário as vicissitudes passadas, o que, por certo, quando lembradas pela coletividade poderá deixar de gozar de bom conceito perante a sociedade.

Não é difícil visualizar um eventual dano à honra de uma pessoa célebre com a rememoração de fatos passados, basta pensar em uso de drogas ilícitas por um agente político de conduta ilibada e irretocável na adolescência, que condena a utilização e o tráfico de entorpecentes ou a condenação criminal já executada por corrupção, uma vez que não poderia se estipular uma punição eterna pela sociedade.

Por conta disso, imprescindível assegurar o direito ao esquecimento daquele que teve sua honra vitimada pelo ressurgimento de uma lembrança depreciativa e nada mais efetivo que a tutela específica para arrefecer o dano e reprimir justamente a violação, uma vez que a indenização, além de não fazer retornar ao estado anterior, não inibirá a perpetuação do dano, permitindo que as ofensas continuem disponíveis amplamente. Essa perspectiva converge com as diretivas iniciadas pelo novo Código dos Ritos³⁷², as quais ampliaram as tutelas inibitórias ou de remoção do ilícito, conforme se pode colher do art. 497 a 501.

Certamente, a nova Codificação possibilitará uma tutela mais efetiva do direito ao esquecimento, uma vez que a vítima da ofensa poderá ingressar no Poder Judiciário com um pedido de obrigação de fazer contra o agente ofensor e o provedor de aplicação, pleiteado a remoção da publicação ou a desindexação das palavras chave de determinados sítios eletrônicos organizados nas plataformas de busca, sem necessidade de demonstrar a ocorrência de dano ou a existência de culpa ou dolo, como uma forma de inibir a prática daquele ato.

Outrossim, a tutela específica, inibitória ou de remoção da ofensa, permite, de maneira mais efetiva, a proteção da personalidade do indivíduo, embora não obstaculize os nefastos efeitos psicológicos e a honra da vítima, pois não promove o retorno ao estado anterior a rememoração.

Vale dizer, malgrado a internet disponibilize e deposite uma quantidade ilimitada de informações atuais e pretéritas, muitas vezes, uma notícia veiculada por um meio de comunicação ou uma imagem depreciativa publicada por redes sociais, permanece em estado latente, ou seja, continua disponível, mas quase inacessível por obra do tempo e do esquecimento humano. No entanto, algumas vezes, elas ressurgem, por vários motivos, como uma nova publicação na rede social de um usuário cibernético, ganhando inúmeros acessos por

³⁷² BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 04 set. 2017.

minuto e proporcionando um dano injusto à vítima que gostaria de ver esquecidos aqueles fatos passados.

Nesse momento, colhe-se a importância da tutela de remoção da ofensa como imprescindível a reduzir o alastramento do dano injusto ocasionado, uma vez que há um exponencial crescimento do acesso à imagem ou informação através daquele sítio de aplicação, o que pode ser minimizado com a remoção da ofensa daquela plataforma, o que proporcionará uma redução do alastramento da informação, com a tentativa de vários usuários acessarem.

Mais não é só, também é possível que a vítima após a primeira disponibilização da imagem ou informação violadora da sua honra na internet pleiteie uma tutela inibitória, prevenindo-se de eventuais e possíveis futuros acessos, com explosão de visualizações por uma inesperada disponibilização em uma rede social de algum usuário, haja vista a Carta Magna assegurar inafastabilidade do Poder Judiciário, inclusive para ameaça a direito.

Assim, poderia a vítima pleitear diante da disponibilização de uma informação ou imagem depreciativa e pretérita mesmo antes da explosão de acessos, a tutela inibitória, como uma obrigação de não fazer, inibindo a continuidade do ilícito ou de fazer, determinando a cessação da conduta ilícita (causar dano à honra), que se perpetuou no tempo, sem necessidade de aferir a culpa ou o dolo.³⁷³

Uma vez violados o direito à intimidade e à vida privada, a lesão ocasionada jamais voltará ao estado anterior, produzindo efeitos irreversíveis na personalidade do indivíduo, dessa forma a tutela inibitória mostra-se capaz de salvaguardar os direitos inerentes à personalidade antes da ocorrência do ilícito, tal como o direito ao esquecimento.³⁷⁴

Destarte, observa-se a maior eficácia da tutela específica para proteger o direito ao esquecimento em detrimento da reparatoria, tendo em vista a atingir de forma fulcral a lesão através da remoção da ofensa ou inibição da perpetuidade da ofensa, o que assegura a vítima uma redução da magnitude da lesão e do seu espalhamento.

6.2.1 Efeito multiplicador do dano na internet

³⁷³ JORGE, Maykon Cristiano; IOCOHAMA, Celso Hiroshi. A tutela inibitória como meio de efetivação do direito ao esquecimento e proteção da dignidade da pessoa humana. **Revista Brasileira de Direito Processual**. Belo Horizonte: , ano 24, n. 95, jul./set. 2016, p. 213.

³⁷⁴ *Ibidem*, p. 214.

Malgrado a tutela específica, inibitória ou de remoção da ofensa seja um meio de promoção da concretização do direito ao esquecimento, ajuizar uma ação com tal pedido pode gerar um efeito adverso, que é a multiplicação de acessos às páginas antes da decisão acautelatória e replicação das informações ou imagens ofensivas à honra da vítima. Isso ocorre por um motivo de ordem social, cultural e psicologia coletiva, haja vista que como o processo, via de regra, é público, a sociedade, facilmente, poderá tomar conhecimento e gerar uma curiosidade do público quanto aquela eventual e futura restrição.

Com efeito, não é novidade a atração do público por informações ou objetos, como livros, filmes, imagens, que foram “censurados” ou retirados de circulação, o que provoca uma verdadeira migração para novas mídias como refúgio, uma forma de ter acesso aquilo que fora privado do acesso pelo público.³⁷⁵

Seja nas livrarias clandestinas da Paris do século XVIII ou nos blogs e redes sociais bloqueados nos últimos dias da ditadura de Hosni Mubarak no Cairo em 2011, as tentativas de controle aumentam a visibilidade da opressão por parte dos usuários afetados, canalizando a indignação para outras vias – das páginas impressas ou virtuais para cafês ou mesquitas e, finalmente, as ruas.³⁷⁶

Assim, em razão da possibilidade dinâmica de compartilhamentos, várias tentativas de controle de replicação de conteúdo na internet criam um efeito adverso, indesejado pela vítima da ofensa, que tenta ocultar a informação, imagem ou dado, que é, justamente, uma atração do público para aquilo que se quer ocultar. Esse fenômeno é chamado pelos usuários de efeito *Streisand*, fazendo referência a tentativa não exitosa da atriz Barbra Streisand em ocultar imagens da sua residência divulgada em certo sítio eletrônico, o que gerou uma grande quantidade de acessos à plataforma e a replicação da imagem, que foi disponibilizada pelos usuários em outros sítios, gerando uma difusão veloz da informação.³⁷⁷

Por consequência, esse alastramento do conteúdo poderá ocasionar um aprofundamento da lesão à personalidade, pois mais pessoas poderão acessar a informação pretérita violadora da honra de um indivíduo, sem que ele possa tomar muitas atitudes que revertam essa situação, o que atrai a necessidade de um olhar mais sensível do Julgador, que deverá levar essa variável social no momento do julgamento do conflito de princípios jurídicos.

Não bastará diante desse contexto, o Poder Judiciário apenas efetuar uma análise perfunctória do direito coletivo e fundamental à informação do usuário e denegar de pronto o pleito. Ao

³⁷⁵ PAGANOTTI, Ivan. **Pressão virtual e regulamentação digital brasileira: análise comparativa entre o Marco Civil da Internet e a Lei Azered**. Disponível em: <[https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&q=efeito+barbra+streisand+na+internet&btnG=&lr=&oq=efeito+](https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&q=efeito+barbra+streisand+na+internet&btnG=&lr=&oq=efeito+>)>. Acesso em: 06 set. 2017.

³⁷⁶ *Ibidem*.

³⁷⁷ *Ibidem*.

revés, deve-se, conforme já mencionado no tópico anterior, cotejar os elementos fáticos com o conflito de princípios, perpassar pelos critérios norteadores, levando em consideração que, a despeito de quem está pleiteando ser célebre e a notícia ter domínio público, o conteúdo se refere a sua intimidade e privacidade, violando-as e, por fim, aquele litígio se encontra inserido dentro de uma sociedade, que aplaude o espetáculo, o que remeterá a mais pessoas terem acesso aquele conteúdo.

Portanto, malgrado se reconheça a impossibilidade de retirar, completamente, um conteúdo da rede mundial de computadores, este trabalho defende meios de diminuição do alastramento da informação ou conteúdo, com a retirada da ofensa de determinados sítios e a desindexação da palavra chave dos *links*, que contenham a ofensa dos buscadores, como forma de arrefecer o dano.

6.2.2 Posicionamento jurisprudencial

Conforme anteriormente mencionado, os Tribunais Superiores brasileiros não apresentam um histórico de aplicação do direito ao esquecimento nas lides submetidas a essa esfera de poder, principalmente, no que se refere aqueles entre pessoas célebres e provedores de aplicação ou sítio de busca, com pedidos de remoção da ofensa ou de tutela inibitória.

Embora não se referindo, especificamente, a aplicação do direito ao esquecimento, o Superior Tribunal de Justiça garantiu o direito a remoção das ofensas veiculadas na antiga rede social Orkut, que se referia a Rubens Gonçalves Barrichello, condenando o Google a retirar o conteúdo danoso do sítio eletrônico e reconhecendo a responsabilidade civil no caso concreto, de acordo com a anterior jurisprudência do Tribunal, portanto, não aplicando as disposições do Marco Civil da Internet, a época em vigor, em razão dos fatos serem anteriores a sua vigência.³⁷⁸

Malgrado a jurisprudência do Tribunal da cidadania não tenha se orientado pela possibilidade de tutela específica em face dos provedores de busca, como forma de garantir de maneira mais eficaz o direito ao esquecimento, a Corte Estadual de São Paulo em decisão recente demonstrou

³⁷⁸ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.337.990. Recorrente: Rubens Gonçalves Barrichelo. Recorrido: GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA. Relator: MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO. Brasília, DJ 21 ago. 2014. Terceira Turma, Brasília, DJe 30 set. 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?composante=ATC&sequencial=34792427&num_registro=201102765398&data=20140930&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 01 nov. 2017.

a possibilidade de aplicação dessa prerrogativa no nosso ordenamento e foi além ao determinar a exclusão dos links com conteúdo ofensivo dos sítios de busca. O caso envolve uma pessoa não célebre, que após ter informações falsas veiculadas ao seu respeito em sítios de notícias entrou com uma demanda contra o provedor de busca, sem pleitear danos morais, apenas demandando a exclusão dos *links* dispostos, de forma organizada, na plataforma do réu.³⁷⁹

Nessa oportunidade, a Turma julgadora reconheceu que o sítio de busca potencializa o acesso aos *links* elencados na sua página e embora o responsável não tenha responsabilidade pelos dados disponibilizados naqueles sítios, nem deva realizar prévia censura desses conteúdos, entendeu ser possível compelir o provedor de busca a limitar os dados ofensivos e ilícitos, especificamente, informados pela parte interessada, uma vez que o objetivo não é restringir o direito à informação, mas evitar a disseminação dos conteúdos ilícitos e agravar os danos.³⁸⁰

Apesar do precedente se referir a garantia de tutela específica a pessoa não célebre, não resta dúvidas que a Carta Magna, logo, no início do seu corpo destacou o princípio da isonomia, como direito fundamental de todo e qualquer cidadão, o que atrai a possibilidade de utilização da razão de decidir desse julgado para toda e qualquer pessoa, inclusive as célebres, que se enquadre na mesma causa de pedir do referido processo.

Frise-se não se está defendendo a possibilidade de uma pessoa, célebre ou não, reescrever a própria história, apagando fatos passados e privados, que de alguma maneira se tornaram de domínio público, ao revés, busca-se garantir, diante da divulgação por sítio eletrônico de uma informação ou imagem desabonadora ou violadora da honra, preteritamente, seja desindexada de certas palavras chave ou, simplesmente, retirada da lista de *links* organizados pelos provedores de busca. Isso se justifica pelo excessivo acesso a esses sítios eletrônicos, que contenham as imagens ou informações através dos buscadores, que facilitam o encontro, permitindo amplo e irrestrito acesso do público, o que, por certo, aumenta, demasiadamente, a expansão do fato danoso.

Com efeito, os buscadores não realizarão qualquer censura de conteúdo ao cumprir a decisão judicial referida ou qualquer outra que assim a siga, pois, a informação ou imagem continuará disponível nos sítios eletrônicos, mas apenas excluirão dos resultados de busca esses sítios eletrônicos. Não há qualquer suplantação do direito à informação, ao contrário apenas permitirá

³⁷⁹ ROVER, Tadeu. TJ-SP aplica direito ao esquecimento e determina exclusão de links em buscas. **Conjur**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-ago-22/tj-sp-aplica-direito-esquecimento-determina-exclusao-links?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook>. Acesso em: 01 nov. 2017.

³⁸⁰ ROVER, Tadeu. TJ-SP aplica direito ao esquecimento e determina exclusão de links em buscas. **Conjur**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/tj-sp-aplica-direito-esquecimento1.pdf>>. Acesso em: 01 nov. 2017.

uma redução do efeito danoso, que aquele conteúdo causa a dignidade da vítima e garantirá, por conseguinte, a proteção mais efetiva dos atributos da personalidade sem suprimir o acesso à informação e liberdade de expressão.

Ademais, a tutela específica arbitrada pelo juízo não tem como objetivo imputar responsabilidade civil patrimonial ou extrapatrimonial ao provedor de buscas, inclusive, porque não houve pedido de danos morais ou materiais, mas, simplesmente, garantir o direito ao esquecimento, inviabilizando que pessoas tenham acesso facilitado às notícias falsas e, por conseguinte, reduzindo o número de sujeitos que terão conhecimento dos fatos pretéritos. Isso porque, geralmente, as pessoas buscam as qualificações ou informações de uma outra com a simples digitação do nome no site de buscas, que reúne inúmeros sítios eletrônicos que contenham nomes parecidos, o que apenas espalha o fato violador da honra, causando efeitos nefastos para a vítima.

O Tribunal de São Paulo concedeu outro exemplo ao Poder Judiciário brasileiro de aplicação da prerrogativa de ser esquecido ao mesmo apelante contra outro provedor de sítio de buscas da internet. No voto do Relator designado, José Carlos Ferreira Alves percebe a sutileza ao tratar do tema, ponderando os princípios, reconhecendo que diante de um fato violador dos atributos da personalidade, o direito à informação deverá sofrer uma relativização, bem como fazendo referência ao enunciado 531 do Conselho Federal de Justiça.³⁸¹

Acrescenta-se, a essa acirrada discussão travada nos tribunais brasileiros, a recente audiência pública realizada para esclarecer a aplicação do direito ao esquecimento na seara cível, no Supremo Tribunal Federal, em função do processo judicial nº 1010606, com repercussão geral reconhecida. Nesse caso, plenário se debruçará sobre a tensão existente entre os direitos fundamentais, quais sejam: o direito ao esquecimento decorrente da dignidade da pessoa humana, direito à informação, inviolabilidade da honra e liberdade de expressão.³⁸²

³⁸¹ APELAÇÃO CÍVEL – Ação de obrigação de fazer – Autor que pretende sejam excluídos determinados links do site de busca do réu – Sentença de improcedência – reforma que se impõe – Direito ao esquecimento – Exclusão pretendida que não configura censura – Direitos da personalidade do autor que devem se sobrepor ao direito da informação – Sentença procedente – Recurso provido. (TJSP; Apelação 1073052-18.2014.8.26.0100; Relator (a): José Carlos Ferreira Alves; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 21ª Vara Cível; Data do Julgamento: 07/03/2017; Data de Registro: 09/10/2017) (Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=10869179&cdForo=0>>. Acesso em: 01 nov. 2017)

³⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Encerrada audiência pública no STF sobre direito ao esquecimento**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=346408&caixaBusca=N>>. Acesso em: 09 nov. 2017.

Especificamente, esse recurso resultou da repautação do processo ARE 833.248/RJ³⁸³, que apresenta como objeto de discussão a exploração realizada por determinado meio de comunicação sobre o chamado, popularmente, “caso Aída Curi” no programa Linha Direta, o qual encenou e relembrou o crime, que resultou na morte da vítima. A partir disso, os parentes da jovem entraram com a ação pleiteando o direito ao esquecimento e indenização por danos morais.³⁸⁴

Após a tramitação regular do processo, apesar do Superior Tribunal de Justiça ter negado provimento ao recurso especial, o Pretório Excelso reconheceu a repercussão geral do recurso extraordinário interposto, seguindo o entendimento do Ministro relator Dias Toffoli, que verificou o conflito existente entre, de um lado, o direito à informação e liberdade de expressão e, do outro, o direito a inviolabilidade da vida privada, intimidade e imagem, atributos da personalidade.

Nessa linha de intelecção e já antevendo a complexidade do tema, a Ministra e Presidente do Supremo Tribunal Federal palestrou, em fórum promovido pela Ordem dos Advogados do Brasil do Distrito Federal e, na oportunidade, declarou a atualidade do debate e ponderou a sua importância para esclarecer o que deve ser lembrado e o que há de ser esquecido, para reconstruir o ideário social, por conseguinte, trazer lembranças diferentes e inusitadas.³⁸⁵

Dessa forma, resta claro, que a aplicação do direito ao esquecimento será excepcional, diante da perenização de uma lesão a atributo da personalidade veiculada na internet, em razão de um fato pretérito, inverídico ou que não mais corresponda com as escolhas atuais do indivíduo, o que expõe a sua persona ao interesse do público, que, geralmente, espalha publicações para aquisição de visibilidade ou para obter lucro, explorando a desgraça ou exposição alheia. Portanto, essa prerrogativa visa, acima de tudo, assegurar, a longo prazo, a regeneração da vítima e a possibilidade de transmutação, evolução e superação.

³⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo n. 833.242. Recorrente: Nelson Curi e outros. Recorrido: GLOBO COMUNICAÇÕES E PARTICIPAÇÕES S/A. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, DJ 11 dez. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=833248&classe=ARE-RG&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 09 nov. 2017.

³⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo n. 833.242. Recorrente: Nelson Curi e outros. Recorrido: GLOBO COMUNICAÇÕES E PARTICIPAÇÕES S/A. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, DJ 11 dez. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7810658>>. Acesso em: 09 nov. 2017.

³⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Palestra da presidente do STF abre fórum sobre direito ao esquecimento e proteção da memória**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=353151&caixaBusca=N>>. Acesso em: 09 nov. 2017.

7 CONCLUSÃO

Existe dentro do ser humano um certo interesse intrínseco em conhecer o novo através da experiência prática e da convivência, o que demanda um ato contínuo e ininterrupto de interpretação, que será permeada não somente pelas novas circunstâncias fáticas, mas, principalmente, por características do sujeito pensante, traduzindo-se em um intercâmbio, que resultará em uma síntese.

Atualmente, diante de uma extraordinária carga de informações, o interesse pelo novo cresce exponencialmente, mas não é acompanhado por um aumento de engajamento e criticidade. Ao revés, qualquer elemento informativo, por mais banal e inútil é explorado pela sociedade, que sem qualquer reflexão crítica cria uma rede frágil e infinita de pessoas interconectadas ao redor de uma imagem ou informação desconectada de qualquer senso de responsabilidade e respeito ao próximo.

Essa atitude irracional pode atingir qualquer sujeito exposto na rede mundial de computadores, embora, geralmente, em razão da maior exposição ao interesse do público, por questões profissionais e artísticas, a informação relacionada a pessoa célebre apresente uma maior difusão. Diante dessa situação, se visualiza dois pontos nefrálgicos e conflitantes, o primeiro se relaciona ao direito de ser informado e de se informar sobre certas situações da vida em sociedade e o segundo se refere a proteção da personalidade do ser noticiado, que, inclusive, transcende atualidade, retroagindo ao passado e assegurando o direito de ser esquecido ou de esquecer certos fatos da vida.

Com efeito, um dos objetivos deste trabalho foi refletir sobre o conflito existente entre o direito à informação, de índole coletiva e matriz constitucional, e o direito ao esquecimento, implícito no texto constitucional, embora decorra da prerrogativa à vida privada, assegurada expressamente na Lei Fundamental (art. 5º, inciso X).

Assim, a construção do objeto do presente trabalho gravitou ao derredor da possível aplicabilidade do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico pátrio, diante da ausência de dispositivo legal ou constitucional expresso relacionado a esse instituto e, por conseguinte, frente a determinado caso concreto, se este direito possuiria maior densidade jurídica e relevância quando cotejado com o direito à informação.

O problema visualizado é a possibilidade de compatibilização do direito de ser esquecido com o direito à informação, bem como a existência de algum instrumento jurídico e cibernético que tenha a finalidade de atenuar a exposição das publicações, que violam à honra.

Torna-se, portanto, evidente a necessidade de elucidar a convivência harmônica entre os dois princípios jurídicos, em tese, conflitantes no ordenamento, possibilitando o seu conhecimento e, futura, superação da superficialidade com que o Poder Judiciário tem tratado o tema, além do enfrentamento das medidas alternativas de concretização do direito ao esquecimento, que se distancia dos instrumentos de responsabilidades patrimoniais existentes.

Colhe-se uma intensa discussão doutrinária acerca da delimitação e aplicação da norma principiológica, que, especialmente, por ser construída com expressões polissêmicas proporciona uma grande dificuldade na sua concretização. Diante dessa complicada tarefa e com a finalidade de definir esse instituto jurídico, o caminho mais homenageado e lúcido foi aquele adotado pela hermenêutica heteroreflexiva, uma vez que esta corrente defende que a função dos princípios não se resume a solução direta e abstrata dos casos concretos, mas pressupõe conceder a decisão judicial conformidade ao sistema jurídico, partindo da análise do problema.

Dessa forma, a aplicação dos princípios será casuística, sempre objetivando alcançar a harmonia e plenitude do sistema, tendo em vista que somente através das circunstâncias fáticas do caso poder-se-á conformar e construir uma norma jurídica, ou seja, ela nunca será resultado de uma análise, pura e simples, do texto do dispositivo, mas resultará do cotejo com a facticidade. No entanto, nem sempre se teve essa consciência crítica, passando a hermenêutica por teorias positivistas, pós-positivistas e argumentativas, que apenas sufocaram o sistema com discricionariedades.

Por isso, efetuou-se a investigação no sistema jurídico para buscar a solução do problema, de modo a demonstrar compatibilidade entre o princípio da liberdade de informação e o esquecimento, possibilitando a convivência harmônica dos institutos no ordenamento e aplicação de um deles, no caso de conflito entre ambos.

Essa convivência apresenta consequências práticas, como a imperiosa necessidade de observar e respeitar o conjunto de direitos tutelados constitucionalmente, que, por exemplo, garantem a inviolabilidade da vida privada e da intimidade de qualquer cidadão, não importando a sua qualificação ou sua maior exposição ao público, em contrapartida assegura a qualquer pessoa o acesso à informação, de maneira ampla, ressalvado àquelas protegidas pelo sigilo.

Malgrado a importância do debate profundo sobre esse conflito principiológico para a sociedade atual, o legislador pátrio se ateve a promulgar uma legislação insuficiente para, ao menos, nortear a solução do embate normativo em análise, sinalizando apenas para uma possível responsabilização civil do provedor de aplicação por conteúdo de autoria de terceiros diante do descumprimento de uma ordem judicial.

Embora essa seja uma constatação óbvia, este trabalho não possui o objetivo de indicar a lei como instrumento de solução dos conflitos principiológicos, haja vista que o desacordo normativo não pode apresentar uma resolução prévia, sendo imperioso o exame da facticidade, para se alcançar qualquer orientação sobre o possível resultado.

Por conta disso, ressalta-se a importância de uma reflexão aprofundada das decisões judiciais sobre a matéria e não só tangenciem o direito ao esquecimento como aspecto da privacidade, mas se aprofunde no estudo dessa prerrogativa, alcançando a sua origem fundamental, que é o princípio da dignidade da pessoa humana.

Esse fundamento da República Federativa do Brasil deve ser compreendido como fonte valorativa de todos os outros direitos garantidos, expressa ou implicitamente, na Constituição Federal, embora sempre deva se atentar e cuidar para determinado direito não banalize o referido princípio fundamental, o que, indubitavelmente, não é o caso do direito ao esquecimento. Diversamente, essa prerrogativa concederá a pessoa humana o pleno exercício da sua dignidade, aqui entendido não como a garantia do mínimo, mas do máximo existencial.

Com efeito, os sujeitos célebres também possuem o direito ao pleno exercício da sua dignidade, não sendo plausível que, em razão de se exporem mais ao interesse do público, possam ter a sua dignidade mitigada diante da perpetuação de uma informação ou imagem violadora da sua honra na rede mundial de computadores para a posteridade. Defender tal caminho sem se debruçar sobre os elementos fáticos e temporais de determinada informação ou imagem seria, genericamente, negar a aplicação do princípio da isonomia ao caso concreto, uma vez que o Tribunal da Cidadania, de maneira reiterada, garantiu essa prerrogativa aos sujeitos comuns.

Obviamente, a solução do caso concreto não é simples ou se resume apenas ao cotejo com o princípio da isonomia, haja vista que o exame deve ser casuístico e específico, mas se objetivou criticar a forma perfunctória com que o Superior Tribunal de Justiça julgou os casos referentes a pessoas célebres e a análise profunda e balizada com a facticidade dos demais casos, o que causou uma diferenciação injusta.

Outrossim, reconhece-se que o direito à informação também decorre da dignidade da pessoa humana, o que apenas ressalta a possibilidade de convivência harmônica entre ambos, sequer provocando qualquer contradição no sistema jurídico, haja vista que o direito ao esquecimento não repudia o acesso à informação ou cria qualquer tipo de censura, apenas assegura ao indivíduo, que certos fatos pretéritos relacionados a sua vida íntima ou privada sejam escondidos dos olhares curiosos da sociedade, impedindo que sejam revividos eternamente.

Por certo, o direito ao esquecimento assegura a aplicação do atributo da memória as informações pretéritas violadoras da honra de uma pessoa, que estejam espalhadas na rede mundial de computadores, uma vez que essa característica humana tem a finalidade de resguardar elementos informativos úteis, descartando aqueles inúteis ou que proporcionem dor ou sofrimento.

Ademais, não é somente o princípio da dignidade da pessoa humana que serve de arcabouço normativo para o direito de ser esquecido, a própria codificação penal, com a previsão do instituto da reabilitação penal, a prescrição, a possibilidade de retirada de informações dos órgãos de restrição de crédito após determinado período, permitem vislumbrar a possibilidade de reconhecimento dessa prerrogativa no sistema jurídico brasileiro.

Assim, ultrapassado a premissa que atesta a viabilidade do ordenamento abarcar a proteção ao direito de ser esquecido e a sua compatibilidade com direito de ser informado, este trabalho se debruçou sobre as possibilidades de concretização dessa prerrogativa, utilizando-se de instrumentos jurídicos já existentes no próprio sistema.

Nessa linha de intelecção, o sistema jurídico apresentou mudanças legislativas, que priorizaram a tutela inibitória, como uma alternativa mais eficaz para ater e impedir a perpetuação do dano injusto, embora o instituto da responsabilidade civil, atualmente, continue sendo o instrumento, amplamente, utilizado para reparar e compensar danos provocados à honra dos sujeitos de direito, que, especialmente, objetivam o ressarcimento pecuniário.

A industrialização do dano moral é fato incontroverso, o que mereceu uma resposta do legislador, com o intuito de arrefecer essa busca incessante pelo patrimônio do ofensor e, no caso das relações cibernéticas, dos provedores de aplicação, responsáveis pelo sítio eletrônico, que hospeda a violação à personalidade da vítima.

Geralmente, o dano à honra da pessoa célebre ocorre na internet sem qualquer participação direta do provedor de aplicação, que apenas oferece o meio, para que outras pessoas exercitem sua liberdade de expressão. No entanto, indubitavelmente, os responsáveis pelo sítio auferem

ganhos indiretos e o seu produto realiza a intermediação entre pessoas diversas, sendo esse ponto administrado pelo provedor, seja mantendo a plataforma disponível, seja criando possibilidades cibernéticas para que essas se relacionem. Com isso, é imperioso reconhecer a sua responsabilidade perante todos aqueles sujeitos, que utilizam o dispositivo eletrônico.

A espécie de responsabilidade do provedor de informação foi escolhida pelo legislador, que afastou a possibilidade de aplicação da teoria objetiva, nos casos de o terceiro ser o autor do dano, indicando um requisito, que é o anterior descumprimento de decisão judicial pelo provedor, o que é, completamente, questionável, uma vez que, doutrinariamente, inúmeros doutrinadores reconhecem a natureza consumerista da relação entre provedor e usuários do aplicativo.

Malgrado a responsabilidade pecuniária não seja viável, nesses casos, o sistema jurídico prevê a tutela inibitória concedida judicialmente, que permitirá a vítima retirar o conteúdo violador da honra de determinados sítios, inclusive, poderá pleitear a desindexação de palavras chave dos sites de busca, que são meios alternativos mais eficazes, para inibir a perpetuação do dano à honra e diminuir a quantidade de acessos.

Cumprido esclarecer, no entanto, que este trabalho não objetivou defender a possibilidade de completa retirada do conteúdo ofensivo da rede mundial de computadores, uma vez que o modo como a própria internet foi desenvolvida impossibilita a remoção da informação ou imagem de todos os sítios eletrônicos existentes. Ao contrário, se sustentou que o sistema jurídico apresenta alternativas para diminuir a quantidade de acessos ao elemento ofensor, permitindo que uma quantidade menor de pessoas tenha acesso, o que, invariavelmente, concede a vítima um acalento, um retorno, ainda que mínimo, da sua dignidade e ao exercício pleno dos atributos da sua personalidade.

Indubitavelmente, a tutela inibitória é mais adequada e eficaz, inclusive, para assegurar a concretização do direito ao esquecimento, haja vista que uma publicação ofensora disponibilizada na internet, mesmo que contenha um aspecto informativo inicial, após determinado período se torna obsoleta, inútil, perde o domínio público, deixa de ser atual, o que possibilita a pessoa envolvida e noticiada, que teve a honra violada, requerer, através de tutela inibitória, a retirada daquele conteúdo dos sítios eletrônicos e a desindexação de palavras chave dos buscadores.

Essa medida permitirá que a informação, causadora de prejuízos de ordem psicológica, se torne indisponível em diversos sítios e nos buscadores, contribuindo para que o elemento ofensor seja

esquecido, ultrapassado por novas informações, eventualmente, mais úteis a sociedade e não haja a eternização dos seus efeitos.

Diante da possível convivência entre direito à informação e esquecimento, torna-se imperiosa a análise acurada da facticidade, através da colheita de cada elemento diferenciador, com o intuito de averiguar qual prerrogativa apresenta maior densidade jurídica, sempre cotejando com elemento norteador e fundamento da República Federativa do Brasil, aplicável indistintamente. Alcançado a solução do conflito principiológico, no caso concreto, e verificado que o direito ao esquecimento possui maior densidade, avança-se para a sua aplicação, através da tutela inibitória.

O direito ao esquecimento, diferentemente, do que é alardeado por algumas esferas do Poder Judiciário não efetua qualquer censura, seja prévia ou posterior à informação. Essa prerrogativa poderia ser entendida, anteriormente, como banal, mas, atualmente, com a democratização do acesso à internet desacompanhada de uma reflexão crítica sobre sua utilização, enaltece a necessidade da sua proteção e aplicação, para, especialmente, maximizar a proteção à dignidade e a personalidade de cada ser humano.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BANDEIRA, Mariana. O novo mundo da proteção de dados. **Jornal Econômico**, 23 abr.2017. Disponível em: < <http://www.jornaleconomico.sapo.pt/noticias/o-novo-mundo-da-protacao-de-dados-149223>>. Acesso em: 29 de abr. 2017

BARROSO, Luis Roberto. “**Aqui, lá e em todo lugar**”: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 101, vol. 919, maio de 2012, p. 163.

BEDÊ JÚNIOR, Américo. **A retórica do direito fundamental à privacidade: a validade da prova obtida mediante filmagens nos ambientes público e privado**. Salvador: JusPodvm, 2015.

BÔAS, Regina Vera Villas; FERNANDES, Francis Ted. O direito fundamental à liberdade de expressão em face do direito fundamental à intimidade. **Revista de Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais**, v. 60, out./dez. 2014, p. 57-81.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 590.

BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 28 fev. 2017.

_____. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 28 abr. 2017.

_____. **Código de Processo Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 04 set. 2017.

_____. Conselho de Justiça Federal. Enunciado 531. **VI Jornada do Direito Civil**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>>. Acesso em: 02 ago. 2017

_____. **Constituição Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 abr. 2017.

_____. **Lei 12.965/2014**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em 13 abr. 2017.

_____. **Lei 9099/1995**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm>. Acesso em: 16 ago. 2017.

_____. **Projeto de Lei 2712/2015**. Disponível em:
<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1374249&filena me=PL+2712/2015>. Acesso em: 01 mar. 2017.

_____. Superior Tribunal Federal. Recurso Especial nº 418416. Recorrente: Luciano Hang. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Sepúlveda Pertence. Brasília, de 10 de maio de 2006. **Terceira Pleno**, Brasília, 12 dez. 2006. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000092066&base=b aseAcordaos>>. Acesso em: 26 jul. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Enunciado de súmula 323. Brasília, DJ 25 de nov. 2009. Disponível em:
<[_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1593873/SP. Agravante: GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA. Agravado: S M S. Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI. Brasília, DJ 10 nov. 2016. Disponível em:
<\[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial =66956727&num_registro=201600796181&data=20161117&tipo=5&formato=PDF\]\(https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial =66956727&num_registro=201600796181&data=20161117&tipo=5&formato=PDF\)>. Acesso em: 29 abr. 2017.](http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27323%27).sub. > Acesso em: 28 abr. 2017.</p></div><div data-bbox=)

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1335153/RJ. Recorrente: Nelson Curi e outros. Recorrido: Globo Comunicações e Participações S/A. Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO. Brasília, DJ 28 maio 2013. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201100574280&dt_publica cao=10/09/2013>. Acesso em: 28 abr. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1334097. Recorrente: Globo Comunicações e Participações S/A. Recorrido: Jurandir Gomes França. Relator: LUIS FELIPE SALOMÃO. Brasília, DJ 28 de maio de 2013. Quarta Turma, Distrito Federal, 10 set. 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=Chacina Candel%Elria&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>> Acesso em: 01 mar. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.316.921. Recorrente: GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA. Recorrido: MARIA DA GRAÇA XUXA MENEGHEL. Relator: MINISTRA NANCY ANDRIGHI. Brasília, de 29 de junho de 2012. Terceira Turma, Brasília, 29 jun. 2012. Disponível em:
<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=xuxa&&b=ACOR&thesaurus=JUR IDICO&p=true>>. Acesso em: 01 mar. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Informativo de jurisprudência 0460. Brasília, DJ 14 dez. 2010. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&processo=1193764&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em: 01 nov. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.323.754. Recorrente: GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA. Recorrido: Grasielle Salme Leal. Relator: MINISTRA NANCY ANDRIGHI. Brasília, DJ 19 jun. 2012. Terceira Turma, Brasília, DJe 28 ago. 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=22644503&num_registro=201200057484&data=20120828&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 01 nov. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1193764. Recorrente: I P DA S P. Recorrido: GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA. Relator: MINISTRA NANCY ANDRIGHI. Brasília, DJ 14 dez. 2010. Terceira Turma, Brasília DJe 08 ago. 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=13438555&num_registro=201000845120&data=20110808&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 01 nov. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.337.990. Recorrente: Rubens Gonçalves Barrichelo. Recorrido: GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA. Relator: MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO. Brasília, DJ 21 ago. 2014. Terceira Turma, Brasília, DJe 30 set. 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=34792427&num_registro=201102765398&data=20140930&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 01 nov. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.531.653. Recorrente: TERRA NETWORK BRASIL SA. Recorrido: Eduardo Portela Fernandes. Relatora: MINISTRA NANCY ANDRIGHI. Brasília, DJ 13 jun. 2017. Terceira Turma, Brasília, DJe 01 ago. 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=73633388&num_registro=201501083984&data=20170801&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 01 nov. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus nº 75.055. Recorrente: THIAGO COSTA VIEIRA PAES LANDIM. Recorrido: MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Relator: MINISTRO RIBEIRO DANTAS. Brasília, de 21 de março de 2017. **Quinta Turma**, Brasília, 27 mar. 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=70734234&num_registro=201602198887&data=20170327&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 26 jul. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Encerrada audiência pública no STF sobre direito ao esquecimento**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=346408&caixaBusca=N>>. Acesso em: 09 nov. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo n. 833.242. Recorrente: Nelson Curi e outros. Recorrido: GLOBO COMUNICAÇÕES E PARTICIPAÇÕES S/A. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, DJ 11 dez. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=833248&classe=ARE-RG&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 09 nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo n. 833.242. Recorrente: Nelson Curi e outros. Recorrido: GLOBO COMUNICAÇÕES E PARTICIPAÇÕES S/A. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, DJ 11 dez. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7810658>>. Acesso em: 09 nov. 2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 7. ed.

CAPANEMA, Walter Aranha. **A responsabilidade civil na Internet: uma análise da lei 12.965/2014**. Disponível em: < http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista78/revista78_107.pdf>. Acesso em: 04 ago. 2017.

CARNEIRO, Wálber Araújo. **Hermeneutica jurídica heterorreflexiva: uma teoria dialógica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. **Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas.

COELHO, Fábio Ulhoa. Cicarelli: uma armadilha para o Poder Judiciário. **Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária**. Rio Grande do Sul: Notadez, ano 55, n. 553, 2007, p. 95-100.

CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues da Cunha; COSTA, Carlos; ARAÚJO, Laisa Ribeiro de. A responsabilidade civil do provedor de conteúdo por violações à honra praticadas por terceiros: antes e pós-Marco Civil da Internet. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Ed. RT, vol. 99, ano 24, maio-jun. 2015

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodvm, 2014, p.93-94.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17 ed. Salvador: JusPodivm, 2015

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de Direito Civil: responsabilidade civil**. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015, v.3.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2015.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Sigilo de Dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do estado. **Direitos Humanos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. II.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB**. São Paulo: Atlas, 2015, v. 1.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Disponível em: <<https://marcosfabionuva.files.wordpress.com/2011/08/verdade-e-metodo-i.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2017.

GÓIS, Veruska Sayonara de. Direito constitucional à informação: reflexões sobre garantias possíveis. **Revista Direito e Liberdade**. Ano 1, n.1. Mossoró: Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

HEIDEGGER, MARTIN. **Ser e Tempo**. Petrópolis: Vozes, 2005, p.57. Disponível em: <<https://marcosfabionuva.files.wordpress.com/2011/08/ser-e-tempo-parte-i.pdf>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

JORGE, Maykon Cristiano; IOCOHAMA, Celso Hiroshi. A tutela inibitória como meio de efetivação do direito ao esquecimento e proteção da dignidade da pessoa humana. **Revista Brasileira de Direito Processual**. Belo Horizonte: , ano 24, n. 95, jul./set. 2016.

LEONARDI, Marcel. **Responsabilidade civil dos provedores de serviço de Internet**. Disponível em: < <http://leonardi.adv.br/wp-content/uploads/2011/04/mlrcpsi.pdf>>. Acesso em: 04 ago. 2017

LIMA, Erik Noleta Kirk Palma. **Direito ao esquecimento: discussão europeia e repercussão no Brasil.** *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas, ano 50, número 199, jul./set. 2013, p. 271-283. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/502929/000991677.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 28 abr. 2017.

LIMBERGER, Têmis; SALDANHA, Jânia Maria Lopes; MORAES, Carla Andretta Sobré. Estado, cidadania e novas tecnologias: o comércio eletrônico e as alterações do Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 22, vol. 85, jan-fev/2013.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2014.

MARTINEZ, Pablo Dominguez. **Direito ao esquecimento: a proteção da memória individual na sociedade de informação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

MOREIRA, Rodrigo Pereira; MEDEIROS, Jaqueline Souza. Direito ao esquecimento: entre a sociedade da informação e a civilização do espetáculo. *Revista de Direito Privado*, vol. 70, ano 17. São Paulo: Revista dos Tribunais, outubro 2016.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A proteção Constitucional da informação e o direito à crítica jornalística**. São Paulo: FTD, 1997.

MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Marco jurídico para a cidadania digital: uma análise do projeto de Lei 5.276/2016. *Revista de Direito Contemporâneo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 9, ano 3, out.-dez. 2016, p. 35-48.

PACK, Patricia. **Direito digital**. São Paulo: Saraiva, 2002.

PAGANOTTI, Ivan. **Pressão virtual e regulamentação digital brasileira: análise comparativa entre o Marco Civil da Internet e a Lei Azered**. Disponível em: <[https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&q=efeito+barbra+streisand+na+internet&btnG=&lr=&oq=efeito+](https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&q=efeito+barbra+streisand+na+internet&btnG=&lr=&oq=efeito+>)>. Acesso em: 06 set. 2017.

PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, 2006.

PEIXOTO, Geovane De Mori. **Direitos Fundamentais, hermenêutica e jurisdição constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2013.

PENNA, Bernardo Schmidt; PEIXOTO, Juliane Engler Loureiro. A sociedade superinformacionista e o direito ao esquecimento: a proteção da memória individual na internet e o aparente conflito com o direito à informação e a liberdade de expressão. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 981, ano 106, julho 2017.

RIBEIRO, Rodrigo; COSTA, Luderson. **Web Crawler em Java: coleta e filtragem de conteúdo da Web**. Disponível em: <http://www.univale.com.br/unisite/mundo-j/artigos/59_Webcrawler.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2017.

ROVER, Tadeu. TJ-SP aplica direito ao esquecimento e determina exclusão de links em buscas. **Conjur**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-ago-22/tj-sp-aplica-direito-esquecimento-determina-exclusao-links?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook>. Acesso em: 01 nov. 2017.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação cível nº 1006272-72.2014.8.26.0011. 9ª Câmara de Direito privado. Relator: Alexandre Alves Lazzarini. Julgado em: 05 abr. 2016. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=9329793&cdForo=0>> Acesso em: 01 nov. 2017.

SCARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SCHEREIBER, ANDERSON. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros. 2014, p. 208.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros. 2014.

SILVA NETO, Manoel Jorge. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUZA, Camila Maria Brito. **Privacidade e internet**. Recife: Nossa Livraria, 2005.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência, tomo II**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento 2016/679**. Disponível em: file: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT>>. Acesso em: 28 ago. 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

WALD, Arnaldo. **Direito civil: introdução e parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2003.