

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Pamela Gabrielle Meneguetti

**Os mecanismos de busca na Web e as colisões entre o direito à
informação e os direitos da personalidade**

Mestrado em Direito

SÃO PAULO

2014

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Pamela Gabrielle Meneguetti

**Os mecanismos de busca na Web e as colisões entre o direito à
informação e os direitos da personalidade**

Mestrado em Direito

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção de título de Mestre em Direito Constitucional, sob orientação da Professora Doutora Silvia Carlos da Silva Pimentel.

SÃO PAULO

2014

Banca Examinadora

*Aos meus pais, JULIO e LAURA,
que me guiaram pelos melhores caminhos.*

*Ao VITOR,
que contagia a minha vida com os momentos mais felizes.*

*Aos meus sogros, VINICIUS e KÁTHIA,
que com carinho me receberam.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos aqueles que tornaram este trabalho possível, em especial:

à Professora SILVIA CARLOS DA SILVA PIMENTEL por toda a paciência, apoio e dedicação na orientação deste trabalho; ao Professor ROBERTO DIAS, pelas aulas no Mestrado da PUC/SP, que despertaram o meu interesse pelo estudo mais aprofundado da teoria dos princípios adotada neste trabalho, e também por suas valiosas contribuições; à Professora FLÁVIA PIOVESAN, pelo primeiro contato com o Direito Constitucional durante as aulas da graduação em Direito na PUC/SP, bem como por suas sempre pertinentes sugestões, que em muito enriqueceram este trabalho;

ao PINHEIRO NETO ADVOGADOS e à sua COMISSÃO DE APRIMORAMENTO, pelo constante apoio em meus projetos, e, em especial, a ANDRÉ ZONARO GIACCHETTA e JOSÉ MAURO DECOUSSAU MACHADO, grandes incentivadores de meus estudos; a CIRO TORRES FREITAS, por ter pacientemente contribuído com inúmeras discussões, o que me permitiu inserir diferentes abordagens neste trabalho, e também por todo o auxílio na complexa tarefa de aplicar os conceitos do Direito Constitucional à seara das novas tecnologias e da Internet; e à LARISSA MARIA GALIMBERTI AFONSO, pelos valiosos conselhos e pelo incentivo e apoio constantes, que me fizeram buscar o desafio de cursar o Mestrado.

Aos meus pais, irmãos e familiares, meu mais profundo agradecimento por tudo o que representam em minha vida.

RESUMO

MENEGUETTI, Pamela Gabrielle. *Os mecanismos de busca na Web e as colisões entre o direito à informação e os direitos da personalidade*. 2014. 203 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo.

O presente estudo tem por objetivo examinar as novas colisões que se têm verificado entre o direito à informação e os direitos da personalidade, em especial após o advento e atuação dos mecanismos de busca na Web, com a finalidade de, ao final, fornecer critérios racionais para a sua solução, por meio de técnica adequada para a solução de colisões entre direitos fundamentais.

Com base nesse objetivo e de acordo com a teoria dos princípios concebida por ROBERT ALEXY, este estudo examina em profundidade o âmbito de proteção *prima facie* do direito à informação e dos direitos da personalidade, traçando seus principais elementos e o histórico de sua tutela. O estudo também aborda os mecanismos de busca na Web, delimitando o seu conceito, o histórico de seu desenvolvimento, suas modalidades e as etapas envolvidas em seu funcionamento – fatores cuja análise será relevante e considerada para a solução das colisões.

Ao final, pôde-se verificar que a restrição de *links* do resultado de pesquisas com mecanismos de busca na Web como forma de tutela a direitos da personalidade é uma medida que deve ser sopesada de acordo com as circunstâncias envolvidas no caso concreto. Ademais, mesmo nas situações em que admitida tal restrição diante das circunstâncias do caso concreto, a extensão da medida deve ser limitada a *links* específicos, sob pena de afetar de forma desproporcional o direito à informação.

Palavras-chave: Direito à informação – Direitos da personalidade – Mecanismos de busca na Web – Proporcionalidade

ABSTRACT

MENEGUETTI, Pamela Gabrielle. *Os mecanismos de busca na Web e as colisões entre o direito à informação e os direitos da personalidade*. 2014. 203 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo.

This paper aims at providing an analysis on new conflicts involving the right to information and the rights of personality, particularly after the advent and operation of search engines on the Web, with the purpose of, providing rational criteria to solve them through an appropriate technique able to settle collisions between fundamental rights.

Accordingly, this paper examines in depth both the right to information and the rights of personality, particularly specifying their *prima facie* scope of protection and describing their key elements and historical aspects of their legal protection. The paper also addresses the search engines on the Web, by bounding their concept, the history of their development, their types and the stages involved in their operation – factors whose analysis is relevant and must be considered for the solution of conflicts.

Conclusively, it was observed that the restriction of links from the results of researches conducted by search engines on the Web as a way of safeguarding the rights of personality is a measure that should be balanced according to the circumstances involved in each particular case. Moreover, even when such a restriction is allowed under the circumstances of the case, the extension of the measure should be limited to specific links, under penalty of a disproportional restriction to the right of information.

Keywords: Right to information – Rights of personality – Search engines on the Web – Proportionality

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	11
2. PRESSUPOSTOS TEÓRICOS DESTE TRABALHO.....	17
2.1 A distinção entre princípios e regras.....	17
2.2 Conflito entre regras e colisão entre princípios	20
2.3 A regra da proporcionalidade e o seu papel na teoria dos princípios	23
2.3.1 Proporcionalidade e razoabilidade – Distinção necessária.....	23
2.3.2 Regra da proporcionalidade como decorrência lógica da natureza dos princípios	24
2.3.3 A aplicação das sub-regras da proporcionalidade	26
2.4 Suporte fático dos direitos fundamentais.....	32
2.5 Restrições a direitos fundamentais.....	36
2.6 Conteúdo essencial dos direitos fundamentais	39
3. O DIREITO À INFORMAÇÃO.....	42
3.1 A relevância da informação	42
3.2 O impacto dos avanços tecnológicos na produção e disseminação da informação	44
3.3 Os direitos conexos ao direito à informação.....	49
3.3.1 Direito de opinião ou de livre manifestação do pensamento.....	49
3.3.2 Direito de expressão	54
3.3.3 Direito de comunicação	55
3.4 Evolução histórica do direito à informação	55
3.5 A tutela do direito à informação e dos direitos que lhe são conexos nas Constituições brasileiras	60
3.6 O direito à informação em sua concepção atual	66
3.6.1 Conceito e denominação.....	66
3.6.2 O direito de informar	68
3.6.3 O direito de se informar.....	69
3.6.4 O direito de ser informado.....	70
3.7 As perspectivas subjetiva e objetiva do direito à informação e a relação necessária entre o direito à informação e o regime democrático	71
3.8 A feição coletiva do direito à informação.....	76
4. OS DIREITOS DA PERSONALIDADE.....	79
4.1 Conceito e polêmica a respeito da denominação adequada	79

4.2	Natureza jurídica.....	82
4.3	Caracteres essenciais dos direitos da personalidade.....	87
4.3.1	Direitos absolutos.....	89
4.3.2	Direitos extrapatrimoniais.....	90
4.3.3	Direitos intransmissíveis.....	90
4.3.4	Direitos relativamente indisponíveis.....	91
4.3.5	Direitos renunciáveis.....	93
4.4	Evolução da tutela dos direitos da personalidade.....	97
4.5	Breves considerações sobre os direitos da personalidade no Código Civil....	102
4.6	Direitos da personalidade em espécie.....	107
4.6.1	Os direitos à vida privada e à intimidade.....	108
4.6.2	O direito à honra.....	112
4.6.3	O direito à imagem.....	114
4.7	A dimensão social dos direitos da personalidade.....	116
5.	OS MECANISMOS DE BUSCA NA WEB.....	118
5.1	Conceito e denominação.....	118
5.2	Os mecanismos de busca como meios de acesso à informação.....	120
5.3	Histórico do desenvolvimento dos mecanismos de busca.....	123
5.4	As etapas envolvidas no funcionamento dos motores de busca.....	128
5.5	A origem das colisões entre o direito à informação e os direitos da personalidade.....	132
5.6	A remoção de <i>links</i> dos resultados de pesquisas em mecanismos de busca – Breve análise da viabilidade técnica.....	134
5.7	As consequências jurídicas das interferências nos resultados de pesquisas em mecanismos de busca na Web.....	141
6.	AS COLISÕES ENTRE O DIREITO À INFORMAÇÃO E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE.....	145
6.1	Retomando as premissas para a solução das colisões.....	145
6.2	Considerações sobre o denominado “Direito ao esquecimento”.....	146
6.3	Considerações sobre o “Marco Civil da Internet”.....	156
6.4	Exame de casos.....	159
6.4.1	Breves considerações sobre o método.....	159
6.4.2	Os casos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça.....	160
6.4.2.1	Recurso Especial 1.316.921.....	160
6.4.2.2	Recurso Especial 1.407.271.....	167
6.4.2.3	Reclamação 5072.....	170

6.4.3	Considerações sobre os casos examinados e sobre o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça.....	171
6.4.4	Considerações sobre a divergência de posicionamento entre o Superior Tribunal de Justiça e o Tribunal de Justiça da União Europeia.....	176
6.5	O exame das medidas de interferência nos resultados de pesquisas à luz da proporcionalidade	180
6.5.1	Adequação e necessidade	180
6.5.2	Proporcionalidade em sentido estrito	184
7.	CONCLUSÃO.....	189
8.	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	193

1 INTRODUÇÃO

É incontestável que os avanços tecnológicos gerados a partir da popularização da Internet provocaram uma profunda alteração de paradigmas. Nos dias atuais, a informação é cada vez mais produzida e disseminada em larga escala e por inúmeros meios, o que deu origem ao que se denomina alargamento das ofertas de informação.¹

O que antes era papel exclusivo da imprensa hoje é desempenhado de forma ativa e corriqueira no âmbito da Web, em que os usuários atuam livremente produzindo variados tipos de conteúdos em *blogs*, *chats* e redes sociais. Esses conteúdos podem, por sua vez, ser compartilhados mundialmente com maior facilidade e em um breve espaço de tempo e recursos. Nesse meio, os usuários tornam-se potencialmente emissores e receptores de diversas modalidades de informação e comunicação.

Exemplos dessa mudança paradigmática foram as manifestações e protestos populares ocorridos em todo o Brasil durante o ano de 2013, os quais tiveram sua organização facilitada em razão das redes sociais.² Durante esse período, tiveram destaque nas redes sociais as *hashtags*³ “#verásqueumfilhoteunãofogeàluta”,

¹ Nesse sentido: “O uso intensificado de recursos informacionais na sociedade contemporânea possibilita um acesso a múltiplos meios de informação e comunicação, que, além de causarem uma revolução informacional, fizeram surgir uma sociedade baseada no consumo de informação, daí o nome Sociedade da Informação, ou Sociedade do Conhecimento” (ROSELI DE SOUSA SILVA, O direito à informação e a efetivação da sociedade democrática, p. 183).

² O papel e o poder das redes sociais nas manifestações populares foram bem descritos na seguinte notícia: “O principal papel das mídias sociais nas manifestações é o mesmo em todo o mundo. Ela dá voz e conecta as pessoas de forma inédita na história da comunicação no mundo. Nas mídias sociais não existe limitação de tempo ou espaço, tudo é contínuo e onipresente. Pessoas de diferentes localidades podem se comunicar livremente. E os recursos que as mídias sociais oferecem como formação de grupos e páginas facilitam a organização. As mídias sociais representam uma mudança profunda e inevitável da forma como nos comunicamos e compreendemos o mundo” (Disponível em: <<http://tectriadebrasil.com.br/blog/o-poder-das-midias-sociais-nas-manifestacoes-populares/>>. Acesso em: 16 jan. 2014). No mesmo sentido: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/117886-objetivo-de-manifestacoes-e-nova-forma-de-democracia.shtml>>. Acesso em: 16 jan. 2014.

³ “*Hashtags* são compostos pela palavra-chave do assunto antecedida pelo símbolo cerquilha (#). As *hashtags* viram *hiperlinks* dentro da rede, indexáveis pelos mecanismos de busca. Sendo assim, outros usuários podem clicar nas *hashtags* ou buscá-las em mecanismos como o Google,

“#ogiganteacordou” e “#primaverabrasileira”. Com a proximidade e início da Copa do Mundo, novos protestos ocorreram no Brasil em 2014. O mesmo tem ocorrido em outros países, por exemplo, no Egito e na Tunísia,⁴ a evidenciar que não se trata de uma realidade exclusivamente brasileira, mas sim mundial.

Consequência direta desse fenômeno é a insuficiência da garantia constitucional de liberdade de imprensa para assegurar o acesso à informação, tornando-se necessário conferir uma nova leitura ao direito à informação,⁵ a fim de acobertar as múltiplas formas de produção e disseminação da informação na sociedade atual.⁶

Paralelamente a esse fenômeno, tem-se observado, como decorrência direta dos avanços tecnológicos e da maior exposição dos usuários na Web, uma ampliação das alegações de violação a direitos da personalidade, que, se configuradas, geram consequências drásticas aos respectivos titulares, pois são muito mais dificultosas as medidas para se conferir uma tutela efetiva a esses direitos no âmbito da Web.

As consequências da violação a direitos da personalidade por meio da Web são mais graves porque, ao contrário dos conteúdos veiculados na imprensa, que são limitados a uma edição, aqueles disponibilizados na Web passam a ser inseridos e reproduzidos de forma instantânea e são mais facilmente acessíveis, sem limitação temporal.⁷ Pesquisas que anteriormente demandavam grande esforço e tempo para sua

para ter acesso a todos que participaram da discussão.” (Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Hashtag>>. Acesso em: 7 jun. 2014).

⁴ Disponível em: <<http://topicos.estadao.com.br/primavera-arabe>>. Acesso em: 16 jan. 2014.

⁵ Não se pretende abordar à exaustão todas as inúmeras questões controvertidas suscitadas pelo tema, tampouco aprofundar o exame sob a perspectiva da liberdade de informação jornalística ou dos meios de comunicação em geral. Este estudo versará especialmente sobre a informação em sentido amplo, a qual é produzida não apenas pelos profissionais da área de comunicação, mas também pelos usuários da Internet ao exercerem a garantia constitucional da liberdade de opinião e ao disponibilizarem informações *online*.

⁶ Essa problemática já era referida por FREITAS NOBRE, antes mesmo do advento da Internet: “A liberdade de imprensa isoladamente não garante, em uma sociedade moderna, a informação aos cidadãos. Hoje se afirma uma necessidade nova, uma exigência contemporânea: o direito à informação. A multiplicidade das fontes de informação, a potência e a diversidade dos meios de comunicação, a necessidade de opções individuais e coletivas implicam para cada um a possibilidade de informar-se completamente dos fatos significativos da vida política, social, econômica e cultural e o direito da informação para todos (*Imprensa e liberdade: os princípios constitucionais e a nova legislação*, p. 76).

⁷ MARCEL LEONARDI, *Tutela e privacidade na Internet*, p. 42.

realização tornaram-se simples após o advento e popularização da Web, em que é possível localizar inclusive dados pessoais e fatos relacionados à vida pessoal e profissional de muitas pessoas.

Com isso, observa-se que a ampla utilização da Web fez surgir hipóteses de tensão entre o direito à informação e os direitos da personalidade, sendo necessário verificar qual desses direitos deve prevalecer diante de determinadas circunstâncias do caso concreto, tema que se pretende analisar neste estudo.

Nesse contexto, os mecanismos de busca na Web, ao atuarem como os principais intermediários que permitem a realização de pesquisas por meio de palavras-chave visando à localização de conteúdos existentes na Web tornaram-se importante palco dessas controvérsias, sendo constantes as demandas sobre essa matéria, que exigem uma solução para essas colisões.

A localização de conteúdos, tanto lícitos como ilícitos, torna-se possível a partir da realização de pesquisas baseadas em palavras-chave indicadas pelo usuário, que podem consistir inclusive em nomes próprios. Assim, uma pesquisa a partir do nome de um indivíduo pode resultar na indicação de *links* para *websites* que apresentem inúmeros conteúdos a seu respeito, inclusive imagens.

Dessa forma, o que se observa é a existência de colisões entre o direito à informação e os direitos da personalidade, as quais decorrem diretamente da atuação dos mecanismos de busca na Web. São frequentes as controvérsias e as ações judiciais nas quais indivíduos e entidades requerem determinadas interferências nos resultados de pesquisas, pelas mais variadas razões, como forma de tutelar direitos da personalidade tidos por violados. Discute-se, ainda, a existência do denominado “direito ao esquecimento”, muitas vezes utilizado para embasar pedidos de remoção de conteúdos disponíveis *online* e *links* expostos nos resultados das pesquisas.

Trata-se de um tema atual que, sobretudo diante do crescente desenvolvimento da inclusão digital, atinge grande parcela da sociedade, bastando constatar o alto grau de dependência que se estabelece entre os usuários e os mecanismos de busca na Web para a localização de conteúdos disponíveis *online* e a

facilidade e velocidade com que as violações aos direitos da personalidade se propagam no ambiente virtual.

A necessidade de uma regulamentação para a Web tem sido amplamente debatida não apenas no Brasil, onde deu origem à recente Lei n.º 12.965/2014, denominada “Marco Civil da Internet”, mas também em nível internacional, seara em que se discutem normas globais aplicáveis à Internet.⁸ O assunto tem sido constantemente abordado em eventos internacionais após as revelações do norte-americano Edward Snowden a respeito das práticas de espionagem internacional adotadas pelo governo dos Estados Unidos. No entanto, nem mesmo no âmbito do “Marco Civil da Internet” foram estabelecidas regras suficientes para a solução das colisões em questão.

Ainda assim, a importância do tema não tem passado despercebida nem mesmo nos tribunais, como se verifica do trecho a seguir, extraído de acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, da relatoria da Ministra NANCY ANDRIGHI:

A questão é atual e de extrema relevância, dada a indiscutível importância assumida pelos sites de pesquisa virtual, tendo em vista, de um lado, o estágio de dependência da sociedade contemporânea frente à Internet e, de outro, a impossibilidade de se conhecer todo o diversificado conteúdo das incontáveis páginas que formam a web.

De fato, o cotidiano de milhares de pessoas hoje depende de informações que estão na Internet, mas que, por desconhecimento da página específica onde estão inseridas, dificilmente seriam encontradas sem a utilização das ferramentas de pesquisa oferecidas pelos sites de busca.

Em contrapartida, esses mesmos mecanismos de busca podem ser usados para a localização de páginas com conteúdo ilícito, cada vez mais comuns diante do anonimato que o ambiente virtual propicia.⁹

Essas colisões caracterizam-se, de um lado, pelo direito à informação, que assegura o direito de informar, o direito de ser informado e o direito de se informar, e que se mostra relevante não apenas como direito subjetivo, mas também como importante instrumento para a concretização do regime democrático, e, de outro lado, os

⁸ Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,brasil-consegue-apoio-para-marco-regulatorio-da-internet,1079194,0.htm>>. Acesso em: 16 jan. 2014.

⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 3.^a Turma, Recurso Especial 1.316.921/RJ, Brasília, 29.06.2012.

direitos da personalidade, que igualmente garantem aos respectivos titulares direitos essenciais ao pleno desenvolvimento de sua personalidade e de suas faculdades. Parte-se, assim, do pressuposto de que esses direitos possuem o mesmo peso abstrato.

O exame das colisões será realizado com base na *teoria dos princípios* de ROBERT ALEXY,¹⁰ bem como em um modelo de suporte fático amplo dos direitos fundamentais e na teoria externa. Todos esses pressupostos teóricos do presente estudo e suas consequências serão adequadamente abordados e justificados no Capítulo 2.

Abordados os pressupostos teóricos deste trabalho, pretende-se, em seguida, examinar a delimitação constitucional aplicável ao direito à informação em suas três vertentes (Capítulo 3) e aos direitos da personalidade (Capítulo 4), extraindo-se o âmbito de proteção *prima facie* desses direitos como premissa necessária para o posterior exame das colisões.

No Capítulo 5, parte-se para o estudo específico dos mecanismos de busca na Web e sua relevância na atualidade, mediante a análise do histórico da sua criação e desenvolvimento, da técnica¹¹ e das etapas envolvidas no seu funcionamento, além da sua importância como meio de acesso à informação.

Em seguida, propõe-se, no capítulo final do presente estudo (Capítulo 6), examinar os casos até então julgados pelo Superior Tribunal de Justiça e as medidas de interferência nos resultados de pesquisas à luz da proporcionalidade, a fim de demonstrar e ilustrar a maneira pela qual deverão ser solucionadas as colisões quando forem relacionadas aos resultados das pesquisas, aplicando-se os conceitos da *teoria dos princípios* de ALEXY. Será realizada, ainda, uma comparação desses casos com o precedente do Tribunal de Justiça da União Europeia, também relacionado ao tema. Pretende-se também tecer considerações neste último capítulo a respeito do “direito ao

¹⁰ ROBERT ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*.

¹¹ O exame de aspectos técnicos relacionados ao funcionamento dos mecanismos de busca na Web não será demasiadamente aprofundado, por fugir ao escopo deste estudo. Entretanto, alguns pontos de natureza técnica serão explorados na medida necessária para o escopo da presente dissertação, em especial aqueles que têm sido considerados na solução das novas colisões que se verificam entre os referidos direitos.

esquecimento” e do “Marco Civil da Internet”, a fim de deixar clara a sua influência sobre o tema.

Optou-se por seguir uma metodologia multidimensional, contemplando as dimensões *analítica*, *empírica* e *normativa*. A dimensão *analítica* foi utilizada especialmente ao se delimitarem os pressupostos teóricos do estudo e suas implicações para o desenvolvimento e conclusões deste trabalho; a *dimensão empírica* virá à tona principalmente com o exame e a referência a fatos históricos e a casos julgados; e, por fim, a *dimensão normativa* foi empregada em diversas considerações críticas ao longo do trabalho, e também com o objetivo de demonstrar o meio a ser adotado para a solução das colisões.

2 PRESSUPOSTOS TEÓRICOS DESTE TRABALHO

O exame de colisões entre direitos fundamentais, na forma proposta no presente trabalho, pressupõe embasamento em uma teoria adequada que se preste a fornecer meios de solução coerentes racionais para as hipóteses de tensão entre princípios que serão analisadas adiante, evitando-se ao máximo a subjetividade.

Em vista de sua estrutura bem definida, de sua ampla aceitação pela doutrina, de sua compatibilidade com a Constituição Federal brasileira e do específico propósito de fornecer juízos racionais para a solução da maioria dos casos de colisão entre princípios, optou-se por realizar este estudo com fundamento na teoria dos princípios desenvolvida por ROBERT ALEXY,¹² concebida com base no direito constitucional alemão. Por essa razão, as referências a princípios feitas neste trabalho serão atreladas ao conceito de princípio na acepção de ALEXY.

Nos itens seguintes, pretende-se abordar os pressupostos teóricos do presente trabalho, mediante o exame dos principais aspectos da teoria de ALEXY e as consequências da sua adoção como forma de solução das colisões entre o direito à informação e os direitos da personalidade, o que se considera fundamental e determinante para o desenvolvimento e conclusões deste trabalho.

2.1 A distinção entre princípios e regras

Após o advento do neoconstitucionalismo, caracterizado pelos debates voltados à superação do positivismo, verifica-se a incorporação aos textos constitucionais de um número elevado de normas estruturadas sob a forma de

¹² ROBERT ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*. Sobre a principal objeção manifestada à teoria dos princípios adotada neste trabalho, cf. HUMBERTO ÁVILA, *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. Em nível internacional, cf., por exemplo, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*.

princípios.¹³ Essas normas, que expressam valores eleitos como relevantes, passaram a conviver ao lado das regras já existentes.¹⁴ Essa concepção de um ordenamento jurídico formado por duas modalidades de normas foi inaugurada por RONALD DWORKIN,¹⁵ que teve um papel essencial na construção de uma teoria para distinção entre princípios e regras.

A distinção entre princípios e regras tornou-se relevante e vem sendo considerada “uma das colunas mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais”,¹⁶ o que justifica a sua abordagem como pressuposto teórico inicial do presente trabalho.

Com o objetivo de criticar o positivismo e especialmente as ideias de H. L. A. HART, DWORKIN sustenta que o direito não pode ser concebido como um sistema formado integralmente por regras, pois estas não se mostram suficientes para solucionar os chamados “casos difíceis”. Para esses casos, DWORKIN pondera que não há uma regra predefinida no sistema, e o juiz muitas vezes se vê obrigado a criar direito novo, atuando de forma discricionária.¹⁷

Com base nesse pressuposto e em contraposição aos critérios tradicionais,¹⁸ DWORKIN propõe uma distinção entre princípios e regras de caráter lógico. De acordo

¹³ WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO, *Teoria processual da Constituição*, p. 89-102.

¹⁴ Sobre as objeções aos modelos puros de regras ou de princípios, cf. ROBERT ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 121-135; J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 1162-1163. O que se considera mais adequado é um modelo combinado de regras e princípios, pois este é capaz de aliar a previsibilidade e segurança jurídica assegurada pelas regras à possibilidade de sopesar valores diante das circunstâncias do caso concreto, o que se dá mediante a aplicação dos princípios. Nesse sentido, cf. GILMAR FERREIRA MENDES E PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, *Curso de direito constitucional*, p. 75; ANA PAULA DE BARCELLOS, *Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional*, p. 78 e ss.

¹⁵ RONALD DWORKIN, *Levando os direitos a sério*. Sobre esse fenômeno, CARLOS BERNAL PULIDO, *The rationality of balancing*, p. 195; WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO, *Teoria processual da Constituição*, p. 99 e ss.

¹⁶ ROBERT ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 85.

¹⁷ RONALD DWORKIN, *Levando os direitos a sério*, p. 35-36.

¹⁸ J. J. GOMES CANOTILHO enumera os tradicionais critérios para a distinção entre princípios e regras, quais sejam: (i) *grau de abstração*: enquanto os princípios são dotados de alto grau de abstração, as regras possuem abstração reduzida; (ii) *grau de determinabilidade na aplicação ao caso concreto*: as regras são aplicáveis de forma direta, ao passo que os princípios não são dotados de mediações concretizadoras; (iii) *caráter de fundamentalidade no sistema das fontes*

com o critério proposto por DWORKIN, as regras são aplicáveis na modalidade “tudo ou nada”, de forma que ou valem e são aplicadas em sua integralidade ou não valem e não são aplicadas. Já os princípios “[...] não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas”.¹⁹ Na lição de DWORKIN, os princípios são aplicáveis em conformidade com o seu peso, de modo que prevalece aquele que tiver o maior peso no caso concreto. Essa foi a principal contribuição de DWORKIN para a distinção entre regras e princípios como modalidades de normas e o ponto de partida da teoria de ALEXY.

ALEXY, por sua vez, sustenta que as regras garantem direitos definitivos, ao passo que os princípios asseguram direitos *prima facie*. Portanto, mediante a aplicação de uma regra, o direito é realizado em sua integralidade, o que dificilmente ocorre com os princípios, pois “há uma diferença entre aquilo que é garantido (ou imposto) *prima facie* e aquilo que é garantido (ou imposto) definitivamente”.²⁰ Em síntese, o grau de realização dos princípios é geralmente parcial,²¹ na medida em que “um princípio cede lugar quando, em um determinado caso, é conferido um peso maior a um outro princípio antagônico”.²²

Partindo dessa distinção e da constatação de que frequentemente a realização de um princípio encontra óbice em outro, ALEXY define os princípios como

de direito: os princípios possuem maior relevância no ordenamento jurídico, em razão da sua hierarquia constitucional e do seu papel estruturante dentro do sistema; (iv) *proximidade da ideia de direito*: enquanto as normas podem possuir mero conteúdo funcional, os princípios representam verdadeiros *standards* pautados em valores e exigências de justiça; e (v) *natureza normogênica*: os princípios constituem a base e a *ratio* do ordenamento jurídico (*Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 1160-1161). Também sobre os critérios tradicionais para essa distinção, cf. VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 44-45; ROBERT ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 86-90.

¹⁹ RONALD DWORKIN, *Levando os direitos a sério*, p. 40.

²⁰ VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 45.

²¹ A realização máxima de um princípio é em tese possível, desde que presentes as condições fáticas e jurídicas ideais, mas isso dificilmente ocorre. Cf., nesse sentido, VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 46.

²² ROBERT ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 105.

mandamentos de otimização, o que significa que exigem que algo seja realizado na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes.²³

O direito à informação e os direitos da personalidade, que serão examinados neste trabalho, qualificam-se como princípios, de forma que, na concepção de ALEXY, a realização desses princípios ocorre em graus variados e depende das condições fáticas e jurídicas do caso concreto. Assim, quando considerados isoladamente, tais princípios podem conduzir a uma contradição, pois frequentemente “um princípio restringe as possibilidades jurídicas de realização do outro”.²⁴ Na solução das colisões devem-se levar em consideração também as condições fáticas do caso concreto.

Do embasamento deste trabalho na teoria de ALEXY²⁵ decorrem consequências relevantes, sobretudo para que haja coerência em relação ao conceito de princípio adotado.²⁶ Uma delas é justamente a irrelevância da fundamentalidade para a solução das colisões entre princípios. É o que se propõe tratar no item seguinte.

2.2 Conflito entre regras e colisão entre princípios²⁷

Os conceitos tratados *supra* implicam distintas formas de solução para os conflitos entre regras e as colisões entre princípios.²⁸ Conflitos entre regras ocorrem

²³ ROBERT ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 90.

²⁴ Idem, *ibidem*, p. 96.

²⁵ Não se ignora a existência de outras teorias sobre a distinção entre princípios e regras, cf., por exemplo: HUMBERTO ÁVILA, *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*; e MARCELO NEVES, *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. No entanto, optou-se por não abordá-las, por fugir ao escopo desta dissertação.

²⁶ Considerando que o que importa para o conceito de princípio de ALEXY é a estrutura normativa, constata-se que algumas normas concebidas como princípios fundamentais no direito brasileiro, por exemplo, o “princípio da legalidade” e o “princípio da proporcionalidade”, qualificam-se como regras na acepção de ALEXY. Isso ocorre porque a legalidade e a proporcionalidade não são passíveis de sopesamento, de forma que não se enquadram como “mandamentos de otimização”. Nesse sentido: VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*, p. 613.

²⁷ Optou-se por não abordar as colisões entre regras e princípios, o que fugiria do escopo do presente trabalho. A esse respeito VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 51-56.

²⁸ CARLOS BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p. 580.

quando duas ou mais regras são antagônicas entre si, ou seja, quando uma determina o oposto da outra. As colisões entre princípios, por sua vez, têm lugar “[...] quando em um caso concreto são relevantes duas ou mais disposições jurídicas, que fundamentam *prima facie* duas normas incompatíveis entre si e que podem ser propostas como soluções para o caso”.²⁹ Sobre as colisões ou conflitos entre normas, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE³⁰ refere que:

Haverá colisão ou conflito sempre que se deva entender que a Constituição protege simultaneamente dois valores ou bens em contradição numa determinada situação concreta (real ou hipotética). A esfera de protecção de um direito é constitucionalmente protegida em termos de intersectar a esfera de outro direito ou de colidir com uma outra norma ou princípio constitucional.³¹

Os critérios de solução para conflitos entre regras e colisões entre princípios foram abordados brevemente por DWORKIN. O autor pontua que um conflito entre regras pressupõe a existência de uma regra inválida que, conseqüentemente, deve ser abandonada ou reformulada. Na hipótese de colisão entre princípios, por outro lado, DWORKIN sustenta que “[...] aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um”,³² ou seja, prevalece o princípio com maior peso, o que sempre será determinado no caso concreto.

ALEXY desenvolve esses critérios de forma mais pormenorizada, referindo que o conflito entre regras deve ser solucionado mediante a inserção de uma cláusula de exceção em uma delas, ou, quando isso não for possível, por meio da declaração de invalidade de uma das regras.³³ Para as colisões entre princípios, porém, a solução é baseada em *relações condicionadas de precedência*, que são determinadas de acordo com as condições do caso concreto. Sobre as colisões entre princípios, ALEXY pondera que:

²⁹ CARLOS BERNAL PULIDO, *Estructura y límites de la ponderación*, p. 6 - tradução livre.

³⁰ Como ficará claro a seguir, não se ignora que o autor tem um posicionamento contrário e incompatível com a teoria dos princípios adotada neste trabalho.

³¹ JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, p. 321-322.

³² RONALD DWORKIN, *Levando os direitos a sério*, p. 42.

³³ ROBERT ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 92.

As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso.³⁴

Exemplificando os aspectos já referidos com os princípios que constituem objeto deste trabalho, verifica-se que a realização do direito à informação frequentemente é obstada por restrições impostas pelos direitos da personalidade e vice-versa, o que não pode ser solucionado por meio da declaração de invalidade de um dos princípios ou da inserção de uma cláusula de exceção em um deles. Para tanto, faz-se necessário realizar um sopesamento, que levará em consideração e será solucionado com base nas condições do caso concreto, não sendo possível estabelecer em abstrato uma relação de precedência entre esses princípios.³⁵

ALEXY expressa essa relação condicionada de precedência por meio da chamada *lei de colisão*,³⁶ denominando os princípios em relação de tensão de “P1” e “P2” e as condições do caso concreto de “C”. A letra “P”, por sua vez, designa a precedência de um dos princípios sobre o outro, diante das condições do caso concreto (C).

Da aplicação dessa lei decorrem duas possibilidades quanto à prevalência dos princípios considerados: (P1 P P2) C e (P2 P P1) C’. Na primeira hipótese, o princípio P1 prevalece sobre P2 diante de determinadas condições C, ao passo em que na segunda hipótese a solução é oposta, ou seja, o princípio P2 prevalece sobre P1, em

³⁴ ROBERT ALEX, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 93-94.

³⁵ Idem, *ibidem*, p. 95.

³⁶ Idem, p. 94-103.

vista da presença de outras condições no caso concreto C', que levam a uma solução antagônica.³⁷ Das condições fáticas do caso concreto que determinam a precedência de um princípio sobre outro extrai-se uma regra que valerá sempre que se verificarem as mesmas condições na relação de tensão entre os princípios.³⁸

2.3 A regra da proporcionalidade e o seu papel na teoria dos princípios

2.3.1 Proporcionalidade e razoabilidade – Distinção necessária

Antes de abordar o fundamento da regra da proporcionalidade, a forma de sua aplicação e sua relação com a teoria dos princípios, mostra-se pertinente ao presente estudo evidenciar brevemente as razões pelas quais proporcionalidade e razoabilidade não se confundem, tendo a primeira uma abrangência mais ampla que a segunda.

Conforme adverte VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, “pode-se admitir que tenham objetivos semelhantes, mas isso não autoriza o tratamento de ambos como sinônimos”,³⁹ tal como se nota em alguns trabalhos⁴⁰ e em especial na jurisprudência.⁴¹ Um estudo

³⁷ De acordo com ALEXYS, a lei de colisão é expressa da seguinte forma: “As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência” (*Teoria dos direitos fundamentais*, p. 99).

³⁸ Ao abordar as críticas ao sopesamento, ALEXYS demonstra que as regras concretas resultantes da aplicação da lei de colisão constituem, com o passar do tempo, importante base dogmática, o que reforça a racionalidade do sopesamento como forma de solução para colisões entre direitos fundamentais. Cf. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 175.

³⁹ VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *O proporcional e o razoável*, p. 28.

⁴⁰ Nesse sentido, LUÍS ROBERTO BARROSO, *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, p. 224; LUIZ ALBERTO G.S. ROCHA, *Estudo sobre o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade*, p. 155-179; SUZANA DE TOLEDO BARROS, *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, p. 54.

⁴¹ Cf., por exemplo, as seguintes decisões: STJ, 1.^a T., AgRg no REsp 1261303/RS, Rel. Min. Sérgio Kukina, j. 13.08.2013, v.u.; STJ, 2.^a T., AgRg no AREsp 343541/RJ, Rel. Min. Castro Meira, j. 13.08.2013, v.u.; e STJ, 4.^a T., AgRg no REsp 1221896/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 06.08.2013, v.u.

mais aprofundado permite constatar a existência de diferenças não apenas quanto à sua origem,⁴² mas também no tocante à sua estrutura, abrangência e aplicabilidade.

Em linhas gerais, a razoabilidade é baseada no denominado “princípio da irrazoabilidade”, aplicado em 1948 na famosa decisão *Wednesbury*,⁴³ pela qual restou afastada a prática de ato considerado flagrantemente irrazoável. É apenas esse o sentido que se extrai da razoabilidade, ou seja, sua abrangência é limitada e visa apenas impedir a prática de atos cuja irrazoabilidade seja flagrante e inquestionável.⁴⁴

A regra da proporcionalidade, por outro lado, teve sua origem em decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional alemão⁴⁵ e, ao contrário da razoabilidade, sua aplicação envolve uma estrutura predeterminada, representada pelo exame das sub-regras da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, o que evidencia sua abrangência mais ampla do que um mero exame acerca da irrazoabilidade do ato.

Assim, além das diferenças quanto à origem histórica, a regra da proporcionalidade importa em um exame muito mais abrangente e estruturado do que a mera exigência de razoabilidade,⁴⁶ como ficará claro a seguir com o exame específico da regra da proporcionalidade e de suas três sub-regras.

2.3.2 Regra da proporcionalidade como decorrência lógica da natureza dos princípios

Na acepção de ALEXY, a proporcionalidade é uma regra porque impõe um dever definitivo, e não um dever *prima facie* aplicável conforme as circunstâncias

⁴² WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO, *Teoria processual da Constituição*, p. 182.

⁴³ “[...] se uma decisão [...] é de tal forma irrazoável, que nenhuma autoridade razoável a tomaria, então pode a corte intervir.”

⁴⁴ VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *O proporcional e o razoável*, p. 29.

⁴⁵ Nesse sentido, VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *O proporcional e o razoável*, p. 30; WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO, *Teoria processual da Constituição*, p. 63-64. Em sentido diverso, LUÍS ROBERTO BARROSO sustenta que a razoabilidade teve origem na Magna Carta de 1215, que assegurou o devido processo legal: *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, p. 218-246.

⁴⁶ VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *O proporcional e o razoável*, p. 29-31.

fáticas e jurídicas do caso concreto. Embora a proporcionalidade não seja uma regra de conduta, mas sim uma regra especificamente relacionada à aplicação de outras normas, tal fato não compromete a sua estrutura de regra, ainda que seja considerada uma regra especial.⁴⁷

Dos conceitos já examinados constata-se que há uma relação de mútua implicação entre a natureza dos princípios e a regra da proporcionalidade, pois esta, incluindo suas três sub-regras (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), constitui verdadeira decorrência lógica do conceito de princípios como mandamentos de otimização.⁴⁸ Esse aspecto foi bem esclarecido por ALEXY no posfácio de sua obra:

[...] Uma das teses centrais da “Teoria dos Direitos Fundamentais” é a de que essa definição implica a máxima da proporcionalidade, com suas três máximas parciais – as máximas da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito –, e que a recíproca também é válida, ou seja, que da máxima da proporcionalidade decorre logicamente o caráter principiológico dos direitos fundamentais. Essa equivalência significa que as três máximas parciais da máxima da proporcionalidade definem aquilo que deve ser compreendido por “otimização” na teoria dos princípios.⁴⁹

Essa é a razão pela qual as hipóteses de colisão entre o direito à informação e os direitos da personalidade – que, conforme já referido, possuem natureza de princípio – serão analisadas inclusive à luz da regra da proporcionalidade.⁵⁰ A sub-regra

⁴⁷ VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 168-169. Em sentido diverso, WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO refere que “[...] o princípio da proporcionalidade, tanto é (ou pode ser) princípio como regra, possuindo uma estrutura que viabiliza a subsunção de situações jurídicas de colisão de princípios, sem com isso se tornar, propriamente uma regra, pois há de ser entendido, antes, husserlianamente, como o ‘princípio dos princípios’” (*Teoria processual da Constituição*, p. 168).

⁴⁸ ROBERT ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 116-117. Como consequência dessa decorrência lógica, não há espaço ou utilidade em perquirir a respeito de qual seria a previsão constitucional da máxima da proporcionalidade, pois é por meio dela que se aplica o dever de otimização característico dos princípios na acepção de ALEXY. Cf., nesse sentido, VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *O proporcional e o razoável*, p. 43; WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO, *Processo constitucional e direitos fundamentais*, p. 107.

⁴⁹ ROBERT ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 588.

⁵⁰ Além de proporcionar solução às colisões entre direitos fundamentais decorrentes de atos e intervenções estatais, a regra da proporcionalidade também se aplica às hipóteses – muito recorrentes, como se verificará neste trabalho – em que tais colisões se verificam entre direitos fundamentais invocados por particulares. Nessas hipóteses, o ato do particular que caracteriza

da proporcionalidade em sentido estrito exige o sopesamento como forma de solução entre princípios antagônicos e, conseqüentemente, relaciona-se às possibilidades jurídicas de realização do princípio. As sub-regras da adequação e da necessidade, por sua vez, ao considerarem medidas concretas destinadas à proteção de determinado direito fundamental, relacionam-se às possibilidades fáticas.⁵¹

2.3.3 A aplicação das sub-regras da proporcionalidade

A aplicação das sub-regras da proporcionalidade se dá de forma subsidiária, ou seja, necessariamente na seguinte ordem: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.⁵² Assim, o exame da necessidade somente é pertinente se a medida for considerada adequada e o sopesamento característico da proporcionalidade em sentido estrito apenas ocorre se a medida for adequada e também necessária.

O exame da primeira sub-regra (adequação) tem por objetivo constatar se o meio empregado é capaz de fomentar de alguma forma o fim almejado, independentemente de proporcionar sua satisfação integral.⁵³ Significa, pois, indagar: “A medida adotada é adequada para fomentar a realização do objetivo perseguido?”⁵⁴

Conforme refere SUZANA DE TOLEDO BARROS, “[...] a adequação dos meios aos fins traduz-se em uma exigência de que qualquer medida restritiva deve ser idônea à consecução da finalidade perseguida [...]”.⁵⁵ Assim, toda e qualquer medida que

uma colisão com o direito de outro particular ou mesmo da coletividade deve ser examinado sob a mesma ótica que as intervenções estatais, por meio das sub-regras da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Cf., nesse sentido, CARLOS BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p. 572-573.

⁵¹ CARLOS BERNAL PULIDO, *Estructura y límites de la ponderación*, p. 6.

⁵² VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *O proporcional e o razoável*, p. 34-36.

⁵³ Em sentido diverso, exigindo a realização integral do objetivo almejado: GILMAR FERREIRA MENDES E PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, *Curso de direito constitucional*, p. 226.

⁵⁴ Cf. VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 170.

⁵⁵ SUZANA DE TOLEDO BARROS, *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, p. 74.

fomente a realização do fim pretendido, ainda que em grau mínimo, será considerada adequada, passando-se, então, para o exame da necessidade.

O exame da segunda sub-regra (necessidade), por sua vez, implica uma análise comparativa da medida adequada – ou seja, aquela que passou no teste da adequação – para atingir o fim pretendido.⁵⁶ Dessa forma, a medida avaliada é comparada com outras que também sejam eficientes para atingir o mesmo objetivo, ainda que não na mesma intensidade, mas que importem em uma menor restrição ao direito afetado.⁵⁷

Os elementos essenciais desse exame comparativo são: a) o grau de realização e eficiência das medidas consideradas para a realização do objetivo almejado; e b) a amplitude da restrição ao direito fundamental restringido.⁵⁸ Em síntese, busca-se “o meio mais idôneo e a menor restrição possível”.⁵⁹ Sobre a diferença entre o escopo do exame das sub-regras da adequação e da necessidade, VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA refere que:

Fica clara, assim, a diferença entre o exame da necessidade e o da adequação: enquanto o teste da adequação é absoluto e linear, ou seja, refere-se pura e simplesmente a uma relação meio e fim entre uma medida e um objetivo, o exame da necessidade tem um componente adicional, que é a consideração das medidas alternativas para se obter o mesmo fim. O exame da necessidade é, assim, um exame imprescindivelmente comparativo.⁶⁰

Assim, tratando-se de medidas igualmente eficientes para a realização do objetivo pretendido, deve-se dar preferência àquela “mais suave”,⁶¹ que restrinja em menor grau o direito fundamental afetado. Nos demais casos, que representam os mais

⁵⁶ VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *O proporcional e o razoável*, p. 38-40.

⁵⁷ GILMAR FERREIRA MENDES E PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, *Curso de direito constitucional*, p. 227.

⁵⁸ VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 171.

⁵⁹ SUZANA DE TOLEDO BARROS, *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, p. 76.

⁶⁰ VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 171.

⁶¹ WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO, *Teoria processual da Constituição*, p. 149.

frequentes e cuja solução é mais complexa, devem-se priorizar as medidas que confirmam maior eficácia ao fim pretendido, ainda que estas representem uma maior restrição ao direito fundamental afetado.⁶² Nessa hipótese, a proteção ao direito fundamental restringido é assegurada no exame da sub-regra seguinte.

Disso se extrai que uma medida será considerada desnecessária somente quando uma medida alternativa for mais eficiente para a satisfação do objetivo pretendido e, ao mesmo tempo, menos gravosa em relação ao direito fundamental afetado.⁶³ Significa que:

Na consideração de que uma medida é inexigível ou desnecessária, e que, por isso, fere o princípio da proporcionalidade, é importante se possa indicar outra medida menos gravosa – menor restrição – e concomitantemente apta para lograr o mesmo ou um melhor resultado – meio mais idôneo.⁶⁴

Do contrário, há que considerar a medida necessária, passando-se para o exame da sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito.

A sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito “expressa o que significa a otimização em relação aos princípios colidentes”,⁶⁵ compreendendo a ponderação ou o sopesamento entre os princípios envolvidos, diante de sua incompatibilidade *prima facie*. Esse exame se justifica porque, “quando estão em causa situações nas quais não se pode concluir qual seria o meio menos restritivo, porque a constelação do caso é bastante ampla e com várias repercussões na ordem

⁶² Cf., nesse sentido, VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 172-173.

⁶³ VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 174.

⁶⁴ SUZANA DE TOLEDO BARROS, *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, p. 77.

⁶⁵ *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 593.

constitucional, somente a ponderação entre os valores em jogo pode resultar na escolha da medida”.⁶⁶

Essa sub-regra tem sido alvo de diversas críticas embasadas na pretensa arbitrariedade e subjetivismo decorrentes do sopesamento e por supostamente fornecer soluções irracionais para as hipóteses de colisão entre princípios.⁶⁷

Com o objetivo de demonstrar a racionalidade por trás do sopesamento e estabelecer a relação de precedência condicionada entre princípios em colisão, ALEXY desenvolveu a *lei do sopesamento* e a *fórmula do peso*. O entendimento de ALEXY é baseado na possibilidade de se formularem juízos racionais sobre o grau de intensidade de uma intervenção em um princípio e o grau de importância da realização do princípio colidente, a fim de fundamentar uma decisão para uma hipótese concreta de colisão entre direitos fundamentais.⁶⁸

Com base nessa premissa, a *lei do sopesamento* é expressa nos seguintes termos: “Quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”.⁶⁹ Essa lei evidencia que

⁶⁶ SUZANA DE TOLEDO BARROS, *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, p. 81. No mesmo sentido: WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO, *Teoria processual da Constituição*, p. 149.

⁶⁷ Cf., nesse sentido, JÜRGEN HABERMAS, *Between facts and norms*, p. 259; e DIMITRI DIMOULIS E LEONARDO MARTINS, *Teoria geral dos direitos fundamentais*, p. 209-218. ALEXY rebate as críticas demonstrando em especial que, embora o sopesamento não ofereça um resultado único, muitas vezes ele é capaz de fornecer soluções racionais para as colisões entre princípios, o que justifica a sua adoção como método. Cf. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 163-179; 575 e ss. Demonstrando a racionalidade por trás do sopesamento, CARLOS BERNAL PULIDO, *The rationality of balancing*; CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO, *Ponderação de princípios e racionalidade das decisões judiciais: coerência, razão pública, decomposição analítica e standards de ponderação*, p. 207-227. Sobre a importância de se estabelecerem parâmetros para a ponderação, cf. ANA PAULA DE BARCELLOS, *Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional*, p. 49-118.

⁶⁸ *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 598-599. Para determinação desses graus, ALEXY propõe uma escala triádica formada pelas categorias “leve”, “moderada” e “séria”. Assim, a intensidade de uma intervenção em um princípio e a importância da realização do princípio colidente são determinadas de acordo com essas categorias. O próprio ALEXY reconhece, porém, que essa escala não é isenta de problemas e que não é aplicável em todos os casos (*Teoria dos direitos fundamentais*, p. 599-600; 603).

⁶⁹ ROBERT ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 167.

há uma relação de dependência entre o grau de não satisfação ou de afetação do princípio colidente e o grau de satisfação do outro princípio.

Assim, a *lei do sopesamento* envolve três etapas, nas quais se determinam: a) o grau de não satisfação ou de afetação do princípio restringido; b) a importância da satisfação do princípio colidente; e c) se a importância da satisfação do segundo princípio é apta a justificar a afetação ou não satisfação do primeiro princípio.⁷⁰ ALEXY simboliza essa lei por meio das variáveis IP_iC , que expressa a intensidade da intervenção no princípio P_i , cuja violação é analisada, e WP_jC , que manifesta a importância da satisfação do princípio P_j . Ambas as variáveis são consideradas com base nas condições do caso concreto, designadas por C .⁷¹

As duas primeiras etapas da *lei do sopesamento* envolvem a determinação de graus para IP_iC e WP_jC , ou seja, a afetação do princípio restringido (IP_iC) e a importância da satisfação do princípio colidente (WP_jC) são classificadas como leves (“l”), moderadas (“m”) ou sérias (“s”).⁷² Disso se extraem três principais grupos de combinações possíveis, conforme descrito a seguir:

(i) situações em que P_i tem precedência sobre P_j , ou seja, em que, nos termos da lei de colisão $P_i P_j C$: $IP_iC: s/ WP_jC: l$, $IP_iC: s/ WP_jC: m$ e $IP_iC: m/ WP_jC: l$;

(ii) situações em que P_j tem precedência sobre P_i , ou seja, em que, nos termos da lei de colisão $P_j P_i C$: $IP_iC: l/ WP_jC: s$, $IP_iC: m/ WP_jC: s$ e $IP_iC: l/ WP_jC: m$;

e

(iii) situações de impasse, nas quais se constata o mesmo grau entre a afetação do princípio restringido e a importância da satisfação do princípio colidente: $IP_iC: l/ WP_jC: l$, $IP_iC: m/ WP_jC: m$ e $IP_iC: s/ WP_jC: s$.

⁷⁰ ROBERT ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 594.

⁷¹ Idem, *ibidem*, p. 600-602.

⁷² Idem, p. 602. Ao abordar as críticas sobre o modelo triádico e a sugestão de uma escala mais detalhada e refinada que considere um número maior de variáveis, ALEXY salienta que a expansão demasiada dessa escala tem como risco tornar o sistema incompreensível. Cf. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 610.

Considerando que no presente trabalho parte-se do pressuposto de que o direito à informação e os direitos da personalidade possuem o mesmo peso abstrato, ou seja, que não é possível estabelecer em termos gerais a precedência de um sobre o outro, a *fórmula do peso* aqui utilizada desprezará os pesos abstratos desses princípios.⁷³ Com base nessa premissa, a fórmula do peso é estabelecida nos seguintes termos, tal como proposto por ALEXY:

$$GP_{ij}C = \frac{IP_iC}{WP_jC}$$

A *fórmula do peso* expressa o peso concreto de P_i em relação a P_j diante das circunstâncias do caso concreto C . Esse peso é necessariamente relativo, pois considera “o quociente entre a intensidade da intervenção nesse princípio [P_i] e a importância do princípio colidente [P_j]”.⁷⁴ E, havendo conflito entre mais de dois princípios, por exemplo, o direito à informação em face dos direitos à honra e à imagem, a fórmula do peso deve ser expressa de acordo com a seguinte extensão:

$$GP_{i-n}C = \frac{IP_iC}{WP_jC + \dots + WP_nC}$$

ALEXY propõe a atribuição dos valores 2^0 , 2^1 e 2^2 às variáveis da escala triádica, para designar, respectivamente, a intensidade da intervenção e o grau de realização l , m e s . Nas palavras do autor:

⁷³ Sobre esse aspecto, ALEXY salienta que, “nos sopesamentos, os pesos abstratos têm um papel influente na decisão apenas se esses pesos forem diversos. Se eles forem iguais – o que é muito frequente nas colisões entre direitos fundamentais –, tudo dependerá exclusivamente dos pesos concretos” (*Teoria dos direitos fundamentais*, p. 600-601). E acrescenta: “[...] os pesos abstratos são supérfluos quando são iguais: eles podem ser cancelados mutuamente. Por isso, a fórmula sem os pesos abstratos não é uma fórmula distinta daquela com esses pesos; ela é a mesma fórmula após a realização desse cancelamento” (*Teoria dos direitos fundamentais*, p. 604).

⁷⁴ ROBERT ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 604.

Há diferentes possibilidades para a atribuição de números aos três valores do modelo triádico. Relativamente simples e, ao mesmo tempo, bastante instrutiva é a utilização dos valores 2^0 , 2^1 e 2^2 , ou seja, 1, 2 e 4. A partir daí, l tem o valor 1, m o valor 2, e s o valor 4. O peso concreto de $P_i - (GP_i, jC)$ – surge, então, por meio da atribuição, na fórmula do peso, dos valores 1, 2 e 4 a IP_iC e a WP_jC . Que número será atribuído é algo que é determinado por meio da valoração da intensidade da intervenção e do grau de importância como leve, mediano e alto.⁷⁵

É importante ressaltar que, no presente trabalho, não se pretende examinar as colisões entre o direito à informação e os direitos da personalidade e realizar os sopesamentos entre esses princípios com base em mera aplicação matemática da *fórmula do peso*. Quanto a esse aspecto, acolhem-se as bem ponderadas críticas de VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, no sentido de que “não é possível pretender alcançar, com o procedimento de sopesamento, uma exatidão matemática, nem substituir a argumentação jurídica por modelos matemáticos e geométricos”.⁷⁶ Não obstante, a *fórmula do peso* será devidamente considerada para ilustrar critérios de valoração e fundamentação de precedências condicionadas.

2.4 Suporte fático dos direitos fundamentais

Conforme refere VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, “[...] aceitar os pressupostos teóricos da teoria dos princípios nos moldes desenvolvidos por Alexy implica necessariamente a rejeição das teorias restritas sobre o suporte fático”.⁷⁷ Diante disso, importante examinar o conceito de suporte fático dos direitos fundamentais e demonstrar as razões pelas quais este estudo é baseado em um conceito de suporte fático amplo para os fins aqui pretendidos, o que naturalmente implica uma ampliação do âmbito de proteção dos direitos e das hipóteses de colisão entre princípios.

⁷⁵ ROBERT ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 605.

⁷⁶ VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p.176.

⁷⁷ VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 67. No mesmo sentido, GILMAR FERREIRA MENDES E PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, *Curso de direito constitucional*, p. 193; ROBERT ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 301 e ss.

Trata-se de conceito fundamental para os objetivos do presente trabalho, pois a aplicação (por meio do sopesamento ou ponderação), as possibilidades de restrição e a efetiva configuração de colisões em matéria de direitos fundamentais dependem de uma precisa determinação do conceito de suporte fático adotado.⁷⁸ Como também ficará claro adiante, o conceito de suporte fático adotado implica consequências relevantes sobre a concepção de conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

A principal controvérsia em matéria de suporte fático é a relativa às teorias que o concebem como restrito ou amplo. Essas teorias partem de diferentes pressupostos e implicam consequências relevantes sobre a forma pela qual devem ser compreendidas as restrições a direitos fundamentais.

A teoria do suporte fático restrito propõe que determinadas condutas estão *a priori* excluídas do âmbito de proteção de alguns direitos fundamentais, de forma que sequer são passíveis de configurar uma colisão entre direitos fundamentais. Esse é o posicionamento de JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE:

[...] deve admitir-se uma interpretação das normas constitucionais que permita restringir *à partida* o âmbito de protecção da norma que prevê o direito fundamental, excluindo os conteúdos que possam considerar-se *de plano* constitucionalmente inadmissíveis, mesmo quando não estão expressamente ressalvados na definição textual do direito. Essa delimitação substancial justifica-se, desde logo, pela vantagem prática de evitar que venha a considerar-se como uma situação de conflito de direitos aquela em que o conflito é apenas aparente: não tem sentido fazer uma ponderação, que pressupõe a consideração de dois valores, quando estamos perante um comportamento que não pode, em caso algum, considerar-se constitucionalmente protegido, pois que, não existindo *à partida* um dos direitos, a solução só pode ser a da afirmação total do outro.⁷⁹

Tendo como premissa a aplicação da teoria do suporte fático restrito, determinadas condutas são de antemão compreendidas de maneira a permitir sua

⁷⁸ VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 68.

⁷⁹ JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, p. 287-288.

abolição pelo legislador, não havendo propriamente qualquer restrição de direito fundamental. Como nessas hipóteses não se configura uma colisão entre direitos fundamentais, essa concepção de suporte fático restrito também é incompatível com a exigência de sopesamento entre princípios e implica a complexa tarefa de delimitar precisa e previamente o que deve ser incluído e excluído do âmbito de proteção de cada direito fundamental.⁸⁰

Um exemplo simples de adoção da teoria restritiva ocorre quando se admite que “xingar” determinado indivíduo não é uma conduta compreendida no âmbito de proteção do direito à livre manifestação do pensamento. Partindo-se dessa premissa, sequer se admite a existência de uma colisão entre o direito à honra, por exemplo, e o direito à livre manifestação do pensamento, pois a conduta de “xingar” já foi compreendida como não pertencente ao âmbito de proteção do segundo direito. Nessa hipótese, além de não se configurar uma colisão entre princípios, não há qualquer restrição aos direitos fundamentais considerados.

A teoria do suporte fático amplo, por outro lado, parte de uma crítica ao conservadorismo⁸¹ característico das concepções restritas de suporte fático. Segundo essa teoria, somente as circunstâncias específicas do caso concreto permitem averiguar as possibilidades de restrição a direitos fundamentais, e isso depende essencialmente de uma fundamentação adequada.

Segundo ALEXY, “uma teoria ampla do suporte fático é uma teoria que inclui no âmbito de proteção de cada princípio de direito fundamental tudo aquilo que milita em favor de sua proteção”.⁸² Para a teoria do suporte fático amplo, não faz sentido algum a indagação acerca do âmbito de proteção abstrato de um direito fundamental, ou seja, o que é definitivamente protegido por um direito fundamental,

⁸⁰ Sobre as críticas a esse modelo, ROBERT ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 324 e ss.; VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 97-100.

⁸¹ Sobre essas críticas, VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 95-97.

⁸² ROBERT ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 322.

pois esse âmbito será determinado somente com a realização do sopesamento no caso concreto.

O aspecto relevante para essa teoria é verificar *prima facie* o que é protegido pelo direito fundamental considerado.⁸³ Nessa linha, ao abordar o direito à informação e os direitos da personalidade nos capítulos seguintes do presente trabalho, não se pretende evidenciar de antemão o âmbito de proteção desses direitos, mas apenas estabelecer o que se encontra protegido em caráter *prima facie* por esses direitos.

A delimitação *prima facie* do que é protegido por um direito fundamental, em consonância com a teoria de ALEXY, deve ser a mais ampla possível, admitindo-se como contemplada “toda ação, estado ou posição jurídica que tenha alguma característica que, isoladamente considerada, faça parte do ‘âmbito temático’ de um determinado direito fundamental [...]”.⁸⁴

Essa proposital amplitude do que deve ser protegido *prima facie* por um direito fundamental não deve ser compreendida como a defesa de uma concepção dos direitos fundamentais como direitos absolutos.⁸⁵ O próprio conceito de princípio acima exposto já denota que os direitos fundamentais podem sofrer restrições em hipóteses de colisão e mediante a realização do sopesamento. E também nesse sentido não há espaço para se conceberem os direitos fundamentais como absolutos.

Ao negar qualquer possibilidade de restrição *a priori* de uma conduta do âmbito de proteção de um direito fundamental e admitir que as restrições a direitos fundamentais devem ser determinadas de acordo com as circunstâncias do caso concreto – o que pressupõe o sopesamento –, a teoria do suporte fático amplo releva-se plenamente compatível com o conceito de princípios como mandamentos de otimização, tal como adotado no presente trabalho.

⁸³ VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 109.

⁸⁴ *Idem*, *ibidem*, p. 109.

⁸⁵ *Idem*, p. 110.

2.5 Restrições a direitos fundamentais

Conforme refere ALEXY, “uma restrição a um direito fundamental somente é admissível se, no caso concreto, aos princípios colidentes for atribuído um peso maior que aquele atribuído ao princípio de direito fundamental em questão”.⁸⁶

Como ficou assentado anteriormente, a adoção da teoria do suporte fático amplo implica uma necessária ampliação do âmbito de proteção dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, das hipóteses de colisão entre esses direitos. Diante disso, a temática das restrições a direitos fundamentais assume especial relevância para os fins pretendidos neste trabalho. Essa temática envolve a análise das teorias interna e externa, desenvolvidas para estabelecer a relação entre os direitos fundamentais e suas restrições.

A *teoria interna* parte da premissa de que o próprio direito fundamental já contempla seus limites, de modo que nenhum fator externo – nem mesmo uma colisão com outro direito resolvida por meio do sopesamento – é passível de constituir um novo limite.⁸⁷ À semelhança do que ocorre com a teoria do suporte fático restrito, a teoria interna impõe uma determinação prévia dos limites internos ao direito, o que a torna incompatível com a ideia de sopesamento.⁸⁸

Em suma, “[...] se os limites de cada direito são definidos internamente e se não há a possibilidade de restrição constitutiva externa, é evidente que não há qualquer possibilidade de sopesamento entre direitos fundamentais”.⁸⁹ Além disso, não há sequer necessidade de se sopesarem os direitos, pois a teoria interna não reconhece nem mesmo a existência de colisões, de forma que o sopesamento se torna desnecessário.

⁸⁶ *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 296.

⁸⁷ VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 128-129; GILMAR FERREIRA MENDES E PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, *Curso de direito constitucional*, p. 197-198; ROBERT ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 277.

⁸⁸ *Idem*, *ibidem*, p. 128.

⁸⁹ *Idem*, p. 165.

Uma proposta para a determinação dos limites reconhecidos pela teoria interna é a *teoria dos limites imanentes*,⁹⁰ que nega a necessidade de se imporem restrições aos direitos fundamentais sob o fundamento de que estes já possuem limites internos previstos no próprio texto constitucional.⁹¹ De acordo com esse modelo, os limites são imanentes ao próprio direito, ou seja, fazem parte da essência, natureza e estrutura de cada direito fundamental e não se confundem com as restrições impostas pelo sopesamento. Esse é o entendimento de JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, um dos principais adeptos da doutrina dos limites imanentes:

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

[...]

Preferimos, por isso, considerar a existência de *limites imanentes implícitos* nos direitos fundamentais, sempre que (e apenas quando) se possa afirmar, com segurança e em termos absolutos, que não é pensável *em caso algum* que a Constituição, ao proteger especificamente um certo bem através da concessão e garantia de um direito, possa estar a dar cobertura a determinadas situações ou formas do seu exercício; sempre que, pelo contrário, deva concluir-se que a Constituição as exclui sem condições nem reservas.⁹²

Em contraposição à teoria interna, que concebe o direito e seus limites como inseparáveis, a teoria externa⁹³ pressupõe a existência do direito e de suas restrições

⁹⁰ Outra proposta para a delimitação desses limites é a *teoria institucional dos direitos fundamentais*, cujo exame foge ao escopo do presente estudo. Sobre o tema, cf. VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 133-138.

⁹¹ VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 130-133. Sobre os fundamentos da teoria interna, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, p. 283 e ss.

⁹² JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, p. 294-295.

⁹³ Sobre as críticas em sede doutrinária à teoria externa, cf. VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 143-156.

como objetos distintos.⁹⁴ Assim, ao admitir a possibilidade de que restrições externas sejam impostas ao direito fundamental – o que implica negar a existência de um direito definitivo delimitado *a priori* –, a teoria externa revela-se não apenas compatível, como também intimamente relacionada à teoria dos princípios de ALEXY.

Essa relação entre a teoria externa e a teoria dos princípios de ALEXY pode ser constatada quando se analisa o conceito de princípio como mandamentos de otimização, o qual expressa um suporte fático amplo dos direitos *prima facie* e, conseqüentemente, enseja a configuração de colisões⁹⁵ que implicam restrições externas aos direitos afetados, decorrentes do sopesamento. Sobre essa relação de mútua implicação entre a teoria externa e a teoria dos princípios, VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA refere que:

Um princípio, compreendido como mandamento de otimização, é, *prima facie*, ilimitado. A própria ideia de *mandamento de otimização* expressa essa tendência expansiva. Contudo, em face da impossibilidade de existência de direitos absolutos, o conceito de mandamento de otimização já prevê que a realização de um princípio pode ser restringida por princípios colidentes. Aí reside a distinção, exposta anteriormente, entre o direito *prima facie* e o direito *definitivo*. Essa é a distinção que a teoria externa pressupõe.⁹⁶

Ainda sobre o tema das restrições, é pertinente esclarecer que, dentro do escopo do presente trabalho, estas serão consideradas como restrições baseadas em princípios. Não se ignora que, em geral, as restrições a direitos fundamentais são aquelas contempladas por meio de normas sob a estrutura de regras, as quais se

⁹⁴ ROBERT ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 277; VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 138; GILMAR FERREIRA MENDES E PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, *Curso de direito constitucional*, p. 198.

⁹⁵ Como deixa claro VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, “[...] as restrições a direitos fundamentais ocorrem porque dois ou mais princípios – com suporte fático amplo – se chocam. A solução dessa colisão sempre implica uma restrição a pelo menos um dos princípios envolvidos” (*Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 142).

⁹⁶ VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 140. No mesmo sentido, GILMAR FERREIRA MENDES E PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, *Curso de direito constitucional*, p. 278.

encontram previstas na legislação infraconstitucional e expressam uma ponderação entre princípios já realizada pelo legislador.⁹⁷

No entanto, como ficará claro ao longo deste trabalho, grande parte das colisões que serão aqui analisadas ainda não foi objeto dessa ponderação por parte do legislador, não havendo regras aplicáveis a essas hipóteses. Por essa razão, a solução nesses casos é submetida ao Poder Judiciário, que decidirá, de acordo com as circunstâncias envolvidas em cada caso concreto, qual princípio deverá prevalecer.

2.6 Conteúdo essencial dos direitos fundamentais

A teoria dos princípios adotada neste trabalho também implica uma concepção relativa do conteúdo essencial dos direitos fundamentais,⁹⁸ segundo a qual tal conteúdo somente é passível de ser determinado no caso concreto, mediante o exame das circunstâncias específicas que nele se mostram presentes. Em outras palavras, “Segundo a teoria relativa, o conteúdo essencial é aquilo que resta após o sopesamento”.⁹⁹

A partir dessa concepção, rejeita-se a possibilidade de se delimitar em abstrato ou de antemão o conteúdo essencial de um direito fundamental e admite-se que tal conteúdo seja variável. Isso significa, na lição de VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, que “[...] a definição do que é essencial – e, portanto, a ser protegido – depende das condições fáticas e das colisões entre diversos direitos e interesses no caso concreto”.¹⁰⁰

⁹⁷ VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 142.

⁹⁸ *Idem*, *ibidem*, p. 184-185.

⁹⁹ ROBERT ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 297.

¹⁰⁰ VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 196.

A concepção oposta,¹⁰¹ que sustenta um conteúdo essencial absoluto dos direitos fundamentais, é incompatível com a teoria dos princípios de ALEXY, pois, em geral, pressupõe a existência e delimitação prévia de um núcleo essencial para cada direito fundamental, assumindo o desafio de definir *a priori* o que faz parte ou não desse núcleo.¹⁰² Sobre essa concepção, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE refere que:

Para as teorias absolutas, o “conteúdo essencial” consistiria num núcleo fundamental, determinável em abstracto, próprio de cada direito e que seria, por isso, intocável. Referir-se-ia a um espaço de maior intensidade valorativa (o “coração do direito”) que não poderia ser afectado sob pena de o direito deixar realmente de existir.¹⁰³

As teorias que se dedicaram ao estudo do conteúdo essencial absoluto distinguem-se entre aquelas que o concebem como *estático* e as que o consideram *dinâmico*. A primeira reconhece o núcleo essencial do direito como algo intangível e completamente imutável, ao passo que a segunda admite mutações em seu conteúdo ao longo do tempo, em vista da evolução social.¹⁰⁴ No entanto, ambas relevam-se incompatíveis com o conceito de princípios como mandamentos de otimização, pois, partindo-se desse conceito, o conteúdo essencial do direito fundamental será necessariamente variável conforme as circunstâncias de cada caso concreto e será determinado apenas como resultado da aplicação da regra da proporcionalidade, não sendo passível de determinação *a priori*.

Importante também referir que, para a teoria relativa, não é apenas a intensidade da restrição a determinado direito fundamental que determinará se foi ou não afetado o seu conteúdo essencial.¹⁰⁵ Isso porque, mediante a aplicação da regra da proporcionalidade, a intensidade da restrição será considerada em conjunto com o grau

¹⁰¹ Também sobre essas concepções, GILMAR FERREIRA MENDES E PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, *Curso de direito constitucional*, p. 213; J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 458-460.

¹⁰² VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 187.

¹⁰³ JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, p. 304.

¹⁰⁴ VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 188-191.

¹⁰⁵ *Idem*, *ibidem*, p. 197-198.

de realização e de importância do princípio colidente. Assim, a regra da proporcionalidade é que determinará a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da restrição examinada e, conseqüentemente, se foi ou não afetado o conteúdo essencial do direito fundamental restringido.

Para esse exame, adota-se o silogismo proposto por VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, segundo o qual: (a) “restrições que atingem o conteúdo essencial são inconstitucionais”; (b) “restrições que passem pelo teste da proporcionalidade são constitucionais”; e (c) “restrições que passem pelo teste da proporcionalidade não atingem o conteúdo essencial”.¹⁰⁶

Feitas as necessárias considerações em relação aos pressupostos teóricos adotados neste trabalho, parte-se para o exame, nos dois próximos Capítulos, do que é garantido *prima facie* pelo direito à informação e pelos direitos da personalidade. Com isso, pretende-se demonstrar que o advento das novas tecnologias e da Web necessariamente influi no âmbito de proteção desses direitos, tornando necessária a sua releitura adaptada à contemporaneidade. No mais, os pressupostos teóricos deste estudo serão referidos sempre que necessário ao longo deste trabalho e sobretudo na análise das colisões.

¹⁰⁶ VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 206-207. Para CARLOS BERNAL PULIDO, a relação entre a regra da proporcionalidade e o conteúdo essencial não é de identidade, mas sim de implicação do primeiro em face do segundo, pois “o que é desproporcional vulnera o conteúdo essencial, mas não só o que é desproporcional é o que vulnera o conteúdo essencial. Isso quer dizer que sempre que se aplica o princípio da proporcionalidade se define uma parte do conteúdo essencial do direito fundamental, mas que dito conteúdo não consiste unicamente naquilo que se define mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade. Em outras palavras, o princípio da proporcionalidade implica ao conteúdo essencial, mas o conteúdo essencial não pressupõe necessariamente o princípio da proporcionalidade” (*El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p. 566-567 – tradução livre).

3 O DIREITO À INFORMAÇÃO

3.1 A relevância da informação

Já é consagrada a expressão latina *ubi societas, ubi communicatio*. E ela evidencia o quanto o ser humano é dependente dos processos comunicativos em geral para a sua própria sobrevivência em sociedade, podendo dela inferir que, sem comunicação, não há sociedade. Nas palavras de JORGE XIFRA-HERAS:

O homem não se apresenta definido nem acabado antes de comunicar-se com os demais, mas tão somente na comunicação e por meio dela consegue realizar-se como determinado homem. A essência da personalidade não se encontra na sua individualidade nem na sua independência, mas está – como afirma Mounier – na comunicação. Sem comunicação, seria irreal a sociabilidade humana.¹⁰⁷

No entanto, há que reconhecer que, para que exista verdadeira comunicação, é essencial a existência de amplo acesso à informação. Do contrário, não haverá como ou sobre o que se comunicar; faltarão a fonte imprescindível para que a comunicação ocorra. Nesse sentido, a informação qualifica-se como um bem cuja finalidade precípua é assegurar o direito de conhecer.

É inegável que, na atualidade, a informação assume as mais variadas formas, podendo ser transmitida por inúmeros suportes e apresentar um rol elevado de conteúdos capaz de satisfazer diferentes necessidades humanas. Quanto à forma, a informação pode ser oral, escrita, visual, audiovisual¹⁰⁸ etc., e, quanto ao conteúdo, pode compreender os mais diversos assuntos, por exemplo, política, economia, lazer, entretenimento, entre muitos outros.

¹⁰⁷ JORGE XIFRA-HERAS, *A informação: análise de uma liberdade frustrada*, p. 6. No mesmo sentido, GILMAR FERREIRA MENDES e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO referem que “O direito de se comunicar livremente conecta-se com a característica da sociabilidade, essencial ao ser humano” (*Curso de direito constitucional*, p. 264).

¹⁰⁸ ALUÍZIO FERREIRA, *Direito à informação, direito à comunicação: direitos fundamentais na Constituição brasileira*, p. 167.

Não obstante essa pluralidade de formas e conteúdos, é evidente que a informação, em todos os seus aspectos, é uma das bases da existência humana.¹⁰⁹ A informação constitui necessidade fundamental e inata do ser humano,¹¹⁰ imprescindível para o pleno desenvolvimento das suas faculdades e da sua personalidade,¹¹¹ permitindo sua integração à sociedade e sua orientação cultural.

Ainda sobre a importância da informação, JORGE XIFRA-HERAS pontua que:

A informação, como aspecto da comunicação social, encontra justificação na própria essência sociável da natureza humana. Mas corresponde também a uma necessidade vital que se manifesta, de maneira muito acentuada, em nossa sociedade. O homem moderno, e muito em particular o homem culto, sente o imperioso desejo de conhecer os acontecimentos de toda espécie que se produzem no mundo onde vive. Negar-lhe o acesso às fontes informativas suporia mutilar-lhe a personalidade, atentando contra o natural desejo de saber.¹¹²

A informação revela-se, ainda, como importante instrumento de formação da opinião pública, o que reflete diretamente na efetividade da cidadania, pois “a condição de cidadão implica a possibilidade de estar informado”.¹¹³ Sobre a importância da informação, refere ALUÍZIO FERREIRA que:

Para os seres humanos, a informação é dos bens mais preciosos e indispensáveis. Ela é ao mesmo tempo o ar que respiram e o alimento de que se nutrem: oxigênio da compreensão e interpretação da

¹⁰⁹ JORGE XIFRA-HERAS, *A informação: análise de uma liberdade frustrada*, p. 276.

¹¹⁰ RENÉ ARIEL DOTTI enfatiza que não é possível descartar a informação como um direito natural, na medida em que “[...] os homens dela necessitam para conduzir a própria existência; desde a seleção dos alimentos até a busca primitiva ou refinada dos meios de conservação” (*Proteção da vida privada e liberdade de informação: possibilidades e limites*, p. 157).

¹¹¹ Sobre esse aspecto, GILMAR FERREIRA MENDES e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO pontuam que “A plenitude da formação da personalidade depende de que se disponha de meios para conhecer a realidade e as suas interpretações, e isso como pressuposto mesmo para que se possa participar de debates e para que se tomem decisões relevantes” (*Curso de direito constitucional*, p. 264). No mesmo sentido, JÓNATAS E. M. MACHADO, *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*, p. 286.

¹¹² JORGE XIFRA-HERAS, *A informação: análise de uma liberdade frustrada*, p. 276.

¹¹³ Idem, *ibidem*, p. 276.

realidade; alimento do espírito, da inteligência, do discernimento, da alma, da emoção, da sensibilidade.¹¹⁴

Somente mediante o irrestrito acesso à informação é que o homem se torna verdadeiramente livre e, conseqüentemente, capaz de escolher e decidir os rumos e os mais variados aspectos de sua vida. A informação constitui, pois, uma pré-condição para a liberdade humana. Sem ela, outras liberdades sequer fariam sentido.

3.2 O impacto dos avanços tecnológicos na produção e disseminação da informação

A ampla produção e disseminação da informação é um fenômeno relativamente recente, decorrente dos avanços tecnológicos verificados das últimas décadas¹¹⁵ e sobretudo das profundas transformações que objetivam criar condições para a efetivação do regime democrático. Essa é a razão pela qual a doutrina passou a se dedicar ao estudo do direito à informação.¹¹⁶

Em um mundo globalizado e amplamente conectado como o atual, o volume de informações recebido diariamente é estrondoso, sendo possível referir esse fenômeno como verdadeiro “bombardeio”, o que deu origem à denominada “sociedade global da informação”. O que se observa é que “A sociedade contemporânea atravessa uma verdadeira revolução, onde o conhecimento e o acesso à informação se tornam cada vez mais importantes, na medida em que se vivenciam mudanças significativas no meio social”.¹¹⁷

¹¹⁴ ALUÍZIO FERREIRA, *Direito à informação, direito à comunicação: direitos fundamentais na Constituição brasileira*, p. 78.

¹¹⁵ VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR, *Direito e jornalismo*, p. 9.

¹¹⁶ Esse fenômeno é descrito por LUIS GUSTAVO GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO: “Na medida em que o avanço tecnológico permite uma inacreditável rapidez na circulação, ao mesmo tempo em que massifica a sua divulgação, a informação passa a ter uma relevância jurídica antes não reconhecida” (*Direito de informação e liberdade de expressão*, p. 18).

¹¹⁷ ROSELI DE SOUSA SILVA, *O direito à informação e a efetivação da sociedade democrática*, p. 177.

A respeito da interferência do desenvolvimento tecnológico sobre a liberdade de expressão e outras liberdades comunicativas, JÓNATAS E. M. MACHADO pontua que:

A interpretação constitucional do direito à liberdade de expressão em sentido amplo supõe uma referência às profundas e constantes alterações que se têm vindo a verificar na realidade que integra o seu âmbito normativo. Uma das mais importantes prende-se com o desenvolvimento tecnológico, desde logo, pelo facto de que o mesmo resulta em transformações de grande alcance, designadamente em termos políticos, económicos, sociais e culturais, sendo certo que as modificações operadas nestes domínios acabam por se repercutir novamente, como um efeito de *feedback*, no plano tecnológico. A isto cabe acrescentar o modo como estes desenvolvimentos se reflectem no plano jurídico-normativo. O direito à liberdade de expressão em sentido amplo é paradigmático, tendo sido enriquecido, sucessivamente, com outras liberdades comunicativas à medida que as alterações tecnológicas e sociais o foram confrontando com novos problemas, oportunidades e desafios.¹¹⁸

No mesmo sentido, ROSELI DE SOUSA E SILVA menciona que:

[...] o progresso tecnológico teve um papel intrínseco na relevância jurídica da informação a qual está intimamente ligada com assento constitucional que regula a informação pública de fatos, dados ou qualidades referentes à pessoa, à coisa, a serviço ou a produto, para um número indeterminado e potencialmente grande de pessoas, de modo a poder influenciar no comportamento humano e contribuir na sua capacidade de discernimento e de escolha, tanto para assuntos de interesse público como para assuntos de interesse privado.¹¹⁹

Observa-se ainda que as fontes da informação também têm se diversificado. Atualmente, a informação não é apenas aquela divulgada pelos veículos de comunicação, por meio de notícias elaboradas por profissionais, no exercício da liberdade de imprensa. Também consiste em informação o conteúdo disponibilizado na Internet por meio da constante participação de indivíduos comuns em *blogs*, redes

¹¹⁸ JÓNATAS E. M. MACHADO, *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*, p. 322-323.

¹¹⁹ ROSELI DE SOUSA SILVA, *O direito à informação e a efetivação da sociedade democrática*, p.179.

sociais e outros inúmeros espaços existentes que permitem esse tipo de integração com o público.¹²⁰ Em suma, “o receptor passa a poder se também o emissor”.¹²¹

E mesmo a informação que possa parecer pouco relevante¹²² certamente é capaz de contribuir em termos de aquisição de conhecimentos e formação de capacidade crítica e da própria opinião pública, condições essas extremamente importantes para a concretização de uma sociedade livre, justa e solidária.¹²³ Nesse sentido, importante a contextualização de LUIS GUSTAVO GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO:

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

Mas seu interesse não se limita ao pequeno círculo geográfico em torno de seu domicílio, ou de seu estado, ou de seu país. A velocidade

¹²⁰ Nesse sentido, “A Internet e as tecnologias móveis têm ampliado a capacidade dos indivíduos para falar e acessar informações de uma forma sem precedentes. Este efeito é especialmente verdadeiro na era da Web 2.0, onde plataformas de conteúdo gerado pelo usuário permitem que indivíduos com pouco conhecimento tecnológico ou dinheiro criem, reproduzam, divulguem e respondam ao conteúdo em uma variedade de formatos e com uma audiência mundial” (CENTER FOR DEMOCRACY & TECHNOLOGY. *Intermediary liability: protecting internet platforms for expression and innovation*. Abr. 2010, p. 2 [https://www.cdt.org/files/pdfs/CDT-Intermediary%20Liability_(2010).pdf] – tradução livre).

¹²¹ JÓNATAS E. M. MACHADO, *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*, p. 335.

¹²² Sobre a relevância da informação, JÓNATAS E. M. MACHADO pondera que “Os indivíduos são parte de uma sociedade comunicativamente estruturada, funcionalmente diferenciada em subsistemas de acção social. A comunicação relevante, para a existência individual e colectiva, é toda aquela que contribui para o dinamismo dos vários subsistemas em que se desenvolve a vida social” (*Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*, p. 264).

¹²³ Conforme refere JÓNATAS E. M. MACHADO, “As capacidades cognitivas e críticas dos indivíduos traduzem-se na possibilidade e na liberdade de reconstruir a realidade e a experiência individual e colectiva com base em conhecimentos demonstráveis. Estes desenvolvimentos intelectuais, associados aos progressos tecnológicos e económicos, vão dar lugar à emergência de um subsistema social de interacção comunicativa que passará a assumir um papel determinante nos procedimentos de diferenciação e autoprodução dos vários subsistemas sociais, do sistema social global e mesmo do sistema mundial” (*Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*, p. 47).

da informação e a interligação dos povos por meio da informação torna útil, como um subproduto da globalização, qualquer informação, mesmo aquela proveniente de pequena vila em distante país. [...] Desse modo se pretende demonstrar que a simples informação vem assumindo importância cada vez mais marcada na sociedade moderna e que, por isso, merece ser estudada também sob o aspecto jurídico.¹²⁴

Tratando-se, como visto, de um bem de extrema relevância, há que garantir o livre fluxo da informação na sociedade, aspecto no qual a Internet vem a contribuir de maneira essencial. Negar o acesso à informação restringe a disseminação do conhecimento e, conseqüentemente, o desenvolvimento e a formação daqueles que deixaram de recebê-la.

As nefastas conseqüências da interferência no fluxo da informação são facilmente perceptíveis quando se consideram as medidas adotadas por governos totalitários,¹²⁵ que se valem da censura prévia e de complexos meios de bloqueio de *websites* como forma de controle social, impedindo que seus cidadãos tomem conhecimento de novas ideias e concepções diversas daquelas vigentes.¹²⁶

Ainda assim, não se pode ignorar que o advento e a popularização da Web contribuem consideravelmente como um novo meio que permite amplo e fácil acesso à informação, em suas variadas formas. Em suma, “a Internet é, hoje, um dos meios mais importantes para o recebimento e a transmissão de informações e ideias. Ela

¹²⁴ LUIS GUSTAVO GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO, *Direito de informação e liberdade de expressão*, p. 18-19.

¹²⁵ Sobre os mecanismos tecnológicos empregados para o controle de conteúdos na Internet por governos totalitários, cf. MARCEL LEONARDI, *Controle de conteúdos na Internet: filtros, censura, bloqueio e tutela*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6317>. Acesso em: 24 mar. 2014.

¹²⁶ Sobre esse aspecto, JÓNATAS E. M. MACHADO aponta a relevante correlação da liberdade de expressão com a estabilidade governativa, referindo que “Um Estado baseado na liberdade de expressão e no estabelecimento de relações de confiança com os cidadãos é mais forte e menos propenso a convulsões sociais do que um Estado autoritário, estruturado sobre a repressão, o ressentimento e o medo” (*Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*, p. 282).

revolucionou os meios de comunicação entre os povos e, em razão de seu alcance global, facilita a pesquisa, o trabalho e o desenvolvimento humano”.¹²⁷

Sobre o tema, JÓNATAS E. M. MACHADO pontua que a Internet também propiciou sensível redução de custos para o acesso à informação, o que facilita a sua disseminação:

A Internet, com particular relevo para a World Wide Web, representa hoje um dos mais importantes meios de comunicação. Graças a ela assiste-se à emergência, a par da comunicação de massas, de uma comunicação de todos os indivíduos em que estes adoptam uma postura intelectualmente activa e aberta ao mundo, contribuindo a Internet para uma substancial redução dos custos de produção e distribuição de material informativo, permitindo-lhes dar às suas ideias um alcance anteriormente reservado apenas às grandes empresas de comunicação.¹²⁸

Para se realizar uma pesquisa basta ter um computador conectado à Internet e acessar instantaneamente qualquer tipo de informação disponível publicamente, oriunda de qualquer local do mundo, em qualquer idioma. É inegável a verdadeira revolução que essa nova tecnologia proporcionou, especialmente no acesso à informação.

Ainda sobre as mudanças decorrentes dessa evolução tecnológica, cumpre referir o que esclarece MARCOS WACHOWICZ:

[...] A associação dos meios de informação, como infraestrutura do *cyberespaço*, permite a existência de uma imensa rede (Internet) que interconecta um elevado número de computadores em todo o planeta, disponibilizando uma base de informação colossal, que a cada dia se amplia a uma velocidade surpreendente. A Internet reduziu drasticamente o tamanho das barreiras de espaço e tempo, facilitando o desenvolvimento da Sociedade da Informação,

¹²⁷ MARCEL LEONARDI, Controle de conteúdos na Internet: filtros, censura, bloqueio e tutela. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6317>. Acesso em: 24 mar. 2014.

¹²⁸ JÓNATAS E. M. MACHADO, *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*, p. 352.

baseado no conhecimento, na investigação de ponta e no acesso à informação.¹²⁹

Verifica-se, pois, que “o progresso tecnológico teve um papel intrínseco na relevância jurídica da informação”.¹³⁰ A informação atingiu um patamar de elevada importância, sobretudo nos dias atuais, o que reforça a necessidade de garantir uma tutela efetiva do direito à informação, especialmente em sua perspectiva coletiva.

Nesse cenário, a Internet surgiu como um novo canal que possibilita um ilimitado intercâmbio de informações e ideias, eliminando as tradicionais limitações de distância e do próprio tempo. Também em decorrência desse fato faz-se imprescindível uma nova leitura do direito à informação, mediante a delimitação de seus contornos e dimensões, tal como se propõe na presente dissertação.

3.3 Os direitos conexos ao direito à informação

Para se delimitar precisamente a abrangência do direito à informação mostra-se relevante, de início, o exame dos direitos que lhe são conexos, o que contribui para uma abordagem mais precisa do regime jurídico aplicável a cada um desses direitos.

3.3.1 Direito de opinião ou de livre manifestação do pensamento

O direito de opinião consiste em “uma das mais antigas reivindicações dos homens de todos os tempos”¹³¹ e importante liberdade historicamente conquistada.

¹²⁹ MARCOS WACHOWICZ, Los paradigmas de la sociedad de la información y el derecho informático, p. 93-94 – tradução livre.

¹³⁰ ROSELI DE SOUSA SILVA, O direito à informação e a efetivação da sociedade democrática, p. 179. No mesmo sentido, JÓNATAS E. M. MACHADO refere que “As liberdades da comunicação florescem num contexto de concorrência publicística, tecnológica e económica” (*Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*, p. 49).

¹³¹ GILMAR FERREIRA MENDES E PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, *Curso de direito constitucional*, p. 263.

Corresponde essencialmente ao direito de livre manifestação do pensamento, ou seja, “[...] o direito de formular juízos, conceitos e convicções e exteriorizá-los livremente”.¹³²

O termo “livre” designa que o pensamento, ao ser exteriorizado, não deverá sofrer restrições, exceto nos casos em que se configure uma colisão com outros direitos fundamentais – por exemplo, os direitos da personalidade que constituem objeto deste estudo – da qual resulte na prevalência desses outros direitos em vista das condições específicas do caso concreto. A livre manifestação do pensamento compreende, em suma, a liberdade de exteriorização de opiniões. Nesse sentido, pontuam GILMAR FERREIRA MENDES e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO:

A garantia da liberdade de expressão tutela, ao menos enquanto não houver colisão com outros direitos fundamentais e com outros valores constitucionalmente estabelecidos, toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo tema de interesse público ou não, de importância e de valor, ou não – até porque “diferenciar entre opiniões valiosas ou sem valor é uma contradição num Estado baseado na concepção de uma democracia livre e pluralista”.¹³³

A partir do momento em que o homem passa a externar o seu pensamento, configura-se um plano relevante para o direito, havendo necessidade de uma tutela que lhe assegure essa prerrogativa e os meios para exercê-la. Significa que “[...] a liberdade de pensamento é a que se volta à sua exteriorização. O pensamento, enquanto não externado, se confunde com a liberdade de foro íntimo [...]”.¹³⁴

Os Estados democráticos em geral procuram consagrar a livre manifestação do pensamento em seus aspectos positivo e negativo. No primeiro aspecto, assegura-se

¹³² VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR, *Direito e jornalismo*, p. 37.

¹³³ GILMAR FERREIRA MENDES e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, *Curso de direito constitucional*, p. 264.

¹³⁴ CELSO RIBEIRO BASTOS e IVES GANDRA DA SILVA MARTINS, *Comentários à Constituição do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988, p. 43.

amplamente a exteriorização do pensamento, das ideias e convicções, mediante as mais diversas formas, enquanto no segundo proíbe-se a censura.¹³⁵

Por meio do exercício do direito à livre manifestação do pensamento, “[...] o ser humano transmite mensagens, na qualidade de fonte emissora, que se dirige a outro(s) ser(es) humano(s), a fonte receptora, que capta o sentido da informação transmitida”.¹³⁶ A transmissão dessas mensagens se dá principalmente por meio da palavra, mas pode também ocorrer por meio de variadas outras formas, desde que aptas à exteriorização e transmissão do processo comunicativo, por exemplo, a mímica e os símbolos.¹³⁷

Também por essa razão o direito de opinião é tutelado de forma ampla na Constituição Federal, em vários dispositivos, dentre os quais é possível destacar o artigo 5.º, inciso IV, que trata de forma genérica da livre manifestação do pensamento, bem como o inciso VIII, que prevê a impossibilidade de privar alguém de direitos em função de suas crenças religiosas ou convicções políticas ou filosóficas.

A ampla tutela à livre manifestação do pensamento também é assegurada mediante o regime constitucional estabelecido pelo artigo 5.º, inciso V, que prevê: (i) a vedação do anonimato; (ii) a previsão do direito de resposta proporcional ao agravo; e (iii) indenização por dano material, moral e/ou à imagem.

O *caput* do artigo 220, por sua vez, inserido dentro da disciplina da comunicação social, também confere ampla tutela ao direito de opinião manifestado por qualquer forma, processo ou veículo, garantindo que esse direito não sofrerá restrições de qualquer natureza. Como se verifica, ao tratar da livre manifestação de pensamento em vários dispositivos da Constituição Federal, o poder constituinte procurou lhe assegurar ampla tutela, a fim de acobertar os seus mais variados aspectos.

¹³⁵ GILMAR FERREIRA MENDES E PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, *Curso de direito constitucional*, p. 264.

¹³⁶ J. CRETELLA JR., *Comentários à Constituição brasileira de 1988*, v. 8, p. 4490.

¹³⁷ *Idem*, *ibidem*, p. 4496; CELSO RIBEIRO BASTOS E IVES GANDRA DA SILVA MARTINS, *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*, p. 43.

E não poderia ser diferente, uma vez que a Constituição Federal foi fruto de um momento histórico em que se procurou restabelecer o regime democrático no Brasil, após anos de vigência de um regime militar que tanto restringiu direitos e liberdades, em especial a liberdade de manifestação do pensamento. Por essa razão, plenamente justificável a especial atenção do poder constituinte em assegurar a liberdade de manifestação do pensamento de forma ampla e disseminada por vários dispositivos da Constituição Federal.

Embora em um primeiro momento a distinção entre direito à informação e direito à livre manifestação do pensamento possa parecer sutil, a sua exata compreensão torna-se relevante, na medida em que, a partir dela, o público passa a ter exata noção acerca da neutralidade ou não do conteúdo. Eis a distinção crucial entre o direito à informação e a liberdade de expressão e de manifestação do pensamento.

O direito à informação abrange os fatos narrados de maneira objetiva, ou seja, é dotado dentro do possível de neutralidade e imparcialidade. Já a liberdade de manifestação do pensamento é caracterizada, em qualquer de suas formas, pela parcialidade, pois o emissor da opinião a ela insere necessariamente seus juízos de valor e suas opiniões pessoais. A partir dessa distinção é facilmente perceptível que uma notícia objetivamente narrada constitui informação, ao passo que o editorial de um jornal representa o exercício da liberdade de opinião.

Sobre essa distinção, esclarece LUIS GUSTAVO GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO que:

[...] E é, justamente, em razão dessa distinção fundamental que se deve pensar em um direito de informação que seja distinto em sua natureza da liberdade de expressão. Enquanto que a expressão de uma ideia, uma opinião, um pensamento, não encontra, necessariamente, qualquer apego aos fatos, à veracidade, à imparcialidade, atributos que não lhe cumpre preencher, a informação, como bem jurídico que é, não pode ser confundida como simples manifestação do pensamento. Quem veicula uma informação, ou seja, quem divulga a existência, a ocorrência, o acontecimento de um fato, de uma qualidade, ou de um dado, deve ficar responsável pela demonstração de sua existência objetiva, despida de qualquer apreciação pessoal. Por que isso deve acontecer? Por que se afigura imprescindível distinguir informação de expressão? Porque o receptor da informação necessita do fato objetivamente ocorrido para estabelecer a sua cognição pessoal e para que possa elaborar a sua percepção

sobre o mesmo fato, de modo a formar sua convicção sem qualquer interferência. Já a divulgação de uma opinião é necessariamente parcial, pessoal, impregnada de uma cognição já realizada pelo seu emissor, de modo que o receptor da opinião deve recebê-la, não como matéria-prima para seu pensamento, mas como matéria já trabalhada por outrem, já resolvida à luz dos fatos objetivamente recolhidos pelo conhecimento daquele. No primeiro caso, o receptor elaborará seu próprio pensamento; no segundo, aderirá ou não ao pensamento já formulado.¹³⁸

Há também quem sustente, porém, que essa neutralidade não se verifica nem mesmo no âmbito do direito à informação, pois, desde o momento inicial da identificação dos fatos até a sua narrativa, ainda que pretensamente neutra, o agente estará se valendo de suas convicções pessoais.¹³⁹ Para essa concepção, a neutralidade seria, então, algo inatingível quando se trata de divulgação de fatos e informações.

Não obstante essa premissa seja verdadeira, não se pode ignorar a relevância dessa distinção, pois, enquanto representar o exercício do direito à informação, o conteúdo externado deverá tanto quanto possível se aproximar da verdade, ainda que não corresponda integralmente a ela.

Importante ainda referir que a expressão “liberdade de imprensa” designa em especial a liberdade assegurada aos meios de comunicação, não se restringindo apenas aos meios impressos.¹⁴⁰ Essa expressão apresenta dupla conotação, pois abrange a liberdade de divulgação tanto de fatos como de opiniões. Por essa razão, a liberdade

¹³⁸ LUIS GUSTAVO GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO, *Direito de informação e liberdade de expressão*, p. 24-25.

¹³⁹ LUÍS ROBERTO BARROSO, *Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação*, p. 80-81.

¹⁴⁰ Nesse sentido, CLAUDIO LUIZ BUENO DE GODOY refere que “[...] em tempos atuais, ao termo imprensa não se reserve apenas seu sentido estrito e original, vinculado mesmo à própria descoberta da máquina de imprimir, a prensa. Não se concebe mais a imprensa adstrita às informações impressas, geralmente em jornais e periódicos, ou ainda em qualquer produto impresso. [...] tem-se hoje a liberdade de imprensa como a de informação por qualquer meio jornalístico, aí compreendida a comunicação e o acesso ao que se informa” (*A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*, p. 52).

de imprensa contempla tanto o direito à informação como a livre manifestação do pensamento.¹⁴¹

3.3.2 *Direito de expressão*

Embora outros autores não façam essa diferenciação, VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR sustenta que o direito de expressão distingue-se do direito de opinião essencialmente por não abranger diretamente juízos, mas apenas sensações, sentimentos ou a criatividade, constituindo-se um fim em si mesmo. Para o autor, pela expressão, “[...] o indivíduo exterioriza suas sensações, seus sentimentos ou sua criatividade, independentemente da formulação de convicções, juízos de valor ou conceitos”,¹⁴² o que ocorre por meio das atividades artísticas em geral, tais como a pintura, a fotografia, o teatro, dentre outras manifestações que permitam esse tipo de exteriorização.

É de se notar porém que, muitas vezes, as sensações e os sentimentos exteriorizados mediante o exercício da liberdade de expressão permitem que os seus destinatários formulem juízos de valor. Essa parece ser a razão pela qual grande parte dos autores não diferencia os conceitos de direito de opinião ou de manifestação do pensamento e direito de expressão.

Além disso, importante observar que o direito de expressão protege não apenas as expressões relacionadas a assuntos de interesse político e social, estendendo-se sua tutela a diversos outros temas, inclusive àqueles que não possuam essa conotação e em relação aos quais não se possa extrair uma função social propriamente dita.¹⁴³ Nas palavras de TATIANA STROPPA:

[...] o direito de expressão protege os mais diversos tipos de discurso, que apenas encontrarão limitações se e na medida em que atentarem,

¹⁴¹ LUÍS ROBERTO BARROSO, *Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação*, p. 82.

¹⁴² VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR, *Direito e jornalismo*, p. 41.

¹⁴³ TATIANA STROPPA, *As dimensões constitucionais do direito de informação e o exercício da liberdade de informação jornalística*, p. 61-62.

desproporcionalmente, contra outros direitos protegidos constitucionalmente.¹⁴⁴

O direito de expressão encontra-se tutelado pelo artigo 5.º, inciso IV, bem como pelo artigo 220, *caput* e § 2.º, sendo este último destinado aos meios de comunicação. Ao assegurar a tutela da liberdade de expressão, a Constituição Federal também veda a censura de qualquer natureza, conferindo-lhe, pois, o mesmo patamar de proteção constitucional garantido à liberdade de manifestação do pensamento.

3.3.3 *Direito de comunicação*¹⁴⁵

O direito de comunicação diz respeito a todas as exteriorizações transmitidas pelos meios de comunicação de massa, abrangendo, dessa forma, o direito de opinião ou de manifestação do pensamento, o direito de expressão e o direito à informação, sempre que o seu exercício ocorrer pelos meios de comunicação. Esse direito também inclui a regulamentação específica destinada aos meios de comunicação, nos termos previstos na Constituição Federal, no capítulo denominado “comunicação social” (arts. 220 a 224).¹⁴⁶ Essa regulamentação não se estende, porém, aos provedores de Internet.

3.4 **Evolução histórica do direito à informação**

A evolução histórica do direito à informação insere-se em meio à própria evolução histórica dos direitos fundamentais em geral. Dentro do escopo do presente estudo, essa evolução será examinada com especial ênfase em relação às disposições

¹⁴⁴ TATIANA STROPPA, *As dimensões constitucionais do direito de informação e o exercício da liberdade de informação jornalística*, p. 62.

¹⁴⁵ Neste estudo, como a informação está sendo tratada de forma ampla, ou seja, de modo a abranger não só aquela divulgada pelos veículos de comunicação, mas também aquela elaborada e inserida na Web pelos indivíduos comuns, o direito de comunicação não será examinado em maiores detalhes, por fugir do escopo deste trabalho.

¹⁴⁶ Sobre essa dupla conotação do direito de comunicação: VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR, *Direito e jornalismo*, p. 43; TATIANA STROPPA, *As dimensões constitucionais do direito de informação e o exercício da liberdade de informação jornalística*, p. 67-68.

que trataram do direito à informação e dos direitos que lhe são conexos, pois observa-se que muitas vezes esses direitos foram reconhecidos e tratados de maneira conjunta.

Como se verificará a seguir, o direito à informação, em sua concepção atual, somente foi consagrado de forma expressa nas constituições e nos tratados internacionais mais recentes, sendo sua evolução histórica até então decorrente da tutela da liberdade de manifestação do pensamento e da liberdade de imprensa.

A liberdade de manifestação do pensamento e a liberdade de imprensa constituem os primeiros direitos conquistados ao longo da história, designados como direitos individuais e classificados como direitos de primeira dimensão. Esses direitos, em sua concepção clássica, procuraram impor limites à atuação estatal, com a finalidade de resguardar liberdades indispensáveis à pessoa humana. Constituem, em essência, direitos de resistência ou de oposição contra o Estado.

Mais recentemente, vislumbra-se um relevante papel do Estado na promoção do direito à informação e da liberdade de expressão, o que caracteriza verdadeira ironia. Isso porque, ao mesmo tempo em que esses direitos continuam representando limites à atuação estatal, também demandam ações positivas do Estado para a sua promoção. O Estado se vê diante de uma constante relação de tensão entre a garantia e a promoção do direito à informação e da liberdade de expressão. Nesse sentido, OWEN M. FISS refere:

Um Estado mais poderoso cria perigos; não há como negar isso. Mas o risco de que esses perigos se materializem e uma estimativa do estrago que poderão causar deve ser sopesado com o bem que poderia realizar. Não devemos nunca nos esquecer do potencial opressivo do Estado, nunca; mas, ao mesmo tempo, devemos contemplar a possibilidade de que o Estado usará seus consideráveis poderes para promover objetivos que se situam no coração de uma sociedade democrática – igualdade e talvez a própria liberdade de expressão.¹⁴⁷

O direito à informação propriamente dito é concebido por PAULO BONAVIDES como um direito de quarta dimensão, o que evidencia que o seu

¹⁴⁷ OWEN M. FISS, *A ironia da liberdade de expressão: Estado, regulação e diversidade na esfera pública*, p. 60.

reconhecimento formal é mais recente, resultante do fenômeno da globalização. Além do direito à informação, o referido autor propõe como direitos dessa dimensão o direito à democracia e o direito ao pluralismo, acentuando que “deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência”.¹⁴⁸

A concepção do autor é interessante por demonstrar que a efetivação do regime democrático somente será possível ao se garantir na mesma medida a efetividade do acesso à informação e do pluralismo, que a ela são intimamente ligados, dado que esses direitos são concebidos pelo autor como “direitos paralelos e coadjuvantes da democracia”.¹⁴⁹ Sem dúvida, o livre fluxo da informação, bem como das ideias e opiniões, constitui condição para a realização material da democracia.

A trajetória histórica propriamente dita relacionada à tutela do direito à informação tem origem na Magna Carta outorgada em 1215, pelo Rei João Sem Terra, ocasião em que foram concedidos direitos à nobreza e ao clero em troca de apoio político, ainda que em amplitude restrita.

Em seguida, anos se passaram sem que qualquer evolução tenha se verificado, até que, em 1689 foram ratificados na Inglaterra importantes direitos por meio do “Bill of Rights”. Dentre outros direitos individuais, assegurou-se no documento de 1689 a liberdade de expressão no Parlamento, o que sem dúvida representou grande conquista histórica.

No entanto, a consolidação do direito à informação como direito individual ocorreu somente no século XVIII, em decorrência das declarações de direitos advindas das revoluções norte-americana e francesa. Por meio da Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia, de 12 de junho de 1776, foi previsto um rol de direitos inatos aos homens, dentre os quais a liberdade de imprensa foi reconhecida como “um dos mais fortes baluartes da liberdade do Estado”, sendo passível de restrição somente pelos governos despóticos (art. 14).

¹⁴⁸ PAULO BONAVIDES, *Curso de direito constitucional*, p. 525.

¹⁴⁹ Idem, *ibidem*, p. 525.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em vista do seu caráter universalista, conferiu ampla tutela aos direitos por ela albergados. Por meio dessa declaração foram reconhecidos, nos artigos 10 e 11, o direito à liberdade de consciência e de crença e o direito à liberdade de manifestação do pensamento, não apenas por meio da imprensa.¹⁵⁰

Em seguida, foi aprovada a Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos, de 1791, pela qual o direito à informação e a liberdade de manifestação do pensamento foram assegurados de maneira ampla e pela primeira vez foram objeto de previsão constitucional.¹⁵¹ Note-se que a Primeira Emenda faz expressa referência à liberdade de culto e de crenças, à liberdade de imprensa, à liberdade de reunião e ao direito de petição, tutelando de forma abrangente as mais diversas formas de manifestação do pensamento e do direito à informação.

Também na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 houve expressa previsão acerca da liberdade de pensamento, de consciência e de crença (art. XVIII)¹⁵² e da liberdade de opinião e expressão (XIX),¹⁵³ sob qualquer meio ou forma. Além dos dispositivos específicos nos quais foram tratados, percebe-se que houve menção expressa a esses direitos logo no início da Declaração, em seus “considerandos”, o que evidencia a sua importância.¹⁵⁴

¹⁵⁰ “Art. 10. Ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei”; “Art. 11. A livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem; todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei”.

¹⁵¹ “É vedado ao Congresso estabelecer qualquer religião de Estado ou proibir o livre exercício de qualquer culto e restringir a liberdade de palavra e de imprensa, o direito dos cidadãos de se reunirem pacificamente e o de apresentarem petições ao Governo para reparação de injustiças.”

¹⁵² “Artigo XVIII. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular.”

¹⁵³ “Artigo XIX. Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.”

¹⁵⁴ “Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os

Mais recentemente, verifica-se que o direito à informação e os direitos que lhe são conexos foram expressamente consagrados no âmbito dos Tratados internacionais de direitos humanos.¹⁵⁵ Dentre eles, destacam-se o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966 (arts. 18¹⁵⁶ e 19¹⁵⁷) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) de 1969 (arts. 12¹⁵⁸ e 13¹⁵⁹), que apresentam dispositivos dedicados à tutela desses direitos.

homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum.”

¹⁵⁵ Neste trabalho, adota-se a concepção que reconhece a hierarquia constitucional dos tratados de proteção dos direitos humanos, mesmo aqueles ratificados anteriormente à Emenda Constitucional 45, que acrescentou o § 3.º ao art. 5.º, para estabelecer um *quorum* qualificado e dois turnos de votação em cada Casa do Congresso. Cf., nesse sentido, FLÁVIA PIOVESAN, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, p. 51-80.

¹⁵⁶ “Art. 18. 1. Toda pessoa terá direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Esse direito implicará a liberdade de ter ou adotar uma religião ou uma crença de sua escolha e a liberdade de professar sua religião ou crença, individual ou coletivamente, tanto pública como privadamente, por meio do culto, da celebração de ritos, de práticas e do ensino. 2. Ninguém poderá ser submetido a medidas coercitivas que possam restringir sua liberdade de ter ou de adotar uma religião ou crença de sua escolha. 3. A liberdade de manifestar a própria religião ou crença estará sujeita apenas a limitações previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas. 4. Os Estados-partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos pais – e, quando for o caso, dos tutores legais – de assegurar a educação religiosa e moral dos filhos que esteja de acordo com suas próprias convicções.”

¹⁵⁷ “Art. 19. 1. Ninguém poderá ser molestado por suas opiniões. 2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou qualquer outro meio de sua escolha. 3. O exercício do direito previsto no § 2.º do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Consequentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para: a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral pública.”

¹⁵⁸ “Art. 12. Liberdade de consciência e de religião. 1. Toda pessoa tem direito à liberdade de consciência e de religião. Esse direito implica a liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças, bem como a liberdade de professar e divulgar sua religião ou suas crenças, individual ou coletivamente, tanto em público como em privado. 2. Ninguém pode ser submetido a medidas restritivas que possam limitar sua liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças. 3. A liberdade de manifestar a própria religião e as próprias crenças está sujeita apenas às limitações previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas. 4. Os pais e, quando for o caso, os tutores, têm direito a que seus filhos e pupilos recebam a educação religiosa e moral que esteja de acordo com suas próprias convicções.”

¹⁵⁹ “Art.13. Liberdade de pensamento e de expressão. 1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir

No plano constitucional, verifica-se que, ainda que em graus variados, os direitos de opinião e de expressão e a liberdade de imprensa têm sido contemplados em inúmeras constituições ao longo dos séculos XIX e XX, o que lhes permitiu atingir o patamar de direitos fundamentais mais “constitucionalizados”.¹⁶⁰ Conforme pondera JÓNATAS E. M. MACHADO, “O direito à liberdade de expressão assume um lugar central no processo de constitucionalização dos direitos fundamentais”.¹⁶¹ No entendimento do autor, a liberdade de expressão foi contemplada em lugar de destaque nas primeiras constituições justamente porque “é vista como uma das peças principais de um governo republicano”.¹⁶²

3.5 A tutela do direito à informação e dos direitos que lhe são conexos nas Constituições brasileiras

No âmbito constitucional brasileiro, verifica-se que o direito à livre manifestação do pensamento e a liberdade de imprensa vêm sendo continuamente assegurados como direitos fundamentais desde a Constituição Imperial de 1824 (art. 179, IV).¹⁶³ Nessa Constituição, ambos os direitos foram garantidos também quanto ao

informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha. 2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar: a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas. 3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões. 4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2. 5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.”

¹⁶⁰ JORGE XIFRA-HERAS, *A informação: análise de uma liberdade frustrada*, p. 284.

¹⁶¹ JÓNATAS E. M. MACHADO, *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*, p. 61.

¹⁶² *Idem*, *ibidem*, p. 61.

¹⁶³ “Artigo 179. [...] IV – Todos podem comunicar os seus pensamentos, por palavras, escritos, e publicá-los pela Imprensa, sem dependência de censura; contanto que hajam de responder pelos abusos, que cometerem no exercício deste direito, nos casos, e pela forma, que a Lei determinar.”

aspecto negativo (vedação à censura), havendo previsão expressa de que os abusos cometidos no seu exercício seriam punidos na forma da lei.

Na Constituição da República de 1891 houve mínima evolução no tratamento da matéria, mediante o acréscimo do termo “livre” ao designar o direito à manifestação do pensamento e a vedação expressa ao anonimato. Com exceção desses aspectos, foi mantida, em linhas gerais, a mesma estrutura da Constituição anterior.¹⁶⁴

Em seguida, a Constituição de 1934, embora tenha apresentado certa inovação ao prever o direito de resposta, tratou a matéria de forma mais restrita, trazendo limitações à livre manifestação do pensamento e declarando como intolerável a propaganda de guerra ou de processos violentos para subverter a ordem política ou social.¹⁶⁵ Extrai-se do dispositivo que tratou da matéria que a liberdade de manifestação do pensamento foi assegurada, mas houve, porém, expressa admissão da censura prévia quanto a espetáculos e diversões públicas.

A Constituição de 1937, por sua vez, decretada em período ditatorial, manteve a previsão do direito de resposta e da vedação ao anonimato, embora tenha estabelecido condições e limites bastante severos que a lei poderia fixar para o exercício da liberdade de pensamento.¹⁶⁶ Dentre essas condições e limites, destacam-se: (i) a

¹⁶⁴ “Artigo 72. [...] § 12. Em qualquer assunto é livre a manifestação de pensamento pela imprensa ou pela tribuna, sem dependência de censura, respondendo cada um pelos abusos que cometer nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido o anonimato.”

¹⁶⁵ “Artigo 113. [...] 9) Em qualquer assunto é livre a manifestação do pensamento, sem dependência de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um pelos abusos que cometer, nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos independe de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda, de guerra ou de processos violentos, para subverter a ordem política ou social.”

¹⁶⁶ “Artigo 122. [...] 15) todo cidadão tem o direito de manifestar o seu pensamento, oralmente, ou por escrito, impresso ou por imagens, mediante as condições e nos limites prescritos em lei. A lei pode prescrever: a) com o fim de garantir a paz, a ordem e a segurança pública, a censura prévia da imprensa, do teatro, do cinematógrafo, da radiodifusão, facultando à autoridade competente proibir a circulação, a difusão ou a representação; b) medidas para impedir as manifestações contrárias à moralidade pública e aos bons costumes, assim como as especialmente destinadas à proteção da infância e da juventude; c) providências destinadas à proteção do interesse público, bem-estar do povo e segurança do Estado. A imprensa reger-se-á por lei especial, de acordo com os seguintes princípios: a) a imprensa exerce uma função de caráter público; b) nenhum jornal pode recusar a inserção de comunicados do Governo, nas dimensões taxadas em lei; c) é assegurado a todo cidadão o direito de fazer inserir gratuitamente nos jornais que o informarem

censura prévia da imprensa, do teatro, do cinematógrafo e da rádio difusão; (ii) a autorização para impedir manifestações contrárias à ordem pública e aos bons costumes; e (iii) autorização para promover a proteção do interesse público, do bem-estar do povo e da segurança do Estado. Além disso, a Constituição de 1937 fez referência a uma lei de imprensa que seria regida por princípios restritivos.

Como se verifica da análise das condições, limitações e princípios previstos pela Constituição de 1937, houve a nítida preocupação em restringir a livre manifestação do pensamento e a liberdade de imprensa, como forma de assegurar a manutenção da ordem política e social existente à época. Nesse sentido, todas as interferências na atividade da imprensa e as restrições impostas à livre manifestação do pensamento previstas nessa Constituição – sobretudo por meio de expressões genéricas como “moralidade pública”, “bons costumes”, “bem-estar do povo” e “segurança do Estado” – podem ser vistas à luz desse objetivo de manutenção do regime político e social vigente à época.

Com o restabelecimento do regime democrático no Brasil e o fim da Segunda Guerra Mundial, sobreveio a Constituição de 1946, que resgatou a tutela da liberdade de manifestação do pensamento independentemente de censura, exceto quanto aos espetáculos e diversões públicas, que foram novamente excepcionados de forma expressa.¹⁶⁷ Essa Constituição inovou apenas ao tratar como intolerável a propaganda de

ou injuriarem, resposta, defesa ou retificação; d) é proibido o anonimato; e) a responsabilidade se tornará efetiva por pena de prisão contra o diretor responsável e pena pecuniária aplicada à empresa; f) as máquinas, caracteres e outros objetos tipográficos utilizados na impressão do jornal constituem garantia do pagamento da multa, reparação ou indenização, e das despesas com o processo nas condenações pronunciadas por delito de imprensa, excluídos os privilégios eventuais derivados do contrato de trabalho da empresa jornalística com os seus empregados. A garantia poderá ser substituída por uma caução depositada no princípio de cada ano e arbitrada pela autoridade competente, de acordo com a natureza, a importância e a circulação do jornal; g) não podem ser proprietários de empresas jornalísticas as sociedades por ações ao portador e os estrangeiros, vedado tanto a estes como às pessoas jurídicas participar de tais empresas como acionistas. A direção dos jornais, bem como a sua orientação intelectual, política e administrativa, só poderá ser exercida por brasileiros natos.”

¹⁶⁷ “Artigo 141. [...] § 5.º É livre a manifestação do pensamento, sem que dependa de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos casos e na forma que a lei preceituar pelos abusos que cometer. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos não dependerá de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe.”

preconceitos de raça ou de classe, mantendo em linhas gerais a estrutura já consagrada nas Constituições de 1891 e 1934.

Cumpra também referir que essa Constituição trouxe pela primeira vez no âmbito constitucional brasileiro um dispositivo que assegurou aos interessados o direito de obterem informações a seu respeito,¹⁶⁸ o que constitui um importante avanço para a tutela do direito à informação. Esse dispositivo, além de inaugurar a tutela do direito à informação no âmbito constitucional, constituiu uma espécie de *habeas data* à época.

A Constituição de 1967 igualmente garantiu a liberdade de manifestação do pensamento e a liberdade de imprensa, sendo omissa, porém, quanto à vedação do anonimato.¹⁶⁹ Não obstante essa omissão, verificam-se importantes inovações no tratamento constitucional da matéria, pois foi expressamente assegurada a liberdade de manifestação do pensamento inclusive quanto a convicções políticas e filosóficas, e pela primeira vez foi previsto o direito à prestação de informações, também independentemente de censura. Outra importante inovação dessa Constituição que contribuiu para facilitar o acesso à informação foi a previsão que instituiu imunidade tributária sobre livros, jornais, periódicos e papel destinado à impressão.¹⁷⁰

A Emenda Constitucional 01/1969 abordou a liberdade de manifestação do pensamento e a liberdade de imprensa nos exatos termos previstos na Constituição de 1967, apenas acrescentando que não seriam tolerados preconceitos de religião e publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes.¹⁷¹ Foi mantida

¹⁶⁸ “Artigo 141. [...] § 36. A lei assegurará: [...] II – a ciência aos interessados dos despachos e das informações a que eles se refiram.”

¹⁶⁹ “Artigo 150. [...] § 8.º É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica e a prestação de informação sem sujeição a censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos independe de licença da autoridade. Não será, porém, tolerada a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe.”

¹⁷⁰ “Artigo 20. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] III – criar imposto sobre: [...] d) o livro, os jornais e os periódicos, assim como o papel destinado à sua impressão.”

¹⁷¹ “Artigo 153. [...] § 8.º É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica, bem como a prestação de informação independentemente de censura, salvo quanto a diversões e espetáculos públicos, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos não depende de

inclusive a imunidade tributária sobre livros, jornais, periódicos e papel destinado à impressão. É importante lembrar, porém, que os direitos fundamentais previstos na Constituição de 1969 – em especial a liberdade de manifestação do pensamento e a liberdade de imprensa – foram objeto de suspensão por diversos atos institucionais durante o período da ditadura militar, de modo que, na prática e até o restabelecimento do regime democrático com a Constituição Federal, tornaram-se letra morta.

A Constituição Federal de 1988, fruto de um momento histórico em que se procurou superar a ditadura militar e restabelecer as bases da democracia, representou grande inovação no cenário constitucional brasileiro, especialmente quanto à tutela de direitos fundamentais. E nesse contexto o direito à informação e os direitos que lhe são conexos foram objeto de especial atenção por parte do poder constituinte. Embora tenha pecado pela falta de sistematização, a Constituição Federal de 1988 contemplou amplamente a tutela do direito à informação e dos direitos que lhe são conexos. A matéria foi abordada em inúmeros dispositivos constitucionais, o que revela o intuito do poder constituinte de conferir ampla proteção a esses direitos.

No artigo 5.º, que elenca logo no início da Constituição um extenso rol de direitos fundamentais, verifica-se a existência dos seguintes incisos relacionados à tutela desses direitos:

Art. 5.º [...]

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

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

VI – é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

[...]

IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

[...]

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

[...]

licença da autoridade. Não serão, porém, toleradas a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de religião, de raça ou de classe, e as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes.”

XXXIII – todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Da análise desses artigos verifica-se que a Constituição Federal de 1988 consagrou a tutela da liberdade de manifestação do pensamento, reproduzindo a vedação ao anonimato e o direito de resposta, ambos presentes na maioria das constituições que lhe antecederam, e acrescentando que o direito de resposta é conferido de forma proporcional ao agravo.

No entanto, a verdadeira inovação da atual Constituição Federal ocorreu ao prever expressamente o direito à indenização por dano material, moral ou à imagem, ao assegurar a liberdade de expressão independentemente de censura e como categoria autônoma da liberdade de manifestação do pensamento e ao contemplar a liberdade de consciência e de crença, garantindo o livre exercício dos cultos religiosos. A atual Constituição Federal também apresentou avanço ao assegurar o acesso à informação e o sigilo da fonte, ainda que atrelado ao exercício profissional, e o direito de receber informações dos órgãos públicos.

Além desses dispositivos, a Constituição Federal de 1988 contemplou a sistematização da chamada “comunicação social” nos artigos 220 a 224, nos quais tratou dos direitos e deveres atribuídos aos meios de comunicação e também das normas gerais de regulamentação do setor. Os direitos à informação e à livre manifestação do pensamento foram novamente referidos nesse contexto, a fim de reforçar a sua tutela e afastar qualquer dúvida acerca da atribuição desses direitos também aos meios de comunicação:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1.º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5.º, IV, V, X, XIII e XIV.

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

Constata-se então que a Constituição Federal conferiu amplos contornos ao direito à informação e aos direitos que lhe são conexos, contemplando a liberdade de manifestação do pensamento, a liberdade de expressão em suas variadas formas e o direito à informação com feição coletiva, além de disciplinar a comunicação social em capítulo próprio.

3.6 O direito à informação em sua concepção atual

3.6.1 Conceito e denominação

Embora o direito à informação seja tutelado pela Constituição Federal como direito fundamental, a doutrina não é uníssona ao delimitar o seu conceito e ao tratar da sua denominação. Possivelmente em razão da falta de sistematização na Constituição Federal, percebe-se que o direito à informação muitas vezes é abordado em conjunto com a liberdade de expressão e com a liberdade de manifestação do pensamento, não havendo uma análise mais detalhada de suas especificidades.

O exame específico do direito à informação e suas vertentes, mediante a delimitação do seu conceito e da abrangência de sua proteção constitucional, contudo, é de extrema importância, como ficará assentado a seguir.

JOSÉ AFONSO DA SILVA distingue os conceitos de “liberdade de informação” e “direito à informação”. Para o autor, este último teria dimensão coletiva, ao passo em que liberdade de informação “compreende a procura, o acesso, o recebimento e a difusão de informações ou ideias, por qualquer meio, e sem dependência de censura, respondendo cada qual pelos abusos que cometer”.¹⁷²

Partindo da análise dessas duas expressões, LUIS GUSTAVO GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO, por sua vez, propõe ser preferível a expressão “direito à

¹⁷² JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 249.

informação”, por considerá-la mais adequada quando se pretende “sistematizar os direitos, liberdades, garantias e limites inerentes à informação [...]”.¹⁷³

ALUÍZIO FERREIRA, com base em uma interessante análise semântica, propõe a distinção entre os conceitos de “direito à informação” e “direito à comunicação”, denotando a existência de uma relação de mútua implicação e dependência entre ambos. Para o autor, o primeiro consiste no direito de estar informado, ou seja, o direito de obter informações, ao passo que o segundo abrange o direito de transmitir e compartilhar informações, o que ocorre por meio dos processos comunicativos em geral. Nas palavras do autor:

Desta forma, o direito à comunicação somente faz sentido na perspectiva do direito à informação. É por que todos os seres humanos têm direito a estar informados que a cada pessoa devem ser asseguradas as faculdades de procurar, receber e publicar informações, assim efetivando-se, por sucessivos processos de comunicação, o livre intercâmbio de ideias e opiniões na sociedade.¹⁷⁴

Outros autores,¹⁷⁵ porém, conceituam o direito à informação por meio de três¹⁷⁶ implicações necessárias, todas decorrentes do direito à informação: o direito de informar, o direito de se informar e o direito de ser informado. Por meio dessas três vertentes, garante-se em igual patamar as faculdades de veiculação e transmissão de informações (direito de informar), de busca e obtenção dessas informações (direito de se informar) e, por fim, de ser constante e adequadamente informado (direito de ser informado). Com isso, assegura-se uma tutela ampla e completa do direito à informação, necessária para lhe conferir maior efetividade.

¹⁷³ LUIS GUSTAVO GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO, *Direito de informação e liberdade de expressão*, p. 28-29.

¹⁷⁴ ALUÍZIO FERREIRA, *Direito à informação, direito à comunicação: direitos fundamentais na Constituição brasileira*, p. 168.

¹⁷⁵ VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR, *Direito e jornalismo*, p. 44-47; Tatiana Stroppa, *As dimensões constitucionais do direito de informação e o exercício da liberdade de informação jornalística*, p. 79 e ss; JÓNATAS E. M. MACHADO, *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*, p. 474 e ss.

¹⁷⁶ LUIS GUSTAVO GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO propõe a existência de cinco vertentes do direito à informação, quais sejam: faculdade de investigar, dever de informar, direito de informar, direito de ser informado e faculdade de receber informação (*Direito de informação e liberdade de expressão*, p. 150).

Perceba-se desde já que existe uma fundamental interdependência essas vertentes,¹⁷⁷ na medida em que a tutela de uma delas necessariamente depende das demais, sob pena de restar comprometida. Relevante, pois, a análise específica dessas vertentes, sobretudo diante do suporte fático amplo adotado neste estudo.

3.6.2 O direito de informar

O direito de informar abrange a faculdade de disseminar informações, não havendo, porém, qualquer caráter obrigatório seja em relação à veiculação em si, seja no que diz respeito ao acesso aos meios para essa veiculação.¹⁷⁸ A tutela dessa vertente é prevista no artigo 220, *caput*, da Constituição Federal, que procura assegurar que a veiculação de informações pelos meios de comunicação não sofrerá restrições.

Com o advento da Web, contudo, o direito de informar deve ser analisado sob uma nova ótica, pois, a partir de então, não mais se verifica a restrição ao acesso aos meios para veiculação de conteúdos. Significa que qualquer usuário poderá divulgar informações na Web em *blogs*, redes sociais ou até mesmo por meio de espaços próprios em *websites* de terceiros, bastando que tenha acesso a um computador conectado à Internet.

Com isso, observa-se uma maior facilidade no exercício do direito de informar, que se tornou possível após a Web. Qualquer usuário interessado em disponibilizar informações dispõe de canais adequados para tanto, podendo criar um *website* ou mesmo um *blog*. Ademais, também os mecanismos de busca na Web, como ficará claro neste estudo, desempenham importante papel ao permitirem amplo acesso à informação disponível na Web.

¹⁷⁷ VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR, *Direito e jornalismo*, p. 44-45.

¹⁷⁸ Nesse aspecto, VIDAL SERRANO NUNES JUNIOR adverte que: “[...] pode-se perfeitamente inferir que o escopo do constituinte foi cercar a liberdade de informar de garantias que a escoimassem de obstruções ou censuras, sem, contudo, assegurar um direito positivo a meios para informar” (*Direito e jornalismo*, p. 46).

3.6.3 O direito de se informar

O direito de se informar visa essencialmente possibilitar o amplo acesso e obtenção de informações, ou seja, “é o direito de recolha das informações desejadas”.¹⁷⁹ Isso porque se reconhece que “o direito de se informar sem impedimentos constitui um elemento básico de garantia de uma opinião pública autónoma, habilitada a proceder ao controlo do exercício dos poderes estaduais numa ordem constitucional livre e democrática”.¹⁸⁰

Trata-se de vertente cuja origem é mais recente e decorre do artigo 5.º/1/1 da Lei Fundamental alemã, que confere proteção ao que denomina *fontes de informação geralmente acessíveis*, consistentes nos veículos de comunicação em geral.¹⁸¹ No Brasil, encontra-se prevista no artigo 5.º, inciso XIV, da Constituição Federal, que procura desobstruir o acesso às mais variadas fontes de informação, garantindo que o indivíduo que busca informações de seu interesse não sofra impedimentos ou sanções de qualquer natureza.¹⁸² O que a Constituição Federal busca assegurar, em essência, é o livre fluxo da informação.

Cumprir também mencionar a chamada “Lei de Acesso à Informação” (Lei 12.527, de 18.11.2011), que, ao regular o previsto no artigo 5.º, XXXIII,¹⁸³ da Constituição Federal, criou procedimentos a serem observados pelos entes públicos para assegurar o direito fundamental de acesso à informação, a corroborar a necessidade de uma atuação mais positiva do Estado nessa seara. O artigo 5.º dessa lei prevê que “É dever do Estado garantir o direito de acesso à informação, que será franqueada,

¹⁷⁹ VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR, *Direito e jornalismo*, p. 46.

¹⁸⁰ JÓNATAS E. M. MACHADO, *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*, p. 479.

¹⁸¹ Idem, *ibidem*, p. 478-481.

¹⁸² Conforme refere JÓNATAS E. M. MACHADO, “O direito à liberdade de se informar sem impedimentos protege o direito de acesso às fontes de informação, livre de proibições estaduais ou de outras medidas legislativas ou administrativas, fácticas e normativas, que venham de alguma maneira interferir restritivamente nessa actividade [...]” (*ibidem*, p. 484).

¹⁸³ “XXXIII – todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.”

mediante procedimentos objetivos e ágeis, de forma transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão”. A lei também obriga os entes públicos a disponibilizar informações por meio da Web.

O direito de se informar também assume especial relevância no âmbito da Web, pois implica vedar restrições ao acesso a informações disponíveis *online*. Em decorrência disso, também na Web deve-se garantir o livre fluxo de informações, de forma que qualquer usuário que busque informações deve ter acesso a elas. Isso significa que eventual remoção de resultados em pesquisas com mecanismos de busca na Web importa restringir o direito do público de se informar, o que somente poderá ocorrer como resultado de um sopesamento.

3.6.4 *O direito de ser informado*

Por meio do direito de ser informado, designa-se o direito de todos serem adequada e constantemente informados, ou seja, trata-se de um direito do receptor da informação.¹⁸⁴ Por força da inexistência, na Constituição Federal, de qualquer dever imposto aos particulares relacionado à prestação de informações, cumpre verificar se esse dever se restringe aos poderes públicos, na forma prevista nos artigos 5.º, inciso XXXIII, e 37, *caput* e § 1.º, ou se abrange igualmente os particulares. Nesse aspecto, VIDAL SERRANO NUNES JUNIOR infere que o direito de ser informado é vertente restrita àquilo que diz respeito às atividades do Poder Público.¹⁸⁵

Em sentido contrário, e com fundamento em uma interpretação sistemática e teleológica da Constituição Federal, TATIANA STROPPA sustenta a existência de um direito de ser informado pelos meios de comunicação de massa, sobretudo diante da relevante função social que exercem. Nas palavras da autora:

Defende-se, isso sim, o direito do público de ser bem, diversa e corretamente informado. Em outras palavras: o direito do público a receber informação, reforçado pela garantia do pluralismo de meios e

¹⁸⁴ JÓNATAS E. M. MACHADO, *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*, p. 61.

¹⁸⁵ VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR, *Direito e jornalismo*, p. 47.

de conteúdos difundidos com certas qualidades, tanto de forma como de fundo.¹⁸⁶

De fato, o entendimento que melhor se coaduna com a Constituição Federal, obtido por meio de uma interpretação sistemática, é o de que o dever de informar deve ser estendido também aos particulares, não sendo restrito ao Poder Público. Esse entendimento pode ser aplicado também aos resultados de pesquisas realizadas com mecanismos de busca na Web, no sentido de que o público que realiza tais pesquisas espera obter resultados adequados e fiéis àquilo que existe na Web.

3.7 As perspectivas subjetiva e objetiva do direito à informação e a relação necessária entre o direito à informação e o regime democrático

O direito à informação, na qualidade de direito fundamental, apresenta duplo caráter, o que se traduz em uma dimensão subjetiva e uma dimensão objetiva.¹⁸⁷

Em sua perspectiva subjetiva, o direito à informação é tutelado, inclusive na Constituição Federal, como direito fundamental e subjetivo e permite ao indivíduo o desenvolvimento de suas faculdades, de sua capacidade de avaliar opções e fazer escolhas, possibilitando, inclusive, a sua integração à sociedade. De fato, o direito à informação constitui verdadeira pré-condição para o exercício de outros direitos,¹⁸⁸ pois não há dúvida de que a restrição do acesso à informação impede que o ser humano atinja com plenitude o desenvolvimento de sua personalidade.

Sobre a perspectiva subjetiva do direito à informação, refere TATIANA STROPPIA:

Desde sempre a convivência humana se apoiou no compartilhamento de informações que, acumuladas e difundidas entre as pessoas,

¹⁸⁶ TATIANA STROPPIA, *As dimensões constitucionais do direito de informação e o exercício da liberdade de informação jornalística*, p. 109.

¹⁸⁷ Sobre as dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais, GILMAR FERREIRA MENDES E PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, *Curso de direito constitucional*, p. 166 e ss.

¹⁸⁸ ALUÍZIO FERREIRA, *Direito à informação, direito à comunicação: direitos fundamentais na Constituição brasileira*, p. 80.

possibilitaram o desenvolvimento e o acúmulo de conhecimentos necessários para que houvesse a ampliação das habilidades humanas nos mais variados sentidos. Assim, é possível afirmar, sem maiores questionamentos, que o desenvolvimento do ser humano, tanto sob o aspecto individual como sob o coletivo, é inseparável da aptidão de se comunicar.

Na verdade, a negação do acesso às informações retira a capacidade humana de transcender as circunstâncias vivenciadas e as imposições apresentadas em busca de novos caminhos, de poder escolher e decidir o modo de agir e, conseqüentemente, de responder pelas escolhas feitas.¹⁸⁹

Ainda sobre a dimensão subjetiva, JÓNATAS E. M. MACHADO pontua que, além de possuir um sentido negativo caracterizado pela vedação à interferência estatal, as liberdades de comunicação também contemplam um sentido positivo mediante o exercício da autodeterminação do indivíduo:

A dimensão subjectiva das liberdades de comunicação compreende uma dimensão negativa, de defesa contra interferências estaduais e de terceiros, cabendo aos poderes públicos assegurar a sua concretização. Daqui resulta um complexo de posições juridicamente protegidas às quais a ordem constitucional associa um diversificado conjunto de deveres correlativos. [...] O sentido negativo dos direitos, liberdades e garantias reveste um importante significado positivo, permitindo aos seus titulares a actualização das possibilidades e alternativas que o mesmo escolhe, e acordo com as exigências da sua autodeterminação e de uma participação autónoma e responsável nas dimensões política, social, económica e cultural da existência colectiva.¹⁹⁰

Em sua perspectiva objetiva, por outro lado, o direito à informação tem importante função social e política, permitindo que os cidadãos possam formar suas próprias convicções e tomar decisões, inclusive mediante a eleição de representantes no processo eleitoral.¹⁹¹ Nessa esfera, o direito à informação não se restringe a um mero

¹⁸⁹ TATIANA STROPPIA, *As dimensões constitucionais do direito de informação e o exercício da liberdade de informação jornalística*, p. 111.

¹⁹⁰ JÓNATAS E. M. MACHADO, *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*, p. 379.

¹⁹¹ LUIS GUSTAVO GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO, *Direito de informação e liberdade de expressão*, p. 56.

direito subjetivo, mas revela uma função de maior abrangência, que é ligada à própria proteção e efetivação do regime democrático.¹⁹²

Conforme refere JORGE XIFRA-HERAS, o direito à informação “já não é concebido como exercício de uma liberdade individual isolada, nem qual meio a serviço de uma ideologia política, mas qual instrumento de desenvolvimento social”.¹⁹³ No mesmo sentido, JÓNATAS E. M. MACHADO acrescenta que:

A dimensão jurídico-objectiva apoia-se num entendimento dos direitos fundamentais que tem em vista, não apenas a dimensão negativa e defensiva de resistência contra o Estado, mas também o seu lado positivo e a sua função promocional. O Estado deve ser visto não apenas como inimigo da comunicação, mas também como amigo, podendo intervir positivamente para melhorar a qualidade do debate público. Ponto é que essa intervenção esteja ao serviço da ampliação das possibilidades de autodeterminação comunicativa dos sujeitos e não da sua redução.¹⁹⁴

Como é intuitivo, a efetiva participação que se espera dos integrantes de uma sociedade democrática – por meio de debates livres de ideias visando à construção de uma verdadeira democracia – somente é factível quando se propicia a ampla disponibilidade de informação e os meios para o seu acesso por todos, o que também constitui papel do Estado.¹⁹⁵ A construção de uma real democracia requer a presença de livre disponibilização e circulação da informação e livre acesso às fontes de informação. É o que acentua NORBERTO BOBBIO, em importante obra sobre a democracia:

¹⁹² TATIANA STROPPA, *As dimensões constitucionais do direito de informação e o exercício da liberdade de informação jornalística*, p. 119. Nessa mesma linha e referindo-se à liberdade de expressão, JÓNATAS E. M. MACHADO apresenta interessante concepção do dever cívico de falar livremente: “A par do *direito* de gozar plenamente de todas as suas faculdades, fala-se igualmente no *dever* de o fazer. Para este entendimento, os indivíduos têm o *dever cívico de falar livremente* sobre os assuntos de interesse comunitário, acentuando-se a responsabilidade especial de vigilância permanente que anda associada ao autogoverno” (*Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*, p. 260).

¹⁹³ JORGE XIFRA-HERAS, *A informação: análise de uma liberdade frustrada*, p. 285. O mesmo autor ainda faz referência à relação dialética que se verifica entre a informação e os conceitos de participação, desenvolvimento, cultura política, democracia e socialização (Idem, *ibidem*, p. 298).

¹⁹⁴ JÓNATAS E. M. MACHADO, *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*, p. 384.

¹⁹⁵ Sobre a importância da atuação positiva do Estado, cf. OWEN M. FISS. *A ironia da liberdade de expressão: Estado, regulação e diversidade na esfera pública*.

No entanto, mesmo para uma definição mínima de democracia, como é a que aceito, não bastam nem a atribuição a um elevado número de cidadãos do direito de participar direta ou indiretamente da tomada de decisões coletivas, nem a existência de regras de procedimento como a da maioria (ou, no limite, da unanimidade). É indispensável uma terceira condição: é preciso que aqueles que são chamados a decidir ou a eleger os que deverão decidir sejam colocados diante de alternativas reais e postos em condição de poder escolher entre uma e outra. Para que se realize esta condição é necessário que aos chamados a decidir sejam garantidos os assim denominados direitos de liberdade, de opinião, de expressão das próprias opiniões, de reunião, de associação, etc. – os direitos à base dos quais nasceu o estado liberal e foi construída a doutrina do estado de direito em sentido forte, isto é, do estado que não apenas exerce o poder *sub lege*, mas o exerce dentro de limites derivados do reconhecimento constitucional dos direitos “invioláveis” do indivíduo. Seja qual for o fundamento filosófico destes direitos, eles são o pressuposto necessário para o correto funcionamento dos próprios mecanismos predominantemente procedimentais que caracterizam um regime democrático. As normas constitucionais que atribuem estes direitos não são exatamente regras do jogo: são regras preliminares que permitem o desenrolar do jogo.¹⁹⁶

Significa que, para que possam participar e contribuir para a construção de uma sociedade democrática, os indivíduos devem ser capazes de argumentar, criticar, opinar, analisar e compreender proposições, debater alternativas etc., o que pressupõe a disponibilidade e o acesso à informação. O direito à informação constitui então um dos mais importantes alicerces do regime democrático. Tanto é assim que a limitação do acesso à informação é um dos pilares para a manutenção de regimes totalitários.

Sobre essa relação de implicação necessária entre acesso à informação e democracia, ALUÍZIO FERREIRA esclarece:

O meio mais efetivo de se promover essa comunicação é assegurar que todos consigam dispor de informações, para que as interações simbólicas de que venham a participar possam processar-se o mais possível sob igualdade de condições cognitivas (i.e., uniformidade quanto ao domínio ou disposição de conhecimentos). [...]
O pressuposto primeiro de uma convivência democrática plena é, portanto, a presença de oportunidades informacionais isonômicas. Democracia requer e implica discussão, negociação, oposições e embates de ideais. [...].¹⁹⁷

¹⁹⁶ NORBERTO BOBBIO. *O futuro da democracia* – Uma defesa das regras do jogo, p. 20..

¹⁹⁷ ALUÍZIO FERREIRA, *Direito à informação, direito à comunicação: direitos fundamentais na Constituição brasileira*, p. 87.

No mesmo sentido, RENÉ ARIEL DOTTI evidencia que:

[...] a participação de todos no processo democrático requer não somente a “capacidade” de decisão, ao lado de outros atributos inerentes à personalidade e seu desenvolvimento sociocultural. Ela exige também um “poder” de decisão que tem como pressuposto a informação.¹⁹⁸

Ainda sobre essa relação entre direito à informação e regime democrático, JORGE XIFRA-HERAS esclarece: “Informação e democracia são dois termos correlatos, unidos pelo vínculo de participação que converte os cidadãos em ‘parte presente’ da própria sociedade, suscitando um diálogo entre as esferas políticas e as dos cidadãos”.¹⁹⁹

Sintetizando as perspectivas subjetiva e objetiva do direito à informação, CINARA PALHARES refere que:

O direito à informação considera o ser humano tanto na dimensão coletiva, que se refere ao direito difuso do povo de receber informações, para que possa participar efetivamente da esfera pública, quanto na dimensão individual, que se refere ao direito de cada pessoa de receber e transmitir as informações necessárias para a formação das suas convicções, bem como o de expressar as suas opiniões.²⁰⁰

De tudo o que foi analisado verifica-se que a tutela do direito à informação visa não apenas instituir um direito fundamental de especial relevância como direito subjetivo, mas também e essencialmente assegurar o acesso à informação que se mostra imprescindível para a efetividade do regime democrático e também da cidadania, da soberania popular, do pluralismo social e político,²⁰¹ da dignidade da pessoa humana, da

¹⁹⁸ RENÉ ARIEL DOTTI, *Proteção da vida privada e liberdade de informação: possibilidades e limites*, p. 161.

¹⁹⁹ JORGE XIFRA-HERAS, *A informação: análise de uma liberdade frustrada*, p. 299.

²⁰⁰ CINARA PALHARES, *Direito à informação e direito à privacidade: conflito ou complementaridade?*, p. 44.

²⁰¹ Conforme refere JÓNATAS E. M. MACHADO, “[...] um segmento da doutrina interpreta a liberdade de expressão a partir da necessidade de apoiar a diversidade de opiniões, de forma a proteger o dissenso e a assegurar de forma permanente a riqueza do debate público. [...] Vista desta perspectiva, a diversidade de opiniões significa um leque mais vasto de possibilidades e alternativas, e conseqüentemente, uma maior liberdade na formação de preferências e convicções e na tomada de opções” (*Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no*

construção de uma sociedade livre, justa e solidária,²⁰² dentre outros valores e objetivos elencados na Constituição Federal.

3.8 A feição coletiva do direito à informação

Justamente em razão da ligação intrínseca com o regime democrático é que o direito à informação tem sido concebido como um direito coletivo, reconhecendo-se, por consequência, o direito da coletividade à informação.

Nessa linha, RENÉ ARIEL DOTTI denota que a livre manifestação do pensamento já está suficientemente tutelada no âmbito dos ordenamentos jurídicos em geral, sendo necessário, pois, evoluir-se para a perspectiva de um efetivo “direito do povo a conhecer”.²⁰³ Para o autor, o direito à informação deve ser concebido “[...] como o efetivo caminho que se deve assegurar às pessoas a fim de poderem participar do processo político e social em suas diversificadas formas”.²⁰⁴

JOSÉ AFONSO DA SILVA ainda acrescenta que a própria Constituição Federal, em seu artigo 5.º, incisos XIV e XXXIII, denota essa dimensão coletiva do direito à informação.²⁰⁵

No mesmo sentido, CLAUDIO LUIZ BUENO DE GODOY refere que:

Esse direito de informação ou de ser informado, então, antes concebido como um direito individual, decorrente da liberdade de manifestação e expressão do pensamento, modernamente vem sendo entendido como dotado de forte componente e interesse coletivos, a que corresponde, na realidade, um direito coletivo à informação.²⁰⁶

sistema social, p. 279). O mesmo entendimento deve ser aplicado ao direito à informação, em especial quando considerado em sua perspectiva coletiva.

²⁰² TATIANA STROPPA, *As dimensões constitucionais do direito de informação e o exercício da liberdade de informação jornalística*, p. 118.

²⁰³ RENÉ ARIEL DOTTI, *Proteção da vida privada e liberdade de informação: possibilidades e limites*, p. 160.

²⁰⁴ Idem, *ibidem*, p. 160.

²⁰⁵ JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 263.

²⁰⁶ CLAUDIO LUIZ BUENO DE GODOY, *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*, p. 49.

De forma semelhante, LUIS GUSTAVO GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO compreende o direito à informação como um direito difuso, pois sua titularidade não pode ser fracionada ou individualizada, tampouco delimitada entre os membros da coletividade. Da mesma forma, o dano ao direito à informação também se caracteriza como um dano difuso, pois atinge a todos, não sendo possível avaliar a dimensão do dano individualmente.²⁰⁷

Ainda sobre a dimensão coletiva do direito à informação, LUÍS ROBERTO BARROSO adverte que:

Se de um lado, portanto, as liberdades de informação e expressão manifestam um caráter individual, e nesse sentido funcionam como meios para o desenvolvimento da personalidade, essas mesmas liberdades atendem ao inegável interesse público da livre circulação de ideias, corolário e base de funcionamento do regime democrático, tendo portanto uma dimensão eminentemente coletiva [...]²⁰⁸

Em meio a esse cenário, cumpre observar que o advento e popularização da Web e o crescente número de *websites* criados a cada dia, com informações acerca dos mais diferentes assuntos e interesses, sem dúvida alguma geraram um reforço rumo à efetivação da democracia,²⁰⁹ especialmente ao facilitarem o acesso e a disseminação da informação. Nesse sentido:

[...] a internet não difunde apenas as informações acima enunciadas, mas tudo o que seja de interesse humano: é um vasto veículo de expressão de ideias e de pensamentos, de entretenimento, de difusão de conhecimentos técnicos e científicos, de troca de correspondência

²⁰⁷ LUIS GUSTAVO GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO, *Direito de informação e liberdade de expressão*, p. 215.

²⁰⁸ LUÍS ROBERTO BARROSO, *Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação*, p. 82.

²⁰⁹ “[...] Sobretudo a internet veio contribuir para a democratização da informação, pois a rede não é de ninguém; ninguém a tutela; ninguém a gerencia. É ela um patrimônio cultural da sociedade cosmopolita. É uma verdadeira instituição que nasceu espontaneamente e com abrangência realmente universal. Na expectativa de Alvin Toffler, ela propiciará a realização da democracia direta, na medida em que o cidadão poderá, de seu computador, acessado a uma rede, participar de decisões governamentais, votando nas opções oferecidas” (LUIS GUSTAVO GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO, *Direito de informação e liberdade de expressão*, p. 3-4).

em grupo ou individualmente, além de ser também um veículo informativo.²¹⁰

Como será demonstrado a seguir, os mecanismos de busca na Web, na qualidade de intermediários que possibilitam a localização desses conteúdos, desempenham importante função social. Por consequência, também a esses mecanismos deve ser atribuído o direito de permitir que, por meio de suas ferramentas, as informações fluam livremente, sem restrições, exceto quando o contrário resultar de um sopesamento, diante de circunstâncias específicas do caso concreto.

Do exame do direito à informação e dos direitos que lhe são conexos observa-se que, quando considerados em caráter *prima facie*, esses direitos contemplam todo tipo de manifestação e conteúdo exteriorizado, não sendo possível estabelecer limitações *a priori*. Assim, e como já se referiu nos pressupostos teóricos deste estudo, eventuais restrições deverão de ser avaliadas com base em condições concretas.

²¹⁰ LUIS GUSTAVO GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO, *Direito de informação e liberdade de expressão*, p. 300.

4 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

4.1 Conceito e polêmica a respeito da denominação adequada

A despeito das divergências doutrinárias quanto à sua natureza, extensão e até mesmo quanto à sua própria existência,²¹¹ os direitos da personalidade são concebidos, de forma consensual, como direitos essenciais da pessoa humana, ou seja, inerentes ao homem e destinados a resguardar a dignidade da pessoa humana.²¹² Todos os conceitos propostos pela doutrina são centrados no caráter de essencialidade desses direitos e da conseqüente necessidade de se conceder prioridade à sua tutela.

Denotando a importância dos direitos da personalidade, SANTOS CIFUENTES enfatiza que “têm o papel de pilares que dão embasamento a todo o saber jurídico; forma e solidez à sua estrutura como o concreto ao edifício; como o esqueleto ósseo ao corpo humano”.²¹³

R. LIMONGI FRANÇA, por sua vez, os conceitua como “faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim as suas emanações e prolongamentos”.²¹⁴

Clássica também é a definição de ADRIANO DE CUPIS, cuja obra influenciou grande parte da doutrina brasileira. O referido autor trata os direitos da personalidade como imprescindíveis, denotando que, caso não fossem reconhecidos e tutelados, “a

²¹¹ CARLOS ALBERTO BITTAR, *Os direitos da personalidade*, p. 1. No mesmo sentido: ELIMAR SZANIAWSKI, *Direitos de personalidade e sua tutela*, p. 71.

²¹² DENNIS OTTE LACERDA desenvolve a noção da dignidade da pessoa humana como sustentáculo dos direitos da personalidade, demonstrando que “é necessário vincular a noção de direitos da personalidade à noção de direitos do homem”. Segundo o autor, “Tomar esse caminho significa sustentar a impossibilidade de uma visão puramente privatística de direitos da personalidade, desvinculada dos direitos do homem, e pressupõe um exame acurado da fundamentação da dignidade da pessoa humana que subjaz aos direitos da personalidade” (*Direitos da personalidade na contemporaneidade: a repactuação semântica*, p. 88-89).

²¹³ SANTOS CIFUENTES, *Derechos personalísimos*, p. 126 – tradução livre.

²¹⁴ R. LIMONGI FRANÇA, *Direitos da personalidade: coordenadas fundamentais*, v. 3, p. 653.

personalidade restaria uma susceptibilidade completamente irrealizada, privada de todo o valor concreto”.²¹⁵ Para o autor, os direitos da personalidade são considerados “direitos sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam o interesse para o indivíduo – o que equivale a dizer que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal”.²¹⁶ Ainda segundo o autor, esses direitos constituem verdadeira “medula da personalidade”.²¹⁷

Referindo-se aos direitos da personalidade, SANTOS CIFUENTES assinala, de forma similar, sua importante condição de inerência e qualidade constitutiva e inseparável da pessoa.²¹⁸ Acrescenta, ainda, que negar-lhes proteção seria desconhecer a dignidade da pessoa humana, de forma que de nada adiantaria tutelar outros direitos.²¹⁹ No mesmo sentido, ELIMAR SZANIAWSKI aponta que é pela personalidade que a pessoa poderá adquirir e defender os demais bens.²²⁰

Das definições expostas, embora não se possa extrair um conceito plenamente aceito, verifica-se uma grande aproximação dos direitos da personalidade à noção de dignidade da pessoa humana,²²¹ o que reforça ainda mais a necessidade de que a sua tutela ocorra de forma efetiva.²²²

²¹⁵ ADRIANO DE CUPIS, *Os direitos da personalidade*, p. 24.

²¹⁶ Idem, *ibidem*, p. 24.

²¹⁷ Idem, p. 24.

²¹⁸ SANTOS CIFUENTES, *Derechos personalísimos*, p. 108. Para o autor: “A vida, o corpo, a honra, etc., têm condição de inerência. Estão dentro dentro da área central que projeta os primordiais movimentos não impostos, sua atividade autodeterminada. Têm qualidade constitutiva do ser. Na esfera jurídica são inseparáveis da pessoa, com inegável transcendência social” (Idem, *ibidem*, p. 108 – tradução livre).

²¹⁹ Idem, *ibidem*, p. 109-110. O autor sintetiza que: “É um mínimo que não comporta exceção, distinções, esquecimento nem diferenças segundo a ordem geral ou particular: os direitos personalíssimos, fundamento que iguala a todos pelo fato de serem pessoas” (Idem, *ibidem*, p. 114 – tradução livre).

²²⁰ ELIMAR SZANIAWSKI, *Direitos de personalidade e sua tutela*, p. 70.

²²¹ Importante referir que o conceito de dignidade da pessoa humana ainda é um tormentoso desafio para o Direito. Cf., nesse sentido, JESUS GONZALEZ PEREZ, *La dignidad de la persona*, p. 111 e ss. Ainda assim, é preciso ter em mente que a aproximação demasiada da noção de dignidade aos direitos da personalidade só vem a vulgarizar ainda mais o seu conceito. Cf., nesse sentido, INGO WOLFGANG SARLET, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 121 e ss.

²²² LEONARDO ESTEVAM DE ASSIS ZANINI, *Direitos da personalidade: aspectos essenciais*, p. 94.

No que diz respeito à sua denominação, ainda existe certa controvérsia na doutrina. Não obstante, atualmente consagrou-se a expressão “direitos da personalidade”, inicialmente proposta por GIERKE.²²³ Existem autores que os denominam “direitos essenciais da pessoa” ou “direitos subjetivos essenciais” (TOBEÑAS), “direitos à personalidade” ou “essenciais” ou “fundamentais da pessoa” (DE CUPIS), “direitos da personalidade” (GIERKE, FERRARA e autores mais modernos)²²⁴ e “direitos personalíssimos” (SANTOS CIFUENTES). Como bem observa ELIMAR SZANIAWSKI, a variação das denominações implica controvérsias sobre a natureza jurídica dos direitos da personalidade.²²⁵

Mesmo reconhecendo que a denominação “direitos da personalidade” é aquela que se consagrou na doutrina contemporânea, JOSÉ CASTAN TOBEÑAS observa que esses direitos diferem da personalidade em si mesma. Segundo o autor, seria preferível, então, denominá-los “direitos essenciais da pessoa” ou “direitos subjetivos essenciais”, pois essas denominações “ênfaticam o âmbito limitado e a importância desta classe de direitos, vinculados à ideia da personalidade humana e que o ordenamento positivo não pode desconhecer, sob pena de deixar de ser jurídico”.²²⁶

Também em objeção à denominação consagrada pela doutrina, SANTOS CIFUENTES considera ser mais precisa a expressão “direitos personalíssimos”. Para o autor, essa denominação, além de ressaltar a pluralidade desses direitos, emprega um adjetivo (personalíssimos) que enfatiza a condição de inerência e a íntima adesão desses direitos ao seu sujeito.²²⁷

O autor ainda acrescenta que a denominação “direitos da personalidade” é equivocada, pois a “personalidade” é uma qualidade jurídica que, quando em conjunto com a substância “homem”, forma a “pessoa”, de maneira que à personalidade em si não se podem atribuir direitos. Além disso, o autor critica a preposição utilizada (da),

²²³ ELIMAR SZANIAWSKI, *Direitos de personalidade e sua tutela*, p. 71.

²²⁴ CARLOS ALBERTO BITTAR, *Os direitos da personalidade*, p. 2.

²²⁵ ELIMAR SZANIAWSKI, *Direitos de personalidade e sua tutela*, p. 71.

²²⁶ JOSÉ CASTAN TOBEÑAS, *Los derechos de la personalidad*, p. 15-16 – tradução livre.

²²⁷ SANTOS CIFUENTES, *Derechos personalísimos*, p. 196.

considerando-a inapropriada por remeter à ideia de posse, o que enseja faculdades que não estão presentes nos direitos que denomina personalíssimos.²²⁸

No Código Civil de 2002, primeira lei brasileira a tratar da matéria de forma específica, o legislador adotou a expressão “direitos da personalidade”, que é a mais consagrada pela doutrina e por outras legislações,²²⁹ o que se verifica no Capítulo II do Livro I, Título I, da sua Parte Geral.

4.2 Natureza jurídica

A questão da natureza jurídica dos direitos da personalidade gerou profundas controvérsias em sede doutrinária. A discussão foi centrada, em primeiro lugar, na vertente que questionou a efetiva qualificação dos direitos da personalidade como direitos subjetivos.²³⁰

No tocante a essa primeira vertente, CARLOS ALBERTO BITTAR demonstra que, embora atualmente predomine esse entendimento, os direitos da personalidade nem sempre foram admitidos como direitos subjetivos.²³¹ Nessa linha, com base no que inicialmente argumentava SAVIGNY, muitos autores chegaram a defender que, “ao se admitir a existência dos direitos da personalidade, estar-se-ia admitindo a possibilidade de a pessoa dispor de si mesma, sendo, nesse sentido, perfeitamente cabível e justificado o suicídio”.²³²

O entendimento de SAVIGNY ao refutar a qualidade de direitos subjetivos aos direitos da personalidade era fundado no arraigado positivismo vigente à época e nas “dificuldades de ordem técnico-jurídicas para formulação do ou dos direitos da

²²⁸ SANTOS CIFUENTES, *Derechos personalísimos*, p. 196-197.

²²⁹ Como demonstra LEONARDO ESTEVAM DE ASSIS ZANINI, a mesma denominação foi adotada no Código Civil português, no Código Civil de Quebec, no Código Civil de Cabo Verde e no Código Civil de Macau (*Direitos da personalidade: aspectos essenciais*, p. 91).

²³⁰ ELIMAR SZANIAWSKI, *Direitos de personalidade e sua tutela*, p. 71.

²³¹ CARLOS ALBERTO BITTAR, *Os direitos da personalidade*, p. 4.

²³² JOSÉ ADÉRCIO LEITE SAMPAIO, *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*, p. 50.

personalidade”.²³³ A positivação dos direitos naturais que deu origem aos direitos chamados subjetivos era centrada nos interesses patrimoniais e na sua característica ínsita de permitir um poder de domínio sobre as coisas. Dessa forma, “os direitos da personalidade encontraram forte resistência em um ambiente jurídico ainda marcado pelo pensamento liberal, especialmente no campo do direito privado”.²³⁴

Não se concebia que a própria pessoa ou a personalidade pudesse figurar como objeto de direitos subjetivos.²³⁵ Ainda, nos termos da doutrina de VON TUHR, “os chamados direitos da personalidade seriam meros efeitos reflexos do direito objetivo ou, quando muito, melhor se situariam no âmbito da responsabilidade civil”.²³⁶

JOSÉ CASTAN TOBEÑAS introduz a análise dessa controvérsia afirmando: “Em virtude da natureza desses direitos, a principal discussão gira em torno de saber se podem ser concebidos como um poder que o homem exerce sobre a própria pessoa (ou seja, um direito em que a pessoa tem por objeto a si mesma)”.²³⁷

O referido autor demonstra que, embora a concepção dos direitos sobre a própria pessoa tenha sido reconhecida por antigos tratadistas, alguns sustentam ser impossível admitir a existência de um direito sobre a própria pessoa sem confundir em um mesmo indivíduo as qualidades de sujeito e objeto, o que, por si só, seria

²³³ JOSÉ ADÉRCIO LEITE SAMPAIO, *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*, p. 50.

²³⁴ ANDERSON SCHREIBER, *Direitos da personalidade*, p. 5.

²³⁵ JOSÉ ADÉRCIO LEITE SAMPAIO, *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*, p. 50.

²³⁶ Idem, *ibidem*, p. 51. O autor ainda demonstra a grande problemática e o paradoxo vivenciados à época, situação que dificultou sobremaneira a aceitação dos direitos da personalidade como direitos subjetivos: “O modelo iusprivatista mostrava-se, sem embargo, sob um duplo paradoxo: em primeiro lugar, não havia guarida para os chamados direitos da personalidade na moldura do suporte técnico oferecido para o exercício do domínio (direitos subjetivos), muito embora, inspirada pela argumentação iusnaturalista, essa mesma personalidade servisse de fundamento ou ponto de irradiação da propriedade. De outro lado, era sabido que uma das aspirações do homem moderno dizia exatamente respeito à busca de sua individualidade, realizada, em grande parte, por conceitos fornecidos pelos direitos da personalidade” (JOSÉ ADÉRCIO LEITE SAMPAIO, *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*, p. 51).

²³⁷ JOSÉ CASTAN TOBEÑAS, *Los derechos de la personalidad*, p. 16 – tradução livre.

contraditório e inconciliável.²³⁸ Nesse ponto, o autor argumenta que, em verdade, a alegada contradição não se verifica, pois, enquanto sujeito, o homem é considerado indistintamente com todas as suas qualidades físicas e morais, ao passo que, quando se trata do objeto, há uma limitação a uma manifestação determinada da personalidade.²³⁹

Ainda sobre essa problemática, FÁBIO MARIA DE MATTIA acrescenta que considerar os direitos da personalidade como direitos subjetivos não significa reproduzir a regra romana que permitia a redução da pessoa à condição de mera propriedade de outrem.²⁴⁰ Segundo o autor, “é a própria pessoa que, ao exercer a função de sujeito de direitos objetivos, converte em objeto alguns dos atributos ou bens dela própria”.²⁴¹

Outro argumento invocado pela doutrina para negar a condição de direitos subjetivos aos direitos da personalidade é o fato de os bens da personalidade não serem entidades independentes e separáveis da pessoa. Diante disso, tais bens deveriam ser considerados simplesmente como bens jurídicos, e não como direitos subjetivos.²⁴²

Essa característica peculiar dos bens da personalidade, porém, não implica desqualificá-los como direitos subjetivos. Ao se considerar um direito subjetivo como um “poder de nossa vontade”, verifica-se que essa vontade também atua em relação à realidade antropológica do ser humano. Em síntese, “ao dizermos que temos um direito sobre nossa vida, saúde, corpo, liberdade, honra etc., estamos afirmando um poder de nossa vontade sobre essa vida, corpo, saúde etc., e cujo respeito se impõe aos outros”.²⁴³

De forma similar, JOSÉ CASTAN TOBEÑAS defende:

Em princípio, não há razões definitivas para negar a existência da categoria jurídica constituída pelos direitos subjetivos da personalidade. Se o direito subjetivo pressupõe sempre um dever jurídico, que em seguida torne possível uma pretensão ou exigência,

²³⁸ JOSÉ CASTAN TOBEÑAS, *Los derechos de la personalidad*, p. 16-17. A controvérsia é introduzida no mesmo sentido por SANTOS CIFUENTES, *Derechos personalísimos*, p. 169.

²³⁹ JOSÉ CASTAN TOBEÑAS, *Los derechos de la personalidad*, p. 17.

²⁴⁰ FÁBIO MARIA DE MATTIA, *Direitos da personalidade: aspectos gerais*, p. 82.

²⁴¹ *Idem*, *ibidem*, p. 82.

²⁴² *Idem*, p. 82.

²⁴³ *Idem*, p. 82.

há que se reconhecer que o direito à vida, à integridade física, à honra, à identidade pessoal etc., compõem o âmbito do dever jurídico que paira sobre todos, no sentido de que não hão de ser ilegitimamente lesionados.²⁴⁴

Com base nesses fundamentos, tem prosperado atualmente o entendimento que considera os direitos da personalidade como verdadeiros direitos subjetivos. Nesse sentido, sintetiza FÁBIO MARIA DE MATTIA:

Os direitos da personalidade integram a categoria dos direitos subjetivos. Os sistemas jurídicos atuais garantem a todo ser humano certos bens jurídicos em decorrência do simples fato de sua existência. Trata-se de direitos inerentes à própria pessoa humana e constituem prerrogativas ou faculdades que permitem a cada ser humano o desenvolvimento de suas aptidões e energias, tanto físicas como espirituais, que constituem o conteúdo essencial da personalidade.²⁴⁵

Quanto à natureza propriamente dita dos direitos da personalidade, a doutrina diverge entre considerá-los como direitos sobre a própria pessoa, direitos relativos a uma ou mais partes da pessoa, ou, ainda, direitos que estariam fora da própria pessoa, o que se convencionou denominar “direitos sem sujeito”, ou seja, aqueles cujo sujeito deva ser buscado nas demais pessoas, às quais se atribui o dever de respeitar a personalidade do indivíduo.²⁴⁶

Conforme propõe SANTOS CIFUENTES, deve ser refutada a concepção dos direitos da personalidade como “direitos sem sujeito”, pois é inconcebível descartar totalmente a figura do sujeito, sob pena de se admitir a existência de “direito no ar, atribuíveis a ninguém”.²⁴⁷ Em geral, essas teorias têm sido descartadas, admitindo-se, predominantemente, que o objeto dos direitos da personalidade não pode ser nem a própria pessoa nem os demais sujeitos de uma obrigação passiva universal, mas sim os

²⁴⁴ JOSÉ CASTAN TOBEÑAS, p. 21-22 – tradução livre. No mesmo sentido, SANTOS CIFUENTES defende a qualidade dos direitos da personalidade como direitos subjetivos (*Derechos personalísimos*, p. 143).

²⁴⁵ FÁBIO MARIA DE MATTIA, *Direitos da personalidade: aspectos gerais*, p. 81.

²⁴⁶ JOSÉ CASTAN TOBEÑAS, *Los derechos de la personalidad*, p. 17.

²⁴⁷ SANTOS CIFUENTES, *Derechos personalísimos*, p. 174 – tradução livre.

bens constituídos por determinados atributos ou qualidades, físicas ou morais, do homem.²⁴⁸

Outro aspecto relevante que demanda análise também no âmbito da natureza jurídica dos direitos da personalidade é o da sua qualificação como direitos de natureza positiva ou como direitos inatos, em contraposição aos direitos adquiridos. Esses direitos seriam inatos no sentido de que existem independentemente e antes mesmo do reconhecimento pelo direito positivo, por força da escola do Direito Natural.²⁴⁹

Segundo essa concepção, quando reconhecidos pelo Estado, seja em nível constitucional ou infraconstitucional, esses direitos passam a gozar de um regime jurídico próprio que lhes confere maior eficácia. Isso não significa, porém, que passaram a existir apenas após o reconhecimento pelo direito positivo.²⁵⁰ Por outro lado, outra parcela da doutrina entende que os direitos da personalidade decorrem da ordem jurídica posta.²⁵¹

SANTOS CIFUENTES considera válida a qualificação dos direitos da personalidade como direitos inatos, demonstrando que o que se deve considerar em primeiro lugar é a forma com que passa a existir o direito. Assim, para o autor, se o direito decorre automaticamente do fato de ser pessoa, é direito inato; e, por outro lado, se há previsão no ordenamento jurídico de etapas a serem supridas após a existência da pessoa, é direito adquirido.²⁵²

²⁴⁸ ELIMAR SZANIAWSKI, *Direitos de personalidade e sua tutela*, p. 87. No mesmo sentido: JOSÉ CASTAN TOBEÑAS, *Los derechos de la personalidad*, p. 18; CARLOS ALBERTO BITTAR, *Os direitos da personalidade*, p. 5.

²⁴⁹ FÁBIO MARIA DE MATTIA, *Direitos da personalidade: aspectos gerais*, p. 83.

²⁵⁰ CARLOS ALBERTO BITTAR, *Os direitos da personalidade*, p. 8.

²⁵¹ Nessa linha, EDSON FERREIRA DA SILVA propõe: “[...] no estágio atual de organização política da humanidade, parece-nos que só é possível reconhecer como direitos aquelas faculdades ou atributos que o Estado, com base na ordem jurídica em vigor, pode garantir, assegurar, fazer valer e conferir proteção adequada. Caso contrário, teremos simples interesses, que cada um defende como pode, sem o amparo da lei e a garantia do Estado” (*Direito à intimidade: de acordo com a doutrina, o direito comparado, a Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002*, p. 12).

²⁵² SANTOS CIFUENTES, *Derechos personalísimos*, p. 177-178.

Outros autores ainda consideram os direitos da personalidade como direitos inatos no sentido de que passam a existir logo após o nascimento com vida, quando se adquire personalidade jurídica. Nesse aspecto, EDSON FERREIRA DA SILVA entende que “[...] os direitos de personalidade em sua grande maioria são inatos, não porque a sua existência independa ou seja anterior ao reconhecimento pelo sistema jurídico, mas por bastar o pressuposto da personalidade jurídica para a sua incidência”.²⁵³

Disso tudo se extrai que a consagração dos direitos da personalidade como direitos subjetivos e inatos, conforme posicionamento atualmente predominante na doutrina, ocorreu após um longo percurso histórico, no qual os direitos da personalidade foram adquirindo uma conceituação própria e desvinculada dos direitos patrimoniais, o que possibilitou a sua autonomia e o reconhecimento de seus caracteres próprios e essenciais.²⁵⁴ Ademais, na qualidade de direitos fundamentais expressamente previstos na Constituição Federal, não há como negar sua qualidade de direitos subjetivos.

4.3 Caracteres essenciais dos direitos da personalidade

Por serem direitos ínsitos à pessoa, a doutrina²⁵⁵ costuma designar características particulares aos direitos da personalidade, que lhes conferem uma posição singular em comparação a outros direitos. Conforme sustentam esses autores,

²⁵³ EDSON FERREIRA DA SILVA, *Direito à intimidade*: de acordo com a doutrina, o direito comparado, a Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002, p. 14.

²⁵⁴ Reconhecendo esse fato, ADRIANO DE CUPIS afirma: “[...] os direitos da personalidade constituem uma categoria autônoma no sistema dos direitos subjetivos. Esta autonomia deriva tanto do caráter de essencialidade que lhes é próprio como da configuração particular do objeto (de que deriva aquele mesmo caráter de essencialidade), como ainda daquele ulterior caráter especial da sua fisionomia que apontamos em último lugar. Só nas mais vastas categorias dos direitos subjetivos (direitos privados, não patrimoniais, absolutos) podemos integrar os direitos da personalidade; em nenhuma das outras que naquelas se contêm podem ser incluídos. Por consequência, deve reconhecer-se a estes plena dignidade de categoria autônoma” (*Os direitos da personalidade*, p. 38).

²⁵⁵ As referências à doutrina feitas neste item concernem-se aos autores que mais se dedicaram ao estudo específico dos direitos da personalidade, sob uma perspectiva de direito privado. Dentre eles, em especial: ADRIANO DE CUPIS, *Os direitos da personalidade*; CARLOS ALBERTO BITTAR, *Os direitos da personalidade*; R. LIMONGI FRANÇA, *Direitos da personalidade: coordenadas fundamentais*; SANTOS CIFUENTES, *Derechos personalísimos*; JOSÉ CASTAN TOBEÑAS, *Los derechos de la personalidad*; FÁBIO MARIA DE MATTIA, *Direitos da personalidade: aspectos gerais*; e RENÉ ARIEL DOTTI, *Proteção da vida privada e liberdade de informação: possibilidades e limites*.

isso decorre do fato de terem por objeto bens valiosos do homem, ou seja, de serem as garantias máximas de que dispõe o ser humano, verdadeiras “muralhas que resguardam aquilo que ele tem de mais valioso”.²⁵⁶ Nesse sentido, os caracteres essenciais dos direitos da personalidade “desde logo elevam esta categoria para uma posição mais destacada em relação aos demais direitos e num grau que sobrepaira os demais direitos justamente porque concerne a direitos essenciais ou fundamentais do indivíduo”.²⁵⁷

JOSÉ CASTAN TOBEÑAS justifica esses caracteres essenciais como “consequência da nota fundamental de direitos essenciais do indivíduo de que ostentam”.²⁵⁸ ADRIANO DE CUPIS, por sua vez, ressalta que os direitos da personalidade “estão submetidos a uma disciplina civilística que lhes assegura proeminência relativamente a todos os outros direitos da pessoa a que respeitem”.²⁵⁹

Não há unanimidade na doutrina acerca do rol de caracteres essenciais dos direitos da personalidade. Entretanto, com base nas referidas premissas e de forma geral, os referidos autores costumam caracterizar os direitos da personalidade como: absolutos (oponíveis *erga omnes*), extrapatrimoniais, intransmissíveis, indisponíveis e irrenunciáveis.

Os posicionamentos *supra* são destoantes dos pressupostos deste estudo, que se baseia na existência de um mesmo peso abstrato atribuível aos direitos da personalidade e ao direito à informação. Justamente por isso mostra-se pertinente um breve exame dos citados caracteres essenciais, o que evidenciará, sob uma perspectiva crítica, que grande parte destes comporta relativizações.

²⁵⁶ CARLOS ALBERTO BITTAR FILHO, Os direitos da personalidade na Constituição de 1988, p. 83.

²⁵⁷ FÁBIO MARIA DE MATTIA, Direitos da personalidade: aspectos gerais, p. 83.

²⁵⁸ JOSÉ CASTAN TOBEÑAS, *Los derechos de la personalidad*. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1952, p. 22 – tradução livre.

²⁵⁹ ADRIANO DE CUPIS, *Os direitos da personalidade*, p. 51.

4.3.1 *Direitos absolutos*

Em vista de sua oponibilidade *erga omnes*, inclusive à própria pessoa do seu titular e ao Estado, os direitos da personalidade são tradicionalmente considerados como *absolutos*. Trata-se de característica que os distingue dos demais, na medida em que “estes direitos partem da pessoa configurados como um poder de vontade e regressam à mesma em sua condição de um dever essencial de conservação”.²⁶⁰ Como consequência direta de seu caráter absoluto, “o titular destes direitos pode exigir seu respeito frente a qualquer um que pretenda colocá-los em dúvida ou lesioná-los”.²⁶¹

Conforme refere RENÉ ARIEL DOTTI, “São absolutos os direitos que podem ser opostos contra todas as pessoas, as quais, frente ao titular, devem obrigar-se respeitá-los, impondo-se a obrigação negativa de não embaraçar o seu exercício. Dentro desta categoria se incluem os direitos da personalidade [...]”.²⁶²

Esse caráter absoluto não se estende, porém, ao seu conteúdo propriamente dito, pois, como já se referiu, da mesma forma que ocorre com outros direitos fundamentais, os direitos da personalidade podem ser restringidos como resultado de uma ponderação, de acordo com as circunstâncias do caso concreto. É o que ocorre, por exemplo, nas hipóteses de colisão cuja solução é atingida mediante a ponderação entre o direito à honra e o direito à informação.

Desse modo, o caráter absoluto dos direitos da personalidade é restrito à sua oponibilidade *erga omnes*, sendo certo que tal característica não significa que esses direitos devem prevalecer em qualquer hipótese de colisão, o que dependerá das circunstâncias envolvidas no caso concreto.²⁶³

²⁶⁰ FÁBIO MARIA DE MATTIA, *Direitos da personalidade: aspectos gerais*, p. 83.

²⁶¹ ANA LAURA CABEZUELO ARENAS, *Derecho a la intimidad*, p. 95 – tradução livre.

²⁶² RENÉ ARIEL DOTTI, *Proteção da vida privada e liberdade de informação: possibilidades e limites*, p. 102.

²⁶³ *Idem*, *ibidem*, p. 102.

4.3.2 *Direitos extrapatrimoniais*

Embora alguns direitos da personalidade possam gerar consequências patrimoniais, o que ocorre, por exemplo, com o direito à imagem,²⁶⁴ tais direitos são essencialmente *extrapatrimoniais*, no sentido de que não podem ser mensurados ou avaliados em dinheiro.

Essa característica não impede, porém, que uma lesão a determinado direito da personalidade enseje um dever de reparação, o qual necessariamente será representado por um montante em dinheiro.²⁶⁵ Disso se conclui que “não significa que não produzam consequências patrimoniais, mas essas consequências são indiretas ou mediatas”.²⁶⁶

4.3.3 *Direitos intransmissíveis*

Tratando-se de direitos ínsitos à pessoa do seu titular e extrapatrimoniais, os direitos da personalidade também são considerados *intransmissíveis*, pois, do contrário, perderiam a própria razão de ser. Como bem ressalta FÁBIO MARIA DE MATTIA:

Os direitos da personalidade são inseparáveis da pessoa em razão do que é inconcebível que a vida, a liberdade, a integridade etc., possam transferir-se da esfera jurídica de um indivíduo para a de outro, porque isto implicaria em sua própria desnaturação e iria contra a natureza das coisas. Os negócios jurídicos que selariam tal transferência seriam nulos, por lhes faltar causa e objeto.²⁶⁷

²⁶⁴ Como demonstra ALFREDO DOMINGUES BARBOSA MIGLIORE: “[...] parece certo e inequívoco que os direitos da personalidade, embora sempre morais, absolutos e intransmissíveis, dão origem a direitos de natureza patrimonial deles derivados e que, dessa forma, passam a integrar o patrimônio do seu titular, como objeto de direito, o que ocorre em relação aos direitos patrimoniais de autor, de cessão e utilização de imagem, voz, e de utilização do nome, por exemplo” (*Direito além da vida: um ensaio sobre os direitos da personalidade post mortem*, p. 113).

²⁶⁵ Cf., nesse sentido, JOSÉ CASTAN TOBEÑAS, *Los derechos de la personalidad*, p. 23; e RENÉ ARIEL DOTTI, *Proteção da vida privada e liberdade de informação: possibilidades e limites*, p. 103.

²⁶⁶ SANTOS CIFUENTES, *Derechos personalísimos*, p. 185.

²⁶⁷ FÁBIO MARIA DE MATTIA, *Direitos da personalidade: aspectos gerais*, p. 84.

ADRIANO DE CUPIS também reconhece a *intransmissibilidade* dos direitos da personalidade como uma característica que os contrapõe aos direitos patrimoniais em geral. Para o autor, essa característica decorre da própria natureza do objeto, de forma que, em vista de um nexó orgânico, o objeto é inseparável do sujeito. Nas palavras do referido autor, “a vida, a integridade física, a honra, a liberdade, a honra, e outros de Tício, não podem vir a ser bens de Caio por virtude de uma impossibilidade que se radica na natureza das coisas”.²⁶⁸ De forma similar, EDSON FERREIRA DA SILVA pontua que “[...] a ninguém é dado viver a vida de outra pessoa, nem gozar diretamente da liberdade de outrem, da intimidade ou da honra alheia. O nome que identifica uma pessoa não pode identificar uma outra como se fosse aquela mesma”.²⁶⁹

O Código Civil de 2002 prevê expressamente em seu artigo 11 que os direitos da personalidade são intransmissíveis, reconhecendo essa impossibilidade decorrente da própria natureza de seu objeto. Como será referido a seguir, essa intransmissibilidade não implica, porém, absoluta indisponibilidade e irrenunciabilidade dos direitos da personalidade.

4.3.4 *Direitos relativamente indisponíveis*

Como decorrência lógica da intransmissibilidade,²⁷⁰ os autores já referidos costumam caracterizar os direitos da personalidade como *indisponíveis*, na medida em que não se atribuiria ao seu titular a faculdade de disposição desses direitos.²⁷¹

De acordo com esse entendimento, os direitos da personalidade conferem ao seu titular a faculdade de usá-los e gozá-los, mas não a de substituição do titular no

²⁶⁸ ADRIANO DE CUPIS, *Os direitos da personalidade*, p. 54-55.

²⁶⁹ EDSON FERREIRA DA SILVA, *Direito à intimidade*: de acordo com a doutrina, o direito comparado, a Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002, p. 23.

²⁷⁰ Nesse aspecto, ADRIANO DE CUPIS evidencia: “A relação existente entre transmissibilidade e a disponibilidade compreende-se com facilidade, desde que uma das causas de mudança do sujeito dos direitos é precisamente a vontade do seu titular, a qual reveste relevância jurídica por virtude da existência da referida faculdade de disposição” (*Os direitos da personalidade*, p. 56).

²⁷¹ *Idem*, *ibidem*, p. 56.

exercício dessas faculdades.²⁷² E isso ocorreria porque “admitir o contrário seria admitir que o homem pode se desvencilhar de sua individualidade, da sua personalidade biológica e moral, renunciando à sua condição de pessoa, para tornar-se *res*”.²⁷³

É certo que os direitos da personalidade não podem mudar de sujeito nem mesmo em decorrência da vontade do seu titular. Trata-se, em essência, de direitos sobre os quais o sujeito não detém um poder jurídico pleno ou direitos de conteúdo mais restrito em comparação aos demais e que não se revestem de uma faculdade paralela de disposição.²⁷⁴

Há que ressaltar, no entanto, que os direitos da personalidade são apenas relativamente indisponíveis, pois são perfeitamente admissíveis as disposições sobre algumas de suas faculdades,²⁷⁵ o que ocorre, por exemplo, com a cessão de determinada imagem. Nesse sentido, EDSON FERREIRA DA SILVA pontua que, em vista dos avanços no campo da medicina e da engenharia genética, são cada vez mais frequentes as hipóteses de disposição de direitos da personalidade, as quais devem ser admitidas desde que não ofendam a lei ou os valores sociais vigentes.²⁷⁶

Nessa linha e ao contrário do que foi previsto no artigo 11 do Código Civil, há que reconhecer que os direitos da personalidade podem sofrer limitações em certas circunstâncias, as quais podem ser tanto de natureza voluntária como involuntária.

As limitações voluntárias decorrem da liberdade de ação e de autodeterminação do titular, de onde se extrai a soberania da sua vontade individual. Entretanto, essas limitações voluntárias somente podem ser aceitas nas hipóteses em que não atentem contra outros direitos ou contra a ordem pública e desde que tragam efetivos benefícios ao titular e digam respeito a aspectos não essenciais da personalidade. Com base nesse entendimento, admite-se, por exemplo, o corte de

²⁷² FÁBIO MARIA DE MATTIA, *Direitos da personalidade: aspectos gerais*, p. 84.

²⁷³ ALFREDO DOMINGUES BARBOSA MIGLIORE, *Direito além da vida: um ensaio sobre os direitos da personalidade post mortem*, p. 102.

²⁷⁴ ADRIANO DE CUPIS, *Os direitos da personalidade*, p. 58.

²⁷⁵ SANTOS CIFUENTES, *Derechos personalísimos*, p. 186-187.

²⁷⁶ EDSON FERREIRA DA SILVA, *Direito à intimidade: de acordo com a doutrina, o direito comparado, a Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002*, p. 28.

cabelos para venda, eis que não há diminuição física permanente. Não se pode permitir, porém, o corte de um dedo para implante em terceiro.²⁷⁷ Como bem ressalta EDSON FERREIRA DA SILVA, “[...] à falta de normas legais específicas, o poder de disposição em relação a estes bens terá por limite a ordem pública e os bons costumes, respeitados os valores éticos e morais de cada sociedade”.²⁷⁸

As limitações involuntárias, por outro lado, são previstas na própria lei, em função de outros valores fundamentais. É o caso, por exemplo, da hipótese prevista no artigo 13, *caput* e parágrafo único, do Código Civil, que admite atos de disposição do próprio corpo por exigência médica e para fins de transplante, respectivamente.²⁷⁹

Portanto, os direitos da personalidade devem ser caracterizados como relativamente indisponíveis, pois são admitidas limitações tanto de caráter voluntário como involuntário, entendimento que melhor prestigia o direito à liberdade e autodeterminação do titular desses direitos.

4.3.5 *Direitos renunciáveis*

De forma geral, costuma-se designar os direitos da personalidade como indisponíveis e, portanto, irrenunciáveis. Segundo ADRIANO DE CUPIS, “A faculdade de renúncia está compreendida na faculdade de disposição, entendida no seu mais largo sentido; por isso quando se diz, sem mais, que um direito é indisponível, quer significar que ele é também irrenunciável”.²⁸⁰

No mesmo sentido, FÁBIO MARIA DE MATTIA sustenta que há uma relação de mútua implicação entre as características intransmissibilidade, indisponibilidade e

²⁷⁷ ALFREDO DOMINGUES BARBOSA MIGLIORE, *Direito além da vida: um ensaio sobre os direitos da personalidade post mortem*, p. 103-105. No mesmo sentido, cf. EDSON FERREIRA DA SILVA, *Direito à intimidade: de acordo com a doutrina, o direito comparado, a Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002*, p. 28.

²⁷⁸ EDSON FERREIRA DA SILVA, *Direito à intimidade: de acordo com a doutrina, o direito comparado, a Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002*, p. 29.

²⁷⁹ ALFREDO DOMINGUES BARBOSA MIGLIORE, *Direito além da vida: um ensaio sobre os direitos da personalidade post mortem*, p. 106.

²⁸⁰ ADRIANO DE CUPIS, *Os direitos da personalidade*, p. 59.

irrenunciabilidade, “[...] porque ninguém pode ser despojado de seus direitos da personalidade nem a autonomia privada atuar no sentido de afastar-se deles ou aliená-los”.²⁸¹

Desses posicionamentos é possível verificar que a renúncia é equiparada a uma forma de disposição dos direitos da personalidade, e, como estes são considerados indisponíveis, a renúncia também é em geral compreendida como inadmissível. No entanto, assim como já se ressaltou que a indisponibilidade dos direitos da personalidade é apenas relativa, o exame acerca da renúncia merece maior aprofundamento, não podendo ser restrito a uma mera consequência da sua indisponibilidade. Conforme refere JORGE REIS NOVAIS, o tema é por demais complexo, o que impede soluções simplistas e generalizantes.²⁸²

Diferentemente de outros institutos afins,²⁸³ a renúncia corresponde a uma autolimitação de um direito fundamental, mediante compromisso revogável do titular de não invocar certa posição jurídica por tempo determinado.²⁸⁴ Caracteriza-se, em essência, por meio da “[...] existência de uma decisão voluntária, inequivocamente expressada, que produz um enfraquecimento da proteção de direito fundamental a que corresponde uma ampliação da margem de atuação do Estado”.²⁸⁵

A renúncia possui dupla dimensão, representando, simultaneamente, exercício e restrição de um direito fundamental.²⁸⁶ Há que ser compreendida, em primeiro lugar, como verdadeiro exercício de um direito fundamental, como expressão

²⁸¹ FÁBIO MARIA DE MATTIA, *Direitos da personalidade: aspectos gerais*, p. 84.

²⁸² JORGE REIS NOVAIS, *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*, p. 218.

²⁸³ Sobre o exame aprofundado das distinções entre renúncia e os institutos perda, suspensão, limitação e restrição, não exercício e desistência, cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*, p. 221-226; e PEDRO AUGUSTIN ADAMY, *Renúncia a direito fundamental*, p. 29-48.

²⁸⁴ LAURA SCHERTEL F. MENDES, Um debate acerca da renúncia aos direitos fundamentais: para um discurso dos direitos fundamentais como um discurso de liberdade, p. 124. No mesmo sentido: JORGE REIS NOVAIS, *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*, p. 219.

²⁸⁵ PEDRO AUGUSTIN ADAMY, *Renúncia a direito fundamental*, p. 55. No mesmo sentido: JORGE REIS NOVAIS, *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*, p. 219-220.

²⁸⁶ JORGE REIS NOVAIS, *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*, p. 247.

do direito à liberdade e ao pleno desenvolvimento da personalidade. Nesse sentido, JORGE REIS NOVAIS pontua:

É que, se a titularidade de um direito fundamental é uma posição jurídica de vantagem do indivíduo face ao Estado, é um *trunfo* nas mãos do indivíduo (DWORKIN), então da própria dignidade da pessoa humana e do princípio da autonomia e de autodeterminação individual – que integram e moldam de algum modo o cerne de todos e de cada um dos direitos fundamentais – decorre o poder de o titular dispor dessa posição de vantagem, inclusivamente no sentido de a enfraquecer, quando desse enfraquecimento, e no quadro da livre conformação da sua vida, espera retirar benefícios que de outra forma não obteria.

Nesse sentido, a renúncia é também uma forma de exercício do direito fundamental, dado que, por um lado, a realização de um direito fundamental inclui, em alguma medida, a possibilidade de se dispor dele, inclusive no sentido da sua limitação, desde que esta seja uma expressão genuína do direito de autodeterminação e livre desenvolvimento da personalidade, e porque, por outro lado, através da renúncia o indivíduo prossegue a realização de fins e interesses próprios que ele considera, no caso concreto, mais relevantes que os fins realizáveis através de um exercício positivo do direito.²⁸⁷

Além de constituir uma forma de exercício de um direito fundamental, a renúncia também representa uma restrição autônoma manifestada pelo titular, a qual enseja uma ampliação temporária e revogável do âmbito de atuação do Estado (ou do particular, nas relações entre particulares) no direito correspondente.²⁸⁸

Admitir que os direitos da personalidade sejam irrenunciáveis significa desprezar por completo o poder de autodeterminação do titular sobre seus direitos, sendo prementes, sob o ponto de vista constitucional, uma nova leitura e interpretação desses direitos que confirmem um maior espaço para a liberdade. Do contrário, os direitos fundamentais serão concebidos como verdadeiros deveres; como direitos existentes para proteger o indivíduo dele próprio, o que não se coaduna com o Estado Democrático de Direito.²⁸⁹ Nesse sentido, é o entendimento de LAURA SCHERTEL F. MENDES:

²⁸⁷ JORGE REIS NOVAIS, *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*, p. 235.

²⁸⁸ PEDRO AUGUSTIN ADAMY, *Renúncia a direito fundamental*, p. 48-55.

²⁸⁹ LAURA SCHERTEL F. MENDES, Um debate acerca da renúncia aos direitos fundamentais: para um discurso dos direitos fundamentais como um discurso de liberdade, p. 121-122.

No Estado Democrático de Direito, o custo da ausência de liberdade do indivíduo é muito alto para ser tolerado, sem que haja sequer a busca pela conciliação entre o máximo de liberdade com o máximo de proteção à pessoa. O não reconhecimento de que os direitos fundamentais relacionam-se de forma estrita com a autodeterminação dos indivíduos poderia sacrificar o ideário democrático, bem como o próprio sistema de direitos fundamentais, cuja função primordial é a de proteger as liberdades, tanto privadas como públicas.²⁹⁰

Referindo-se especificamente à renúncia aos direitos da personalidade, LAURA SCHERTEL F. MENDES ainda acrescenta:

Até mesmo os direitos da personalidade, considerados tradicionalmente como indisponíveis e irrenunciáveis, pretendem, acima de tudo, constituir-se em espaços de livre desenvolvimento da personalidade e não como manifestações de uma dada ordem de valores homogênea.²⁹¹

No mesmo sentido posiciona-se ANDERSON SCHREIBER, admitindo a possibilidade de autolimitação voluntária dos direitos da personalidade:

[...] a autolimitação ao exercício dos direitos da personalidade deve ser admitida pela ordem jurídica quando atenda genuinamente ao propósito de realização da personalidade do seu titular. Deve, ao contrário, ser repelida sempre que guiada por interesses que não estão própria ou imediatamente voltados à realização da dignidade daquela pessoa.²⁹²

Em suma, há que reconhecer que também os direitos da personalidade devem ser caracterizados como *renunciáveis*, entendimento que mais se coaduna com o Estado Democrático de Direito, admitindo-se que o titular desses direitos possa exercê-los da maneira que lhe convém quando espera obter um benefício,²⁹³ prestigiando-se o

²⁹⁰ LAURA SCHERTEL F. MENDES, Um debate acerca da renúncia aos direitos fundamentais: para um discurso dos direitos fundamentais como um discurso de liberdade, p. 127.

²⁹¹ Idem, ibidem, p. 132.

²⁹² ANDERSON SCHREIBER, *Direitos da personalidade*, p. 26-27.

²⁹³ Nesse aspecto, importante a ressalva de PEDRO AUGUSTIN ADAMY, no sentido de que “[...] a renúncia nunca poderá interferir naquilo que é intrínseco ao indivíduo, naquelas matérias que se referem diretamente ao desenvolvimento de sua personalidade, naquilo que se relaciona com a sua realização pessoal. Não se pode, por exemplo, exigir que um indivíduo, total e

seu direito à liberdade e à autodeterminação. Considera-se, pois, como possível a renúncia a direitos da personalidade na hipótese em que o próprio titular se vincule juridicamente e de forma voluntária a não invocá-los por um período de tempo.²⁹⁴

4.4 Evolução da tutela dos direitos da personalidade

Como salienta RENÉ ARIEL DOTTI, “somente após lenta mas persistente evolução pretoriana, o reconhecimento de tais direitos foi se impondo à consciência jurídica sob a denominação ampla de ‘direitos da personalidade’”.²⁹⁵ O maior interesse em sua tutela consolidou-se após a Segunda Guerra Mundial, quando houve maior consciência a respeito da necessidade de se preservar a humanidade.²⁹⁶

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo XII,²⁹⁷ tutelou expressamente a vida privada, a honra e a reputação, assegurando proteção contra interferências ou ataques a esses direitos. Os tratados internacionais de direitos humanos também se dedicaram à tutela dos direitos da personalidade, conforme se verifica do artigo 17²⁹⁸ do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e do artigo 11²⁹⁹ da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

absolutamente, renuncie ao seu direito à educação. Não há desenvolvimento da personalidade sem educação, logo a renúncia a tal direito fundamental representa uma afronta direta à possibilidade de melhora de suas condições” (*Renúncia a direito fundamental*, p. 53).

²⁹⁴ Os pressupostos de existência e validade do ato de renúncia são: (i) declaração do próprio titular; (ii) caráter eminentemente voluntário da declaração; e (iii) limitação temporal. Cf., nesse sentido, LAURA SCHERTEL F. MENDES, Um debate acerca da renúncia aos direitos fundamentais: para um discurso dos direitos fundamentais como um discurso de liberdade, p. 129-130; JORGE REIS NOVAIS, *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*, p. 249-257.

²⁹⁵ RENÉ ARIEL DOTTI, *Proteção da vida privada e liberdade de informação: possibilidades e limites*, p. 23.

²⁹⁶ ANDERSON SCHREIBER, *Direitos da personalidade*, p. 6.

²⁹⁷ “Artigo XII. Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.”

²⁹⁸ “Art. 17. 1. Ninguém poderá ser objeto de ingerência arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais às suas honra e reputação. 2. Toda pessoa terá direito à proteção da lei contra essas ingerências ou ofensas.”

No âmbito constitucional brasileiro, a proteção relativa aos direitos da personalidade, até o advento da Constituição Federal de 1988, foi, em geral, limitada à previsão acerca da inviolabilidade do domicílio e do sigilo da correspondência. Os direitos da personalidade eram ainda tutelados de forma implícita e genérica pelos direitos à liberdade e à igualdade, ambos previstos nessas Constituições.

A Constituição Imperial de 1824 abarcou os direitos fundamentais em seu artigo 179,³⁰⁰ de onde se extraem disposições que tutelaram especificamente os direitos à liberdade e à igualdade, bem como à inviolabilidade do domicílio e ao sigilo de correspondência. A primeira Constituição Republicana de 1891, por sua vez, estendeu a proteção dos direitos fundamentais aos estrangeiros residentes no País,³⁰¹ o que se observa em seu artigo 72.³⁰²

²⁹⁹ “Artigo 11. Proteção da honra e da dignidade. 1. Toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade. 2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação. 3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.”

³⁰⁰ “Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

[...]

VII. Todo o Cidadão tem em sua casa um asylo inviolavel. De noite não se poderá entrar nella, senão por seu consentimento, ou para o defender de incendio, ou inundação; e de dia só será franqueada a sua entrada nos casos, e pela maneira, que a Lei determinar.

[...]

XIII. A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, o recompensará em proporção dos merecimentos de cada um.

[...]

XXVII. O Segredo das Cartas é inviolavel. A Administração do Correio fica rigorosamente responsavel por qualquer infracção deste Artigo.”

³⁰¹ A Constituição de 1891 ainda trouxe, em seu artigo 78, importante inovação ao constitucionalismo brasileiro, consubstanciado na expressa previsão de que os direitos e garantias nela previstos não excluíam outros não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelecia e dos princípios que consignava. A partir de então, regras de igual teor foram mencionadas em todos os demais textos constitucionais.

³⁰² “Art. 72. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 2.º Todos são iguais perante a lei.

Também a Constituição de 1934, ainda que tenha vigorado por um efêmero período, manteve a mesma estrutura das anteriores, apresentando dispositivos acerca dos direitos à liberdade e à igualdade, bem como à inviolabilidade do domicílio e ao sigilo de correspondência.³⁰³

A Constituição de 1937, oriunda de um período ditatorial, também abarcou os direitos consagrados nas Constituições que lhe antecederam, embora de forma mais restrita, trazendo, ainda, importante inovação ao prever o direito de resposta, defesa ou retificação contra os veículos de imprensa, o que constitui o contorno inicial da proteção à honra, à privacidade e à intimidade.³⁰⁴

A República não admite privilégios de nascimento, desconhece foros de nobreza e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho.

[...]

§ 11. A casa é o asilo inviolável do indivíduo; ninguém pode aí penetrar de noite, sem consentimento do morador, senão para acudir as vítimas de crimes ou desastres, nem de dia, senão nos casos e pela forma prescritos na lei.

[...]

§ 18. É inviolável o sigilo da correspondência.”

³⁰³ “Art. 113. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

1) Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas.

[...]

8) É inviolável o sigilo da correspondência.

[...]

16) A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Nela ninguém poderá penetrar, de noite, sem consentimento do morador, senão para acudir a vítimas de crimes ou desastres, nem de dia, senão nos casos e pela forma prescritos na lei.”

³⁰⁴ “Art. 122. A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

1.º) todos são iguais perante a lei;

[...]

6.º) a inviolabilidade do domicílio e de correspondência, salvas as exceções expressas em lei;

[...]

15.º) todo cidadão tem o direito de manifestar o seu pensamento, oralmente, por escrito, impresso ou por imagens, mediante as condições e nos limites prescritos em lei.

[...]

Com o restabelecimento do regime democrático no País, sobreveio a Constituição de 1946, que reforçou o sigilo de correspondência e a inviolabilidade do domicílio, manteve a inovação do direito de resposta prevista na Carta 1937 e, de forma pioneira no constitucionalismo brasileiro, fez menção expressa ao direito à vida.³⁰⁵

Em seguida, a Constituição de 1967, além de manter os já citados direitos consagrados nas Constituições anteriores, trouxe mais uma inovação ao resguardar o sigilo das comunicações telegráficas e telefônicas em conjunto com o sigilo da correspondência.³⁰⁶

A grande inovação em matéria de direitos e garantias fundamentais surgiu, porém, com a Constituição Federal de 1988, que, além de ampliar drasticamente o rol desses direitos e garantias, não objetou de outros decorrentes do regime e dos princípios

A imprensa reger-se-á por lei especial, de acordo com os seguintes princípios:

c) é assegurado a todo cidadão o direito de fazer inserir gratuitamente nos jornais que o informarem ou injuriarem, resposta, defesa ou retificação.”

³⁰⁵ “Art. 141. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 1.º Todos são iguais perante a lei.

[...]

§ 5.º É livre a manifestação do pensamento [...], respondendo cada um, nos casos e na forma que a lei preceituar pelos abusos que cometer. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta. [...].

§ 6.º É inviolável o sigilo da correspondência.

[...]

§ 15. A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Ninguém, poderá nela penetrar à noite, sem consentimento do morador, a não ser para acudir a vítimas de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e pela forma que a lei estabelecer.”

³⁰⁶ “Art. 150. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 1.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção, de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. O preconceito de raça será punido pela lei.

[...]

§ 8.º É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica e a prestação de informação sem sujeição à censura, [...]. É assegurado o direito de resposta. [...].

§ 9.º São invioláveis a correspondência e o sigilo das comunicações telegráficas e telefônicas.

§ 10. A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Ninguém pode penetrar nela, à noite, sem consentimento do morador, a não ser em caso de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e na forma que a lei estabelecer.”

por ela adotados ou dos tratados internacionais em que o País seja parte – o que advém do § 2.º –, os consagrou logo no Título II, em seu artigo 5.º.

No *caput* e incisos do artigo 5.º, além dos direitos já abarcados pelas Cartas anteriores – como a igualdade, a liberdade, o sigilo de correspondência e a inviolabilidade do domicílio –, houve expressa previsão de outros dispositivos para tutela da vida privada, da intimidade, da honra e da imagem (inciso X) e do sigilo das comunicações (inciso XII).³⁰⁷ Observa-se, com isso, além de uma ampliação dos direitos tutelados em ordem constitucional, que o constituinte considerou os direitos fundamentais como prioritários ao inseri-los antes mesmo dos dispositivos que trataram da organização do Estado.

CARLOS ALBERTO BITTAR FILHO aponta três motivos para a relevância da Constituição Federal na tutela dos direitos da personalidade. Em primeiro lugar, o fato referido de ter abarcado os direitos fundamentais antes da organização do Estado, o que representa “tomada consciente de posição que está a revelar que o legislador constituinte considerou tais direitos mais importantes do que o próprio ente estatal, que deve servir a pessoa (Estado como meio e não como fim em si mesmo)”. Acrescenta, em segundo lugar, a ampliação do rol dos direitos fundamentais em comparação com a Carta de 1967/1969. Por fim, acentua a previsão expressa acerca da indenizabilidade do dano moral, encerrando as discussões até então existentes sobre o tema.³⁰⁸

Além das importantes inovações em matéria de direitos da personalidade, a Constituição Federal ainda contemplou novas ações constitucionais para a tutela dos direitos fundamentais. Com isso, afora os tradicionais instrumentos anteriormente previstos, como o mandado de segurança, o *habeas corpus*, os direitos de representação e de petição e a ação popular, o constituinte criou novos mecanismos para salvaguarda desses direitos ao instituir o *habeas data* (para a obtenção de informações a respeito do interessado em sistema de registros ou banco de dados e para a retificação de

³⁰⁷ JOSÉ CRETTELLA JÚNIOR, CELSO RIBEIRO BASTOS e IVES GANDRA MARTINS, MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO e PINTO FERREIRA, ao comentarem a Constituição Federal de 1988 em suas obras, não trataram a matéria de forma aprofundada, trazendo pontuais considerações acerca dos direitos da personalidade expressamente previstos nos incisos do artigo 5.º.

³⁰⁸ CARLOS ALBERTO BITTAR FILHO, Os direitos da personalidade na Constituição de 1988, p. 83.

informações pessoais), o mandado de injunção (para a efetivação de relação jurídica decorrente de norma constitucional que careça de regulamentação) e o mandado de segurança coletivo (para proteção de grupos ou de categorias).³⁰⁹

4.5 Breves considerações sobre os direitos da personalidade no Código Civil

Mais recentemente, os direitos da personalidade foram objeto de capítulo específico inserido no Código Civil, em sua “Parte Geral” e no livro que trata “Das Pessoas”, o que abrange os artigos 11 a 21, bem como o artigo 52.

Embora essa previsão seja relevante por demonstrar o reconhecimento da importância dos direitos da personalidade, verifica-se que os dispositivos do Código Civil abordaram a matéria de forma superficial,³¹⁰ limitando-se a tratar de suas características gerais, da exigência de cessação de ameaça ou lesão a esses direitos, da possibilidade de se reclamarem perdas e danos e outras sanções, além de critérios de legitimação e da previsão acerca da possibilidade de disposição desses direitos em determinadas hipóteses. O artigo 52,³¹¹ por sua vez, trouxe importante previsão a respeito da aplicação da proteção aos direitos da personalidade, no que couber, às pessoas jurídicas.

O Código Civil de 2002, no entanto, já nasceu defasado, pois remonta a um projeto de codificação da década de 1970, oriundo do regime militar. Como demonstra ANDERSON SCHREIBER, não houve qualquer atualização ou debate junto à sociedade para que as inovações fossem incorporadas ao projeto aprovado em 2011:

³⁰⁹ CARLOS ALBERTO BITTAR, *Os direitos da personalidade*, p. 58.

³¹⁰ Na Exposição de Motivos do Anteprojeto do Código Civil, o próprio legislador reconheceu que a tutela dos direitos da personalidade está em constante desenvolvimento, demandando aprimoramentos: “Todo o capítulo novo foi dedicado aos Direitos da personalidade, visando à sua salvaguarda, sob múltiplos aspectos, desde a proteção dispensada ao nome e à imagem até o direito de dispor do próprio corpo para fins científicos ou altruísticos. Tratando-se de matéria de per se complexa e de significação ética essencial, foi preferido o enunciado de poucas normas dotadas de rigor e clareza, cujos objetivos permitirão os naturais desenvolvimentos da doutrina e da jurisprudência”.

³¹¹ “Art. 52. Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade.”

Seu surgimento não teve, contudo, qualquer relação com as transformações recentes por que passava o direito civil brasileiro. [...] A ausência de grandes inovações se explica, em parte, pela própria falta de atualidade do projeto original, elaborado mais de uma década antes da atual Constituição da República e, por isso, necessariamente indiferente às profundas transformações por ela provocadas no direito brasileiro.³¹²

Da análise dos dispositivos constantes do Código Civil depreendem-se alguns equívocos,³¹³ por exemplo, o de que os direitos da personalidade seriam irrenunciáveis e o seu exercício não admitiria limitação voluntária (artigo 11). Quanto a esse aspecto, já se referiu que os direitos fundamentais – no que incluem os direitos da personalidade – são renunciáveis, entendimento que melhor prestigia o direito à liberdade e à autodeterminação do seu titular, em consonância com o Estado Democrático de Direito. Hipóteses de limitação voluntária, por sua vez, são previstas pelo próprio Código Civil, ao admitir a possibilidade de disposição do próprio corpo para fins de transplante (artigo 13) e para depois da morte, com objetivo científico ou altruístico (artigo 14).

Ademais, o artigo 20 do Código Civil vem sendo alvo de críticas doutrinárias, sendo ora caracterizado como inconstitucional, ora objeto de interpretação conforme a Constituição, afastando-se, por inconstitucionalidade, a sua interpretação mais direta e evidente.³¹⁴

³¹² ANDERSON SCHREIBER, *Direitos da personalidade*, p. 10-11.

³¹³ Conforme refere ANDERSON SCHREIBER, “[...] o Código Civil incorreu em alguns equívocos sérios no tratamento dos direitos da personalidade. Há, como é natural, falhas pontuais e deslizes técnicos, que ocorrem na maior parte das leis, mas há também enganos maiores. Contaminado pelo espírito do seu tempo, o Código Civil acabou tratando os direitos da personalidade de modo excessivamente rígido e puramente estrutural. Muitos dos dispositivos dedicados ao tema trazem soluções absolutas, definitivas, fechadas, que, [...], não se ajustam bem à realidade contemporânea e à própria natureza dos direitos da personalidade” (*Direitos da personalidade*, p. 12).

³¹⁴ O tema vem sendo objeto de calorosos debates em razão da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.815, ajuizada em 2012 pela Associação Nacional dos Editores de Livros (ANEL), que, nos termos da petição inicial, visa “seja declarada a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, dos artigos 20 e 21 do Código Civil para que, mediante interpretação conforme a Constituição, seja afastada do ordenamento jurídico brasileiro a necessidade do consentimento da pessoa biografada e, *a fortiori*, das pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas) para a publicação ou veiculação de obras biográficas,

Esse dispositivo prevê que podem ser proibidas a divulgação de escritos, a transmissão da palavra ou a publicação, a exposição ou utilização da imagem de uma pessoa capazes de lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade. Ainda de acordo com o referido dispositivo, tais divulgações somente seriam admitidas em caráter excepcional, mediante autorização prévia, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública.

Em primeiro lugar, as duas últimas exceções são extremamente subjetivas, inexistindo um conceito unívoco do que é necessário à “administração da justiça” e/ou à “manutenção da ordem pública”. De difícil compreensão, pois, como esses critérios poderiam determinar a espécie de informação e/ou imagem passível de ser disponibilizada.

LUÍS ROBERTO BARROSO acentua que esses critérios podem resultar até mesmo em soluções incompatíveis com a Constituição Federal.³¹⁵ Nas palavras do autor, “os critérios empregados pelo Código Civil não encontram qualquer amparo constitucional e, na prática, acabam por corresponder à velha cláusula do interesse público, que já serviu a tantos regimes arbitrários”.³¹⁶ Ademais, “[...] não é sempre que a administração da justiça e a manutenção da ordem pública autorizam a veiculação da imagem alheia”,³¹⁷ e, por outro lado, o dispositivo não contempla outras hipóteses que podem justificar o uso desautorizado de direitos da personalidade.³¹⁸

Outrossim, esse dispositivo, ao menos em sua interpretação mais literal e evidente, esvazia o direito à informação, conferindo aos direitos da personalidade um

literárias ou audiovisuais”. Íntegra da petição inicial disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciaspublicas/anexo/paginador.pdf>>. Acesso em: 23 mar. 2014.

³¹⁵ LUÍS ROBERTO BARROSO, *Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação*, p. 95.

³¹⁶ *Idem*, *ibidem*, p. 95.

³¹⁷ ANDERSON SCHREIBER, *Direitos da personalidade*, p. 103.

³¹⁸ Nesse sentido, ANDERSON SCHREIBER pontua que “A liberdade de informação consiste na grande ausência do art. 20 do Código Civil. Alguns autores sustentam, por tal razão, a sua inconstitucionalidade. Não é preciso chegar a tanto, mas o intérprete e o magistrado têm, nos casos relativos ao uso indevido de imagem, o dever de suprir a omissão legislativa, verificando se a hipótese diz respeito ao exercício da liberdade de informação. Em caso positivo, deve-se proceder à ponderação entre os dois direitos fundamentais em conflito: a liberdade de informação e o direito à imagem” (*ibidem*, p. 105).

caráter praticamente absoluto.³¹⁹ Nesse sentido, é a crítica de LUIS GUSTAVO GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO:

O artigo 20 do novo Código Civil, que representa uma ponderação de interesses por parte do legislador, é desarrazoado, porque valora bens constitucionais de modo contrário aos valores subjacentes à Constituição. A opção do legislador, tomada de modo apriorístico e desconsiderando o bem constitucional da liberdade de informação, pode e deve ser afastada pela interpretação constitucional.³²⁰

Vislumbra-se, no artigo 20 do Código Civil, uma hipótese de restrição a direito fundamental (em especial ao direito à informação) representada por regra de *status* infraconstitucional.³²¹ Diante disso, cumpre submetê-la ao controle de constitucionalidade, por meio da regra da proporcionalidade e suas três sub-regras.

Nesse exercício, não é difícil concluir que as medidas previstas no artigo 20 do Código Civil são *adequadas e necessárias*. São *adequadas* porque sem dúvida fomentam a realização de direitos da personalidade nas hipóteses previstas; e são também *necessárias* porque não existem medidas alternativas tão eficientes quanto as previstas, mas menos restritivas que estas. No entanto, tal regra não passa no teste da proporcionalidade em sentido estrito, pois é evidente o desequilíbrio entre a realização dos direitos da personalidade e a demasiada restrição ao direito à informação, que

³¹⁹ Sobre esse aspecto, JÓNATAS E. M. MACHADO adverte que “[...] a protecção absoluta destes direitos poderia comprometer seriamente as finalidades substantivas subjacentes à intencionalidade histórica e teórica originária das liberdades da comunicação” (*Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*, p. 750).

³²⁰ LUIS GUSTAVO GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO, *Direito à informação x direito à privacidade. O conflito de direitos fundamentais*. Fórum: Debates sobre a Justiça e Cidadania. No mesmo sentido pontua GUSTAVO TEPEDINO, no parecer que instruiu a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.815, proposta pela ANEL: “A linguagem do preceito não é feliz. Destinado a abrigar contemporaneamente diversos interesses, acaba por suscitar controvérsia interpretativa, permitindo leitura equivocada que, em nome de atributos da personalidade – notadamente a imagem, a intimidade, a honra e a privacidade –, sacrifica o direito fundamental à liberdade de expressão, de pensamento e à informação”. Íntegra disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20120823-06.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2014.

³²¹ Conforme refere VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, “Esse tipo de restrição [...] ocorre sempre que o legislador, em determinada situação, se vê obrigado a fazer um sopesamento entre dois ou mais princípios, cujo resultado, então, é expresso pela regra infraconstitucional. Essa é a tarefa central da legislação ordinária” (*Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 178-179).

resulta, em verdade, em um “esvaziamento”³²² do direito à informação.³²³ Disso se extrai a sua inconstitucionalidade, ao menos no que se refere à sua interpretação mais evidente.

LUÍS ROBERTO BARROSO reconhece que “as leituras mais evidentes do art. 20 do novo Código o levam a um confronto direto com a Constituição”.³²⁴ O autor defende, no entanto, a possibilidade de sua interpretação conforme a Constituição,³²⁵ o que importa em atribuir-lhe uma interpretação constitucionalmente adequada, excluindo-se aquelas que possam ser consideradas inconstitucionais, como é o caso da interpretação mais evidente suprarreferida:

A interpretação que se entende possível extrair do art. 20 referido – já no limite de suas potencialidades semânticas, é bem de ver – pode ser descrita nos seguintes termos: o dispositivo veio tornar possível o mecanismo da proibição prévia de divulgações (até então sem qualquer previsão normativa explícita) que constitui, no entanto, providência inteiramente excepcional. Seu emprego só será admitido quando seja possível afastar, por motivo grave e insuperável, a presunção constitucional de interesse público que sempre acompanha a liberdade de informação e de expressão, especialmente quando atribuída aos meios de comunicação.

Ou seja, ao contrário do que poderia parecer em uma primeira leitura, a divulgação de informações verdadeiras e obtidas lícitamente sempre se presume necessária ao bom funcionamento da ordem pública e apenas em casos excepcionais, que caberá ao intérprete definir diante de fatos reais inquestionáveis, é que se poderá proibi-la. Essa parece ser a única forma de fazer o art. 20 do Código Civil conviver com o

³²² LUÍS ROBERTO BARROSO, *Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação*, p. 96.

³²³ Cf., nesse sentido, ROBERTO B. DIAS DA SILVA, *Liberdade de expressão: biografias não autorizadas*, p. 218-219. Disponível em: <<http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/10artigo41.pdf>>. Acesso em: 23 mar. 2014.

³²⁴ LUÍS ROBERTO BARROSO, *Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação*, p. 96.

³²⁵ Conforme refere ROBERTO B. DIAS DA SILVA, a interpretação conforme a Constituição não pode ser compreendida como mero “método de conservação das normas”, mas sim como um método hermenêutico que revela uma exegese compatível com a Constituição. Dentre os pressupostos para se realizar tal interpretação, o autor indica a “existência de normas polissêmicas ou plurissignificativas”, ou seja, normas que admitam mais de uma interpretação possível, o que, em determinadas hipóteses, permitirá que se extraia uma exegese compatível com a Constituição. Destaca, também, que o método não pode servir de base para alterar o texto da norma ou para se realizar interpretação *contra legem*. Diante disso, não sendo possível extrair uma interpretação compatível com a Constituição, a norma deve ser declarada inconstitucional (*Manual de direito constitucional*, p. 64-71).

sistema constitucional; caso não se entenda o dispositivo dessa forma, não poderá ele subsistir validamente.³²⁶

Conclui-se que a interpretação mais direta do artigo 20 do Código Civil evidencia a sua inconstitucionalidade, pois, no teste da proporcionalidade, tal regra não resiste ao sopesamento. E isso porque, embora adequadas e necessárias, as medidas restritivas previstas na regra, a despeito de proporcionarem a realização de direitos da personalidade, esvaziam o direito à informação, denotando um claro desequilíbrio no sopesamento realizado pelo legislador.

Parece adequada, no entanto, a solução proposta por LUÍS ROBERTO BARROSO de utilizar a técnica da interpretação conforme a Constituição, a fim de excluir a possibilidade dessa leitura inconstitucional e, ao mesmo tempo, propor uma interpretação constitucionalmente adequada. Nessa linha, a restrição à publicação e divulgação deve ser reservada a hipóteses em que seja possível, diante das circunstâncias do caso, descartar o interesse público³²⁷ envolvido na divulgação.

4.6 Direitos da personalidade em espécie

Os direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem são tutelados conjuntamente pelo artigo 5.º, inciso X, da Constituição Federal, que assegura, para a hipótese de sua violação, o direito à indenização por dano material ou moral. Embora tutelados pelo mesmo inciso, esses direitos da personalidade não se confundem e revestem-se de caracteres e regimes jurídicos diversos, sendo necessário delimitar o seu sentido e alcance.

³²⁶ LUÍS ROBERTO BARROSO, *Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação*, p. 96.

³²⁷ No presente estudo, adota-se o conceito de interesse público proposto por LUIS GUSTAVO GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO: “Há que se considerar interesse público como a soma daqueles interesses superiores de uma dada sociedade na consecução dos objetivos comuns por ela tracejados em sua Constituição, no seu sistema legal e na sua cultura, no funcionamento normal e correto dos órgãos públicos a que, cometeu o exercício de funções para o alcance daquele fim e no regular exercício dos direitos consagrados aos cidadãos”. (*Direito de informação e liberdade de expressão*, p. 92).

Como ficará claro a seguir, é importante ressaltar que a autonomia existente entre esses direitos não impede que um único ato acabe por afetar uma pluralidade desses direitos,³²⁸ o que ocorre com frequência, inclusive no âmbito da Internet.

4.6.1 Os direitos à vida privada e à intimidade

De forma geral, a intimidade e a vida privada têm por objeto, ainda que em amplitudes diversas, a proteção da individualidade de cada um e ao resguardo do direito de estar só. Relacionam-se com o âmbito particular da vida de cada indivíduo.

A concepção jurídica desses direitos teve início, no direito norte-americano, com a publicação do artigo “The right to privacy”, de autoria de SAMUEL D. WARREN e LOUIS D. BRANDEIS, em 1890.³²⁹ Importante também a obra do juiz norte-americano THOMAS COOLEY, que, em 1873, partiu da premissa de que a privacidade constitui o “right to be alone”, no sentido de que toda pessoa tem o direito estar só e de tomar sozinha as decisões relativas à esfera de sua vida privada.³³⁰

JOSÉ AFONSO DA SILVA demonstra que o fato de a Constituição Federal ter tutelado a intimidade e a vida privada evidencia que esses direitos foram tratados autonomamente. Diante desse tratamento constitucional, o autor propõe que a intimidade e a vida privada sejam consideradas espécies do gênero “direito à privacidade”, sendo este designado para abranger “[...] todas essas manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade [...]”.³³¹

Citando J. MATOS PEREIRA, o mesmo autor prossegue, definindo o direito à privacidade como “o conjunto de informação acerca do indivíduo que ele pode decidir

³²⁸ RENÉ ARIEL DOTTI, *Proteção da vida privada e liberdade de informação: possibilidades e limites*, p. 67; TATIANA STROPPA, *As dimensões constitucionais do direito de informação e o exercício da liberdade de informação jornalística*, p. 186 e ss.

³²⁹ SAMUEL D. WARREN e LOUIS D. BRANDEIS, *Harvard Law Review*, v. 4, n. 193, 15 dez. 1890. Sobre a amplitude do conceito de privacidade proposto por esses autores, cf. MARCEL LEONARDI, *Tutela e privacidade na Internet*, p. 52-55.

³³⁰ THOMAS MCINTYRE COOLEY. *The Elements of Torts*. Gale: Yale Law School Library, 2010.

³³¹ JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 209.

manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito”.³³² Com base nessa definição, propõe que a privacidade contempla, entre outros aspectos, todos os hábitos e modo de vida, relações familiares e afetivas, segredos e planos futuros do indivíduo.

Referindo-se ao sentido e alcance do direito à privacidade, LUÍS ROBERTO BARROSO esclarece:

Dele decorre o reconhecimento da existência, na vida das pessoas, de espaços que devem ser preservados da curiosidade alheia, por envolverem o modo de ser de cada um, as suas particularidades. Aí estão incluídos os fatos ordinários, ocorridos geralmente no âmbito do domicílio ou em locais reservados, como hábitos, atitudes, comentários, escolhas pessoais, vida familiar, relações afetivas. Como regra geral, não haverá interesse público em ter acesso a esse tipo de informação.³³³

O mesmo autor lembra, porém, que o âmbito e a intensidade da proteção do direito à privacidade variam conforme o grau de exposição pública da pessoa, fator que apresenta especial relevância para a solução de conflitos concretos relacionados à privacidade. Como é intuitivo, existem pessoas que, por força de sua profissão (artistas, atletas, políticos) ou do envolvimento em algum acontecimento eventual (acidente, crime, entre outros), despertam maior atenção do público e, por essa razão, estão sujeitas a um âmbito mais restrito de proteção à sua privacidade. Como salientado por LUÍS ROBERTO BARROSO, “Isso decorre, naturalmente, da necessidade de autoexposição, de promoção pessoal ou do interesse público na transparência de determinadas condutas”.³³⁴

Como já exposto, o direito à privacidade é composto pelo direito à intimidade e pelo direito à vida privada, os quais foram tratados autonomamente no artigo 5.º, inciso X, da Constituição Federal. Por essa razão, faz-se necessário precisar o conteúdo e alcance desses direitos.

³³² JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 209.

³³³ LUÍS ROBERTO BARROSO, *Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação*, p. 76.

³³⁴ *Idem*, *ibidem*, p. 76.

Conforme aponta RENÉ ARIEL DOTTI, o reconhecimento da vida privada como um direito da personalidade autônomo é relativamente recente e tem origem na doutrina francesa, que concebeu o direito à intimidade com um âmbito mais restrito que a vida privada.³³⁵ Dessa forma, enquanto é comum a utilização, pela doutrina inglesa, norte-americana e italiana, do termo “intimidade” em sentido *lato* – com a finalidade de designar a vida privada –, a doutrina francesa procurou diferenciar os conceitos de intimidade e vida privada, conferindo à primeira um âmbito mais restrito.³³⁶

O mesmo autor também reconhece ser correta a distinção proposta pela doutrina francesa, acentuando que os conceitos de intimidade e vida privada não são coincidentes. Tratando genericamente do conceito de vida privada, o autor ensina que “[...] abrange todos os aspectos que por qualquer razão não gostaríamos de ver cair no domínio público; é tudo aquilo que não deve ser objeto do direito à informação nem da curiosidade da sociedade moderna [...]”.³³⁷

Quanto à sua abrangência propriamente dita, o autor apenas acentua que a vida privada tem conteúdo amplo e variável, sendo importante o papel da jurisprudência na fixação dos seus contornos no caso concreto.

Para delimitar o âmbito de proteção da vida privada, JOSÉ AFONSO DA SILVA propõe a distinção entre os conceitos de “vida exterior” (que compreende a vida pública do indivíduo, na qual se estabelecem suas relações com o meio social em geral) e “vida interior” (que abrange a vida particular do indivíduo, incluindo suas relações com a família e amigos). A chamada “vida interior” corresponde, no entendimento do autor, ao conceito de vida privada assegurado pela Constituição Federal.³³⁸

A intimidade, por outro lado, tem abrangência mais restrita, pois é relacionada aos segredos e particularidades de foro íntimo do indivíduo, abrangendo, no entendimento de JOSÉ AFONSO DA SILVA, “[...] a inviolabilidade do domicílio, o sigilo

³³⁵ RENÉ ARIEL DOTTI, *Proteção da vida privada e liberdade de informação: possibilidades e limites*, p. 67.

³³⁶ *Idem*, *ibidem*, p. 67.

³³⁷ *Idem*, p. 71.

³³⁸ JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 211.

de correspondência, o segredo profissional”.³³⁹ Trata-se, em verdade, de uma zona mais restrita e reservada da personalidade, na qual se situam os sentimentos e as relações mais íntimas do indivíduo.³⁴⁰

Nesse sentido, interessante a definição de RENÉ ARIEL DOTTI:

A intimidade é um sentimento que brota do mais profundo do ser humano, um sentimento essencialmente espiritual que Urabayan designou como “o coração do coração de cada pessoa”; aquilo a que, sem dúvida, se referia Marco Aurélio quando afirmava: “não existe retiro mais tranquilo nem menos turbado que aquele onde o homem encontra sua própria alma”.³⁴¹

Em termos mais precisos, TERCIO SAMPAIO FERRAZ conceitua a intimidade como “[...] o âmbito do exclusivo que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo ao alcance de sua vida privada que, por mais isolada que seja, é sempre um viver entre outros (na família, no trabalho, no lazer em comum)”.³⁴²

Ainda sobre a intimidade, PAULO JOSÉ DA COSTA JR. refere que “A intimidade concerne ao aspecto da individualidade. Corresponde tão somente àquela aspiração do indivíduo de conservar a sua tranquilidade de espírito, aquela sua paz interior (*la vie privée doit être murée*), que uma publicidade ou uma intromissão alheia viriam perturbar”.³⁴³

Diante das concepções analisadas, verifica-se que a intimidade possui conotação mais restrita, por integrar os segredos do indivíduo, seus sentimentos, desejos, relacionamentos afetivos e demais caracteres íntimos diretamente relacionados

³³⁹ JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 210.

³⁴⁰ Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu que o direito à intimidade é a “expressiva prerrogativa de ordem jurídica que consiste em reconhecer, em favor da pessoa, a existência de um espaço indevassável destinado a protegê-la contra indevidas interferências de terceiros na esfera de sua vida privada” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2.^a Turma, Mandado de Segurança n. 23.669/DF, Rel. Min. Celso de Mello, decisão de 12.04.2000).

³⁴¹ RENÉ ARIEL DOTTI, *Proteção da vida privada e liberdade de informação: possibilidades e limites*, p. 69-70.

³⁴² TERCIO SAMPAIO FERRAZ, *Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado*, p. 79.

³⁴³ PAULO JOSÉ DA COSTA JR., *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*, p. 32.

a si mesmo, sem considerar as relações com os demais. A vida privada, por sua vez, é mais ampla, contemplando as relações entre o indivíduo e o meio privado no qual está inserido (familiares, amigos etc.).³⁴⁴ Por força dessa distinção, é natural que a esfera da vida privada comporte maior restrição em determinadas hipóteses concretas.

4.6.2 O direito à honra

A honra, por seu turno, compreende “o conjunto de qualidades que caracterizam a dignidade da pessoa, o respeito dos concidadãos, o bom nome, a reputação”,³⁴⁵ assegurando-se ao seu titular o direito de zelar pela preservação dessas qualidades. Na mesma linha, para RENÉ ARIEL DOTTI, a honra é caracterizada por “toda manifestação de consideração e de estima tributada a um homem por outros homens”.³⁴⁶

Trata-se de um atributo pessoal, composto conjuntamente pela autoestima e pela reputação de que desfruta o seu titular no meio no qual está inserido.³⁴⁷ Diante dessa dupla conotação, a honra é classificada em subjetiva (quando se refere ao sentimento do próprio titular do direito em relação a si mesmo) e objetiva (quando diz respeito à reputação do titular no meio social e à sua boa fama).

Sobre a distinção entre o direito à honra e os direitos à vida privada e à intimidade, RENÉ ARIEL DOTTI pondera:

Realmente, os tipos delituosos concernentes à honra e à reputação das pessoas não exigem nem supõem que a respectiva violação ocorra mediante indiscrições ou intromissões na vida privada, donde se depreende que os delitos contra a *riservatezza* não se sobrepõem aos delitos contra a honra, nem constituem um gênero abrangente destes. Por outro lado, a invasão da intimidade não exige na sua essência que o sujeito ativo expresse ou manifeste um juízo desfavorável ao

³⁴⁴ Essas duas esferas de proteção da privacidade são também asseguradas às chamadas “pessoas públicas”, ainda que em menor extensão.

³⁴⁵ JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 212.

³⁴⁶ RENÉ ARIEL DOTTI, *Proteção da vida privada e liberdade de informação: possibilidades e limites*, p. 85.

³⁴⁷ LUÍS ROBERTO BARROSO, *Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação*, p. 77.

conceito do ofendido, bastando tão somente que tome conhecimento indevido de algo que toca à sua esfera de isolamento.

[...]

[...] enquanto o ataque à honra ofende o conceito “social” que o sujeito passivo pretende gozar, na agressão à intimidade não existe a finalidade danosa dirigida contra o conceito, mas, sim, contra o “ambiente” de privacidade que envolve a vítima.

Honra e intimidade, portanto, são bens juridicamente diversos em face da distinção dos valores que lhes são inerentes.³⁴⁸

Ainda sobre essa distinção, o autor pontua que a honra constitui bem integrante do meio social, ao passo que a vida privada e a intimidade correspondem justamente ao oposto, ou seja, a sentimentos de afastamento e refúgio.³⁴⁹

De modo geral, o direito à honra não prevalece como forma de impedir a veiculação de fatos verdadeiros relacionados ao indivíduo e dotados de interesse público, por exemplo, uma condenação criminal que tenha sofrido.³⁵⁰ A exceção do “segredo da desonra” é limitada às circunstâncias em que o fato divulgado não apresenta conotação ou relevância social, estando relacionado unicamente à vida privada do indivíduo.³⁵¹ A solução para esses conflitos, no entanto, sempre dependerá da análise das condições concretas.

³⁴⁸ RENÉ ARIEL DOTTI, *Proteção da vida privada e liberdade de informação: possibilidades e limites*, p. 85.

³⁴⁹ Idem, *ibidem*, p. 86.

³⁵⁰ Nesse contexto, LUÍS ROBERTO BARROSO aponta algumas situações e critérios que evidenciam o interesse público na divulgação de fatos criminosos envolvendo o indivíduo, nas quais o direito à honra não deve prevalecer: (i) hipóteses em que os fatos criminosos são verdadeiros e a informação a seu respeito foi obtida lícitamente; (ii) por repercutirem sobre toda a sociedade, fatos criminosos não podem ser considerados como relacionados exclusivamente à esfera íntima ou privada do indivíduo; e (iii) há interesse público envolvido em fatos criminosos, consistente na divulgação de que a lei penal está sendo aplicada, o que representa desestímulo a novos fatos criminosos. (LUÍS ROBERTO BARROSO, *Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação*, p. 78).

³⁵¹ Idem, *ibidem*, p. 77.

4.6.3 O direito à imagem

Na concepção de JOSÉ AFONSO DA SILVA, a imagem diz respeito à tutela dos aspectos físicos do indivíduo, na forma em que visualmente perceptíveis.³⁵² Trata-se, porém, de um conceito muito restrito, que contempla apenas uma das dimensões do direito à imagem.

O direito à imagem, na forma em que tutelado na Constituição Federal, apresenta dupla dimensão. De um lado, contempla o conceito corriqueiro de exteriorização do aspecto visual da pessoa e das características de sua personalidade³⁵³ pela pintura, escultura, caricatura, fotografia etc., e, de outro lado, abrange as características morais do indivíduo, que permitem formar a sua imagem enquanto inserido em um meio social.

Delimitando a proteção constitucional do direito à imagem, LUIZ ALBERTO DAVID ARAUJO ensina que a Constituição Federal contemplou essas duas dimensões, denominadas respectivamente de imagem-retrato e imagem-atributo. A primeira compreende a representação da pessoa e de traços característicos físicos de sua personalidade por quaisquer meios (gráficos, fotográficos, entre outros), ao passo que a segunda é relacionada às características pelas quais o indivíduo é reconhecido no meio social. Nas palavras do autor:

Dessa maneira, podemos afirmar que existem duas imagens no texto constitucional: a primeira, a imagem-retrato, decorrente da expressão física do indivíduo; a segunda, a imagem-atributo, como o conjunto de características apresentadas socialmente por determinado indivíduo.³⁵⁴

³⁵² JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 212.

³⁵³ Conforme refere MÔNICA NEVES AGUIAR DA SILVA CASTRO, o direito à imagem compreende “[...] não apenas o semblante do indivíduo, mas partes distintas do seu corpo, da sua própria voz, enfim, quaisquer sinais pessoais de natureza física pelos quais possa ser ela reconhecida” (*Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos*, p. 17).

³⁵⁴ LUIZ ALBERTO DAVID ARAUJO, *A proteção constitucional da própria imagem*, p. 27-28.

Não se pode ignorar, porém, que o direito à imagem apresenta conexão com outros direitos da personalidade, pois, em certa medida, uma única conduta poderá, no caso concreto, além de configurar violação ao direito de imagem, ofender a reputação e o direito do indivíduo de estar só. Esse fato não afeta, porém, a autonomia do direito à imagem, sendo importante ressaltar que a própria Constituição Federal reconheceu essa autonomia ao tutelar o direito à imagem ao lado da honra, da intimidade e da vida privada.

A imagem, em qualquer de suas dimensões, não se confunde com a honra. Trata-se de esferas distintas da personalidade, que devem ser tuteladas de forma independente. Essa conclusão é facilmente perceptível quando concerne à imagem-retrato, pois o mero uso indevido de uma imagem de um indivíduo não necessariamente será ofensivo à sua honra, podendo ocorrer sem qualquer desqualificação de sua reputação ou até mesmo de forma elogiosa.

Da mesma maneira, a imagem-atributo deve ser reconhecida como bem autônomo, pois “o conjunto de características sociais que envolvem o indivíduo, determinadores de seu conceito social não se confunde com a honra”.³⁵⁵ Extraem-se da obra de LUIZ ALBERTO DAVID ARAUJO os exemplos do cirurgião reconhecido pelo sucesso de suas intervenções e do advogado conhecido por atuar em determinada área do Direito, os quais denotam que a imagem-atributo diz respeito à imagem profissional construída pelo indivíduo, constituindo, pois, um bem diverso da honra e que merece tutela autônoma, tal como lhe conferiu a Constituição Federal.

Ainda sobre a autonomia do direito à imagem, LUIZ ALBERTO DAVID ARAUJO arremata que “A proteção do bem imagem, enquanto conjunto de características sociais do indivíduo, não pode ser confundida com qualquer outro, sob pena de diminuirmos a intenção do constituinte brasileiro, pioneiro da proteção expressa de tal bem”.³⁵⁶

³⁵⁵ LUIZ ALBERTO DAVID ARAUJO, *A proteção constitucional da própria imagem*, p. 31.

³⁵⁶ Idem, *ibidem*, p. 38.

Não há dúvida, pois, acerca da autonomia do direito à imagem, em quaisquer de suas dimensões (imagem-retrato ou imagem-atributo), sendo ambas inconfundíveis com o direito à honra.

4.7 A dimensão social dos direitos da personalidade

Conforme ficou assentado neste Capítulo, os direitos da personalidade são tradicionalmente abordados com especial ênfase em sua dimensão individual e privatística. De acordo com essa concepção, o indivíduo é considerado em sua individualidade, em oposição ao meio social. Os interesses conflitantes com os direitos da personalidade, por outro lado, geralmente possuem relevante cunho social, o que faz com que a personalidade seja encarada como mero capricho.

Há que reconhecer, no entanto, que também os direitos da personalidade possuem uma dimensão social, no sentido de que “a individualidade da pessoa deve ser incorporada ao conceito de bem comum, e não entendida como seu contraponto”.³⁵⁷ Desse modo, “a vida em comunidade, com as suas inerentes interações entre pessoas, impede que se atribua valor radical à privacidade”.³⁵⁸

Como adverte MARCEL LEONARDI, referindo-se especificamente à privacidade, “[...] não se deve entender a tutela da privacidade como a proteção exclusiva de um indivíduo, mas sim como uma proteção necessária para a manutenção da estrutura social. A privacidade não é valiosa apenas para a vida privada de cada indivíduo, mas também para a vida pública e comunitária”.³⁵⁹

Esse entendimento, consentâneo com a contemporaneidade, acentua ainda mais que os direitos da personalidade e o direito da informação e os direitos que lhe são

³⁵⁷ MARCEL LEONARDI, *Tutela e privacidade na Internet*, p. 121.

³⁵⁸ GILMAR FERREIRA MENDES E PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, *Curso de direito constitucional*, p. 283.

³⁵⁹ MARCEL LEONARDI, *Tutela e privacidade na Internet*, p. 122. O autor conclui que “a definição do valor da privacidade não pode ignorar sua dimensão coletiva. A privacidade não deve, portanto, ser vista como um desejo, um capricho ou uma necessidade individual, mas sim como uma dimensão profunda da estrutura social” (*Tutela e privacidade na Internet*, p. 122).

conexos apresentam o mesmo peso abstrato, pois todos eles têm relevância social. Daí porque as colisões devem ser solucionadas mediante a análise das condições do caso concreto.

5 OS MECANISMOS DE BUSCA NA WEB

5.1 Conceito e denominação

O verdadeiro diferencial da Web é que ela proporciona o acesso irrestrito e permanente à informação. Dito de outro modo, “qualquer informação, independentemente de sua origem ou de seu formato original, pode ser disponibilizada de modo permanente, possibilitando acesso assíncrono e duplicação infinita, sem necessidade de autorização prévia para qualquer desses atos”.³⁶⁰

Diante desse potencial ilimitado, “assiste-se à emergência de novos serviços individualizados, interactivos e *online*, assentes na recombinação de sistemas e tecnologias, indo ao encontro de necessidades tecnoculturais e tecnoeconómicas dos indivíduos e dos agentes económicos”.³⁶¹ Dentre esses serviços, destacam-se os mecanismos de busca.

Os mecanismos de busca têm recebido diversas denominações, por exemplo, “buscadores”, “ferramentas de busca”, “serviços de busca”, “motores de busca”, dentre outras.³⁶² Todas elas expressam o seu propósito, qual seja permitir a localização de *websites* com determinado conteúdo desejado pelo usuário.

Em geral, trata-se de um sistema pelo qual o usuário digita, em um campo específico, palavras-chave relacionadas ao assunto que visa pesquisar. Após esse comando do usuário por meio da indicação de palavras-chave, é iniciado um processo de busca automatizado em um banco de dados (índice) composto por *websites* e conteúdos da Web.

³⁶⁰ MARCEL LEONARDI, *Tutela e privacidade na Internet*, p. 337.

³⁶¹ JÓNATAS E. M. MACHADO, *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*, p. 338.

³⁶² SILVANA DRUMOND MONTEIRO, *As múltiplas sintaxes dos mecanismos de busca no ciberespaço*, p. 72.

Como resultado, o mecanismo de busca apresentará ao usuário uma sequência de *links* de acesso a *websites* que contenham as palavras-chave fornecidas ou para os quais estas apresentem relevância, cada qual seguido por um breve trecho do conteúdo. Assim, desejando consultar o conteúdo do resultado da sua pesquisa, o usuário poderá clicar sobre cada *link* e acessar o respectivo *website*, interrompendo, então, a navegação no mecanismo de busca.

Disso se extrai que os mecanismos de busca não hospedam conteúdos, mas apenas direcionam os usuários para *websites* de terceiros que estão publicamente disponíveis na Web. Esse aspecto é relevante porque o acesso a esses *websites* independe da sua indicação nos resultados de pesquisa com mecanismos de busca, podendo ser realizado diretamente, caso o usuário possua o seu endereço completo, denominado URL (*Uniform Resource Locator*).³⁶³

Para MARCEL LEONARDI, os mecanismos de busca podem ser conceituados como “um conjunto de programas de computador que executa diversas tarefas com o objetivo de possibilitar a localização de arquivos e *websites* que contenham ou guardem relação com a informação solicitada pelo usuário”.³⁶⁴ O autor ainda acrescenta o relevante papel desempenhado por esses mecanismos:

Em razão da vastíssima quantidade de informações disponibilizadas por meio da Internet, os mecanismos de busca tornaram-se o principal intermediário existente entre o usuário da Internet e a obtenção de informações por meio da Rede.³⁶⁵

JOHN BATTELLE, em obra específica sobre o tema, esclarece que, “Em essência, um mecanismo de busca conecta palavras inseridas (consultas) a um banco de

³⁶³ URL – Uniform Resource Locator é um formato universal que identifica um recurso disponível em uma rede, por exemplo, um *website*. A URL permite a identificação exata do local onde se encontra disponibilizado determinado conteúdo na Web. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/URL>>. Acesso em: 15 fev. 2014.

³⁶⁴ MARCEL LEONARDI, *Responsabilidade civil dos provedores de Internet*, p. 12.

³⁶⁵ Idem, *Tutela e privacidade na Internet*, p. 288.

dados criado com *websites* (um índice). Em seguida, ele produz uma lista de URLs (e resumos de conteúdo) que acredita que são os mais relevantes para a consulta”.³⁶⁶

Embora poucos deles representem os mais utilizados pelo público em geral,³⁶⁷ existem centenas de mecanismos de busca disponíveis na Web. Apesar de o seu desenvolvimento ser fundado em princípios gerais similares, os diversos mecanismos de busca existentes atuam de forma distinta e variam consideravelmente, em especial quanto aos critérios para determinação da relevância dos resultados indicados para as pesquisas.³⁶⁸

5.2 Os mecanismos de busca como meios de acesso à informação

O advento e a popularização da Web implicaram uma alteração de paradigmas, em especial em relação ao direito à informação, constatando-se uma grande ampliação das fontes de informação. Também os mecanismos de busca na Web contribuíram para essa nova realidade, o que pode ser constatado diante do alto grau de dependência dos usuários em relação a esses mecanismos. É o que pontua MARCEL LEONARDI:

Com a explosão do volume de informações disponíveis por meio da Internet, essas ferramentas se tornaram a primeira interface do usuário com a Rede, fazendo com que a “informação sobre informação” tenha um valor tão grande quanto o valor da informação em si. Dito de outra forma, tornou-se mais importante ter acesso a ferramentas que possibilitem encontrar aquilo que se deseja, de modo fácil e instantâneo, do que ter acesso a um vasto repositório de informações, sem dispor de um meio eficiente de organizá-las e de consultá-las.³⁶⁹

³⁶⁶ JOHN BATTELLE, *The search: how Google and its rivals rewrote the rules of business and transformed our culture*, p. 19 – tradução livre.

³⁶⁷ Pesquisas têm demonstrado que dois em cada três usuários da Web em nível mundial utilizam o mecanismo de busca oferecido pelo Google. Nesse sentido: MICHAEL L. RUSTAD, *Internet Law in a nutshell*, p. 23. No mesmo sentido, porém referindo-se apenas às buscas realizadas em território norte-americano: MARTIN VLACHYNSKY, *Principles and History of the Web search engines*, p. 4. Dados mais recentes, disponibilizados em junho de 2013, demonstram que o Google domina 88,8% das buscas em âmbito mundial, seguido pelo Bing, com 4,2%. Disponível em: <<http://www.karmasnack.com/about/search-engine-market-share/>>. Acesso em: 5 jun. 2013.

³⁶⁸ BEATRIZ VALADARES CENDÓN, *Ferramentas de busca na Web*, p. 39.

³⁶⁹ MARCEL LEONARDI, *Tutela e privacidade na Internet*, p. 356-357.

Nesse contexto, e embora apresentem peculiaridades que os distingam de um veículo convencional de informação, os mecanismos de busca na Web, ao permitirem a localização de conteúdos publicamente disponíveis na Internet, devem ser tratados como meios de acesso à informação. Essa especial condição dos mecanismos de busca na Web já foi reconhecida no âmbito de ação judicial que objetivava a imposição de restrições nos resultados de pesquisas:

As ferramentas de busca disponibilizadas pelas rés caracterizam-se como meio de acesso à informação, consagrado no artigo 5.º, XIV, da Constituição, na esteira do artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Consistem em uma das faculdades do direito de informação. [...]

Portanto, a atividade das rés consiste justamente em exercer o direito constitucional de difundir informação para que a sociedade usufrua da faculdade de recebê-la, de modo a perseguir uma certa igualdade de conhecimento de informações por parte de seus membros, para que possam tomar as decisões necessárias ao seu desenvolvimento pessoal e ao desenvolvimento da sociedade que integram. Esses são os valores fundamentais que estão por detrás do direito constitucional de informação.

Vedar tal direito não se afigura cumprir a Constituição.

As informações devem estar dispostas ao público.

É por isso que o artigo 70 da antiga Lei n.º 5.250 – Lei de Imprensa impunha a remessa de um exemplar de cada jornal para a Biblioteca Nacional, com o intuito não só de perpetuar a informação, mas de torná-la acessível a quem tenha interesse em recebê-la. E não se tem conhecimento de qualquer ação judicial pretendendo impedir a remessa do exemplar à Biblioteca Nacional.

Pois bem, mudaram os tempos, mas o princípio de livre acesso à informação permanece o mesmo, até ampliado: a remessa à Biblioteca Nacional hoje é superada pela disposição da informação em bancos de dados eletrônicos, de mais fácil acesso e circulação.

É evidente que o cidadão tem o direito de proteger sua intimidade ou de retificar a informação difundida sobre sua pessoa, mas não é impedindo a circulação de informações que obterá sucesso. O ordenamento jurídico prevê o direito de resposta ou de retificação para o esclarecimento de fatos e também a indenização quando houver ofensa aos direitos da personalidade.³⁷⁰

Em outra ação judicial também foi reconhecida a importância de se evitarem interferências no resultado de pesquisas com mecanismos de busca, uma vez que as informações disponíveis na Internet devem ser amplamente acessíveis ao público:

³⁷⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Processo 0192564-52.2010.8.19.0001, 27.ª Vara Cível do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 11.04.2012.

[...] A internet é uma fonte que dá publicidade a fatos reais e existe um interesse público relevante de manter a sua transparência para que não ocorram enganos ou manipulações, rendendo-se, assim, homenagem ao direito de quarta geração previsto no *caput* do art. 220 da Constituição Federal. Os dados da internet não são, propriamente, individuais, mas, sim, de cunho coletivo, porque afetam a sociedade como um todo e que confia na produção esmerada da comunicação expandida pela rede de computadores. Os provedores de busca são obrigados a manter dados confiáveis que permitam a quem acessar completa informação, o que, em princípio, veda a exclusão de avisos capturados diante de acontecimentos reais inseridos na internet.³⁷¹

Por outro lado, os mecanismos de busca na Web, na qualidade de meios de acesso à informação disponível *online*, também são suscetíveis de facilitar a realização de pesquisas e a localização de conteúdos específicos sobre uma determinada pessoa. Esse foi um dos aspectos ressaltados em recente decisão proferida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia:

[...] um tratamento de dados pessoais como o que está em causa no processo principal, realizado pelo operador de um motor de busca, é suscetível de afetar significativamente os direitos fundamentais ao respeito pela vida privada e à proteção de dados pessoais, quando a pesquisa através desse motor seja efetuada a partir do nome de uma pessoa singular, uma vez que o referido tratamento permite a qualquer internauta obter, com a lista de resultados, uma visão global estruturada das informações sobre essa pessoa, que se podem encontrar na Internet, respeitantes, potencialmente, a numerosos aspectos da sua vida privada e que, sem o referido motor de busca, não poderiam ou só muito dificilmente poderiam ter sido relacionadas e, deste modo, estabelecer um perfil mais ou menos detalhado da pessoa em causa. Além disso, o efeito de ingerência nos referidos direitos da pessoa em causa é multiplicado devido ao importante papel desempenhado pela Internet e pelos motores de busca na sociedade moderna, que conferem caráter de ubiquidade às informações contidas numa lista de resultados deste tipo.³⁷²

Assim, embora não se trate de um meio convencional, há que reconhecer que também os mecanismos de busca na Web devem ser considerados meios de acesso à informação e possuem relevância especial ao facilitarem a realização de pesquisas.

³⁷¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação 0163386-23.2011.8.26.0100, 4.^a Câmara de Direito Privado, São Paulo, 13.12.2012.

³⁷² Acórdão do Tribunal de Justiça no processo C-131/12. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/tj-ue-google-direito-esquecimento.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2014.

5.3 Histórico do desenvolvimento dos mecanismos de busca

O advento da Web ocorreu entre os anos de 1989 e 1991, oriundo da CERN (European Organization for Nuclear Research). O primeiro *website* criado pela CERN foi o “http://info.cern.ch”, o qual permanece acessível nos dias atuais. À época de sua criação, esse mecanismo atuou também como espécie de navegador, permitindo a localização de novos *websites* à medida que eram criados.

Nesse momento inicial, a Web contava com algumas centenas de páginas apenas, as quais, em sua grande maioria, eram mantidas por instituições científicas e universidades.³⁷³ A localização de *websites* e conteúdos era uma tarefa que não envolvia grande complexidade, dado o reduzido número de páginas disponível e a especialidade do público que utilizava a Web, constituído essencialmente por acadêmicos e indivíduos ligados à área de tecnologia. Entretanto, o uso da Web rapidamente disseminou-se e, à medida que novas páginas eram criadas, tornou-se dificultosa a localização de novos *websites* e conteúdos, o que demandou o desenvolvimento dos mecanismos de busca.³⁷⁴

Dessa forma, “os motores de busca começaram a surgir quando o número de recursos na Web adquiriu proporções tais que impediam a sua coleta por meios manuais e a busca apenas através da navegação”.³⁷⁵ O primeiro mecanismo de busca a operar por meio de robôs³⁷⁶ na Web foi o “Wanderer”, criado com o objetivo de mapear a

³⁷³ MARTIN VLACHYNSKY, *Principles and History of the Web search engines*, p. 1.

³⁷⁴ JOHN BATTELLE esclarece esse contexto afirmando: “Quando a Internet era de domínio de acadêmicos e pessoas ligadas à área de tecnologia, encontrar coisas era um problema limitado. Mas, de 1993 a 1996, a Web cresceu de 130 sites para mais de 600.000” (*The search: how Google and its rivals rewrote the rules of business and transformed our culture*, p. 40 - tradução livre).

³⁷⁵ BEATRIZ VALADARES CENDÓN, *Ferramentas de busca na Web*, p. 41.

³⁷⁶ Na lição de BEATRIZ VALADARES CENDÓN, os robôs são: “[...] programas que o computador hospedeiro da ferramenta de busca lança regularmente na Internet, na tentativa de obter dados sobre o maior número possível de documentos para integrá-los, posteriormente, à sua base de dados” (*Ferramentas de busca na Web*, p. 41). Os *motores de busca* são os mecanismos que operam por meio de robôs, e eles diferem entre si principalmente quanto ao tamanho, qualidade e frequência da atualização de suas bases de dados, critérios para seleção de páginas e ordem de classificação dos resultados ou critérios para determinação da relevância.

expansão do número de páginas na Web. Por meio da captura de páginas percorridas na Web, os robôs do “Wanderer” criaram a primeira base de dados da Web.³⁷⁷

No final do ano de 1993 foram lançados três novos mecanismos de busca, denominados “JumpStation”, “The World Wide Web Worm” e “The Repository-Based Software Engineering” (RBSE), todos eles inspirados no modelo de robôs. Os dois primeiros mecanismos armazenavam apenas algumas partes das páginas visitadas – por exemplo, o título e o endereço da página (*URL*) –, e apresentavam resultados ordenados meramente de acordo com a localização das páginas em seu índice, de forma que a ordem apresentada nos resultados era completamente irrelevante. O RBSE, por sua vez, à semelhança dos mecanismos de busca atuais, inaugurou um sistema de classificação dos *links* de acordo com a relevância de palavras-chave existentes em cada página.³⁷⁸

Diante da constatação de que os robôs, na qualidade de programas de computador, não eram capazes de entender e avaliar o conteúdo e principalmente o contexto das páginas visitadas, houve espaço para o desenvolvimento de uma nova modalidade de mecanismo de busca, denominada “Diretório”.³⁷⁹ Trata-se de uma solução proposta com o objetivo de promover a organização hierárquica do conteúdo disponível na Web por meio de categorias e subcategorias, o que necessariamente demandava o envolvimento humano para a seleção e classificação dos conteúdos de acordo com os temas previstos no índice.

O primeiro mecanismo de busca na modalidade de diretório, o “The World Wide Web Virtual Library” (<http://www.vlib.org/>), foi lançado em 1992³⁸⁰ e permanece disponível até os dias atuais, embora aparentemente esteja obsoleto. Nele é possível localizar conteúdos por meio de dezesseis categorias, como “agricultura”, “artes”, “educação”, “computação” etc. Ao selecionar uma categoria, o usuário é remetido para as subcategorias correspondentes e assim por diante, até localizar o conteúdo desejado.

³⁷⁷ WES SONNENREICH, *A History of Search Engines*. 1997. Wiley [online]. Íntegra disponível em: <<http://www.wiley.com/legacy/compbooks/sonnenreich/history.html>>. Acesso em: 4 jun. 2013.

³⁷⁸ Idem, *ibidem*.

³⁷⁹ Idem, *ibidem*. BEATRIZ VALADARES CENDÓN, *Ferramentas de busca na Web*, p. 39-40.

³⁸⁰ BEATRIZ VALADARES CENDÓN, *ibidem*, p. 40.

O mais bem-sucedido mecanismo de busca já lançado na modalidade diretório foi o “Yahoo!”, disponibilizado em 1994.³⁸¹ Com o tempo, porém, o “Yahoo!” passou a automatizar parte dos processos realizados manualmente para a seleção e classificação de conteúdos, tornando-se, a partir de então, um mecanismo híbrido.³⁸² Atualmente, o “Yahoo!” opera por meio de motores de busca baseados em palavras-chave, tal como os mecanismos de busca convencionais.

Paralelamente ao desenvolvimento e popularidade dos diretórios, os robôs também foram se aprimorando e, ainda em 1994, surgiu o primeiro mecanismo de busca capaz de armazenar e realizar pesquisas no conteúdo integral das páginas constantes de seu índice, o “WebCrawler”.³⁸³ Esse modelo foi extremamente inovador à época, pois, até então, os mecanismos de busca armazenavam apenas alguns trechos das páginas, por exemplo, o endereço (*URL*), o título, as palavras mais recorrentes, as primeiras cem palavras etc.³⁸⁴

Inúmeros outros mecanismos de busca surgiram no decorrer da década de 90, destacando-se, dentre eles, o “AltaVista”,³⁸⁵ o “Excite”, o “Infoseek”, o “OpenText”, o “Inktomi”, entre muitos outros. No entanto, apenas em 1998 foi lançado o mecanismo de busca capaz de criar verdadeira alteração de paradigmas, superando as expectativas inclusive de seus próprios criadores, o “Google”.

Diante da natureza dinâmica da Web e da constatação de que serviços disponibilizados *online* podem cair em desuso em um curto espaço de tempo, tem-se observado que os mecanismos de busca prosseguem em constante evolução. Atualmente, verifica-se que a grande maioria dos mecanismos de busca opera por meio

³⁸¹ BEATRIZ VALADARES CENDÓN, Ferramentas de busca na Web, p. 40.

³⁸² WES SONNENREICH, A History of Search Engines. 1997. Wiley [online]. Íntegra disponível em: <<http://www.wiley.com/legacy/compbooks/sonnenreich/history.html>>. Acesso em: 4 jun. 2013.

³⁸³ JOHN BATTELLE, *The search: how Google and its rivals rewrote the rules of business and transformed our culture*, p. 42.

³⁸⁴ WES SONNENREICH, A History of Search Engines. 1997. Wiley [online]. Íntegra disponível em: <<http://www.wiley.com/legacy/compbooks/sonnenreich/history.html>>. Acesso em: 4 jun. 2013.

³⁸⁵ JOHN BATTELLE considera o “AltaVista” como o primeiro mecanismo de busca de qualidade (“the first truly good search engine”), chegando a compará-lo ao Google de sua época (*The search: how Google and its rivals rewrote the rules of business and transformed our culture*, p. 42-45).

de programas baseados em palavras-chave e oferece não apenas a clássica busca na Web, mas também buscas específicas de imagens, notícias, mapas, vídeos, entre muitas outras categorias. Além disso, os mecanismos de busca passaram a indexar arquivos dos mais variados tipos e extensões.

O “Google Search”, mecanismo de busca oferecido pelo provedor Google, tornou-se referência no mercado de buscas pela Internet. Pesquisas ao longo dos últimos anos têm demonstrado que dois em cada três usuários da Web em nível mundial utilizam o Google para a realização de pesquisas.³⁸⁶ Conforme dados disponibilizados em junho de 2013, 88,8% das buscas realizadas em nível mundial são realizadas no Google.³⁸⁷

Esses dados evidenciam o alto grau de dependência dos usuários da Internet para com os mecanismos de busca, em especial o “Google Search”, não sendo raras as vezes em que usuários inserem sintomas como palavras-chave visando obter informações a respeito de possíveis doenças. Outra prática comum consiste em pesquisar e comparar funcionalidades de diferentes aparelhos de tecnologia, por exemplo, telefones celulares, televisores etc.

Para todas as pesquisas realizadas, porém, há que se interpretar com cautela o resultado obtido, sendo prudente que o usuário verifique a credibilidade do *website* que apresenta o conteúdo, entre outras precauções, tal como se recomenda em qualquer tipo de pesquisa.³⁸⁸ Nesse sentido, a advertência de UMBERTO ECO, em entrevista concedida ao jornal *O Estado de S. Paulo*:

³⁸⁶ MICHAEL L. RUSTAD, *Internet Law in a nutshell*, p. 23. No mesmo sentido, porém referindo-se apenas às buscas realizadas em território norte-americano: MARTIN VLACHYNSKY, *Principles and History of the Web search engines*, p. 4.

³⁸⁷ Disponível em: <<http://www.karmasnack.com/about/search-engine-market-share/>>. Acesso em: 5 jun. 2013.

³⁸⁸ Esse aspecto já foi reconhecido em decisão judicial, nos seguintes termos: “A internet, sob a ótica de meio de comunicação, é ainda objeto de muito estudo e debate. No que diz respeito especificamente aos mecanismos de busca, importa observar que a qualidade da informação fornecida por um ou por outro (internet e, por conseguinte, mecanismos de busca) cabe ao usuário avaliar. A internet é um veículo de comunicação e informação de livre acesso e de difícil controle quanto à inclusão de informações. A credibilidade desta ou daquela informação vem associada, de um modo geral, não à máquina de busca, mas à fonte. Desse modo, se constar ao

Esse é o problema básico da internet: depende da capacidade de quem a consulta. Sou capaz de distinguir os *sites* confiáveis de filosofia, mas não os de física. Imagine-se então um estudante fazendo uma pesquisa sobre a 2.^a Guerra Mundial: será ele capaz de escolher o *site* correto? É trágico, um problema para o futuro, pois não existe ainda uma ciência para resolver isso. Depende apenas da vivência pessoal. Esse será o problema crucial da educação nos próximos anos.³⁸⁹

Além disso, ainda que tal exame não integre propriamente o escopo deste estudo, cumpre trazer à reflexão que a elevada dependência dos usuários em relação ao “Google Search”, no qual se concentra grande parte das pesquisas realizadas diariamente na Internet, enseja diversas repercussões no âmbito constitucional.³⁹⁰ Basta imaginar, por exemplo, a hipótese de que o referido mecanismo de busca deixe de indexar o *website* de um determinado candidato à Presidência da República, consistindo-se, pois, uma forma de censura privada.³⁹¹

O mesmo fenômeno ainda desperta atenção para os efeitos da remoção de *links* dos resultados de pesquisas com mecanismos de busca como o “Google Search”, gerando um impacto direto sobre o direito da coletividade à informação. Por outro lado, também não se poderia desprezar o fato de que, em algumas circunstâncias concretas, a manutenção de *links* pode representar uma restrição desproporcional a direitos da personalidade.

lado da informação de que o autor cometeu um crime de natureza sexual que a informação saiu do www.tjgo.jus.br, certamente o usuário poderá creditar mais confiança do que se relacionado a um notório *site* de fofocas” (BRASIL. 10.^a Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo. Processo 0132581-87.2011.8.26.0100, São Paulo, 12.12.2012).

³⁸⁹ Entrevista publicada em 13.03.2010. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/artelazer,eletronicos-duram-10-anos-livros-5-seculos-diz-umberto-eco,523700,0.htm>>. Acesso em: 24 mar. 2014.

³⁹⁰ Tais reflexões não se resumem apenas ao direito constitucional, sendo possível vislumbrar, em relação aos mecanismos de busca, diversos aspectos do ponto de vista concorrencial e econômico. Tal análise, porém, não é pertinente à linha deste trabalho.

³⁹¹ JOÃO COSTA RIBEIRO NETO, A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: o caso Google, p. 177-210.

5.4 As etapas envolvidas no funcionamento dos motores de busca

A indicação de resultados para pesquisas realizadas com motores de busca envolve três complexas etapas, denominadas *crawling* (rastejamento), *indexing* (indexação) e *searching* (processo de busca propriamente dito, que inclui a interface³⁹² disponibilizada ao usuário).³⁹³ Portanto, “todo o processo de pesquisa realizado por máquinas exige a captura, a indexação e a interface ou programas de busca”.³⁹⁴

Ainda sobre o processo de funcionamento dos motores de busca, MARCEL LEONARDI esclarece:

O funcionamento desse sistema envolve a utilização de palavras-chave fornecidas pelo usuário, as quais são procuradas em índices criados pelo próprio mecanismo de busca a partir de visitas automatizadas a *Websites* realizadas por *softwares* específicos, conhecidos como robôs. Quando as palavras-chave são localizadas nesse índice, uma lista contendo os *links* a elas relacionados é apresentada ao usuário, possibilitando o acesso às informações que foram encontradas conforme os termos da pesquisa especificada.

De modo simplificado, os *softwares robôs* vasculham continuamente as informações disponibilizadas na *World Wide Web*, possibilitando ao mecanismo de busca criar um *índice próprio*, contendo informações a respeito dos *Websites* visitados – procedimento conhecido no jargão informático como *indexação*. Posteriormente, por meio de algoritmos próprios, o mecanismo de busca organiza essas informações e exibe resultados em resposta à pesquisa efetuada pelo usuário. Como é intuitivo, além do emprego de palavras-chave relacionadas à informação ou ao assunto desejado, a qualidade dos algoritmos é determinante para que a pesquisa apresente resultados úteis.³⁹⁵

³⁹² Trata-se do *website* acessado pelo usuário para a realização da pesquisa, por exemplo, o www.google.com.br.

³⁹³ SILVANA DRUMOND MONTEIRO, *As múltiplas sintaxes dos mecanismos de busca no ciberespaço*, p. 73.

³⁹⁴ *Idem*, *ibidem*, p. 75.

³⁹⁵ MARCEL LEONARDI, *Tutela e privacidade na Internet*, p. 289. No mesmo sentido: JOHN BATTELLE, *The search: how Google and its rivals rewrote the rules of business and transformed our culture*, p. 20.

Na primeira etapa (*crawling*), os robôs percorrem constantemente as páginas públicas existentes na Web,³⁹⁶ coletando aquelas que se enquadrem nos critérios específicos (algoritmos) selecionados pelo mecanismo de busca.³⁹⁷ Durante essa primeira etapa, o objetivo dos robôs é explorar a maior extensão possível de páginas existentes na Web,³⁹⁸ pois procuram constituir uma farta base de dados. Para tanto, esses *softwares* partem do pressuposto de que todo *website* apresenta *links* para outros *websites*. Assim, os robôs iniciam sua atuação em páginas principais de fácil localização e vasculham todos os *links* nelas indicados, e assim sucessivamente, a cada nova página encontrada.³⁹⁹ Esse processo realizado pelos robôs é descrito por WES SONNENREICH:

Esses programas vasculham sistematicamente a Web à procura de páginas, explorando todos os *links* em um *site* inicial, que é uma página que contém muitos *links* para outras páginas. O conceito era que, por definição, todas as páginas na Web devem ser vinculadas a outra página. Ao pesquisar através de um grande número de páginas e seguindo todos os *links*, o usuário irá descobrir novas páginas que têm a sua própria coleção de *links*. A esperança é que a maior parte da Web pode ser explorada através da repetição contínua desse processo.⁴⁰⁰

³⁹⁶ É importante observar que os robôs somente atuam no âmbito das páginas públicas existentes na Web. Dessa forma, páginas que possuam acesso restrito mediante o uso de senhas ou que tenham sido especialmente configuradas para não permitir a inclusão em índices de mecanismos de busca – o que é possível por meio de um procedimento técnico próprio – não são visitadas pelos robôs e, conseqüentemente, não compõem o índice do mecanismo de busca, de modo que não são indicadas no resultado de pesquisas. Sobre o tema: MARCEL LEONARDI, *Tutela e privacidade na Internet*, p. 289. O mesmo pode ocorrer com páginas isoladas, ou seja, aquelas que não são citadas por meio de *links* em outras páginas (BEATRIZ VALADARES CENDÓN, *Ferramentas de busca na Web*, p. 43).

³⁹⁷ Embora os robôs procurem selecionar o maior número de páginas possível, é importante observar que nem todas as páginas visitadas são automaticamente selecionadas. Isso ocorre porque a seleção de páginas que serão encaminhadas para a etapa seguinte é realizada de acordo com critérios (algoritmos) próprios que variam de um mecanismo de busca específico para outro. Caso a página visitada não atenda a esses critérios, o robô irá desprezá-la e, conseqüentemente, essa página não fará parte da base de dados do mecanismo de busca.

³⁹⁸ SILVANA DRUMOND MONTEIRO, *As múltiplas sintaxes dos mecanismos de busca no ciberespaço*, p. 73-74.

³⁹⁹ Em virtude de sua função peculiar de vasculhar o maior número possível de páginas existentes na Web, os robôs são também denominados de aranhas (*spiders*), agentes viajantes (*wanderers*), rastejadores (*crawlers*) ou vermes (*worms*) (BEATRIZ VALADARES CENDÓN, *Ferramentas de busca na Web*, p. 41).

⁴⁰⁰ WES SONNENREICH, *A History of Search Engines*. 1997. Wiley [online]. Íntegra disponível em: <<http://www.wiley.com/legacy/compbooks/sonnenreich/history.html>>. Acesso em: 4 jun. 2013 – tradução livre.

Além disso, em razão da natureza dinâmica da Web, esses robôs atuam de forma contínua, com o objetivo de identificar não apenas novas páginas, mas também detectar alterações no conteúdo e remoção de páginas já selecionadas, de modo a atualizar a base de dados que será formada na etapa seguinte. Esse processo de atualização constante é essencial, pois, “caso os robôs não revisitem periodicamente toda a Internet, os URLs que eles trazem como resultados de uma busca podem não mais existir, ou podem existir, mas não mais conter as mesmas informações, e, portanto, não mais ser relevantes para a busca”.⁴⁰¹

A atuação dos robôs é considerada a etapa mais importante para o processo de funcionamento dos motores de busca e determinante para o seu próprio sucesso. Sobre a importância dessa etapa de atuação dos robôs, JOHN BATTELLE refere que:

Rastreadores [*Crawlers*] têm sido o menos visível dos componentes dos motores de busca, mas eles são, indiscutivelmente, o mais importante. Quanto mais *sites* eles rastreiam, e quanto maior a frequência com que eles rastreiam, mais completo será o índice. Quando o índice é mais completo, as páginas de resultados de busca (SERPS) que são retornadas para uma determinada consulta têm maior chance de ser relevantes.⁴⁰²

Na segunda etapa da operação dos mecanismos de busca (*indexing*) ocorre a inserção das páginas e conteúdos selecionados pelos robôs em um índice próprio – o que se denomina “indexação”. Esse índice constituirá a base de dados do mecanismo de busca e a partir dela serão processados os resultados de pesquisas. BEATRIZ VALADARES CENDÓN sintetiza essa etapa nos seguintes termos:

Os documentos encontrados pelos robôs são encaminhados aos indexadores que extraem a informação das páginas HTML e as armazenam em uma base de dados. Esta base de dados do motor de busca consiste de informações julgadas importantes como os URLs ou endereços das páginas HTML, títulos, resumos, tamanho e as palavras contidas nos documentos.⁴⁰³

⁴⁰¹ BEATRIZ VALADARES CENDÓN, Ferramentas de busca na Web, p. 44.

⁴⁰² JOHN BATTELLE, *The search: how Google and its rivals rewrote the rules of business and transformed our culture*, p. 21 – tradução livre.

⁴⁰³ BEATRIZ VALADARES CENDÓN, Ferramentas de busca na Web, p. 41.

Os critérios utilizados por cada mecanismo de busca para a formação de seu índice e ordenação dos resultados são numerosos e diversos, tratando-se de um fator de constante inovação para as empresas que atuam na área.⁴⁰⁴ Logo, por razões competitivas, grande parte desses critérios e também os algoritmos para determinação de relevância dos resultados permanecem em regime de sigilo.

As duas últimas etapas (em conjunto denominadas *searching*) são relacionadas ao operacional envolvido para a realização e processamento das pesquisas pelo usuário final. Para tanto, um *software* transporta as palavras-chave (digitadas pelo usuário na interface) para o índice do mecanismo de busca, retornando, em seguida, com todos os *links* localizados, ordenados de acordo com a sua relevância.⁴⁰⁵ Sobre essa etapa final, BEATRIZ VALADARES CENDÓN refere que:

A interface, normalmente uma página Web, é utilizada pelos usuários para efetuar a pesquisa na base de dados. Fornece meios para que o usuário formule a sua consulta, que é recebida e transmitida para o *software* de busca ou motor de busca propriamente dito. Este é um programa que localiza, entre os milhões de itens na base de dados, aqueles que devem constituir a resposta. O programa também é responsável pela ordenação dos resultados, de maneira que os mais relevantes apareçam em primeiro lugar na lista de resultados. Os resultados mostrados contêm uma lista de descritores de *sites* e seus *links*.⁴⁰⁶

Como grande parte das pesquisas realizadas gera um elevado número de *links* nos resultados, é crucial que o motor de busca exponha tais *links* em ordem de relevância para com as palavras-chave. Como decorrência lógica, “se duas ferramentas trazem o mesmo número de resultados, porém uma delas traz itens mais relevantes entre os primeiros resultados, ela será considerada melhor”.⁴⁰⁷

⁴⁰⁴ Conforme divulgado em seu *website*, o Google utiliza mais de duzentos fatores para estabelecer o *ranking* dos *links* em seu índice. Disponível em: <<http://www.google.com/insidesearch/howsearchworks/thestory/>>. Acesso em: 5 jun. 2013.

⁴⁰⁵ JOHN BATTELLE, *The search: how Google and its rivals rewrote the rules of business and transformed our culture*, p. 22.

⁴⁰⁶ BEATRIZ VALADARES CENDÓN, *Ferramentas de busca na Web*, p. 41.

⁴⁰⁷ *Idem*, *ibidem*, p. 44.

A graduação de relevância, que constitui verdadeiro diferencial entre os motores de busca, é realizada por meio de algoritmos que avaliam diversos fatores, dentre eles os seguintes:⁴⁰⁸ (i) o local no qual a palavra-chave é indicada no documento, de forma que, havendo menção a ela no título, a relevância do *link* será maior; (ii) a frequência com que a palavra-chave é indicada, ou seja, quanto maior essa frequência, maior a relevância do *link*; (iii) as palavras comuns recebem um menor peso quando comparadas a palavras mais específicas; e (iv) *websites* mais citados em outras páginas (por meio da indicação do seu *link*) possuem maior relevância.

5.5 A origem das colisões entre o direito à informação e os direitos da personalidade

A Web evoluiu consideravelmente, passando de um meio que proporcionava restrito acesso a conteúdos para um meio que trouxe novas perspectivas a partir do momento em que novos serviços interativos começaram a surgir. Esses serviços, como as redes sociais, permitiram uma participação mais ativa dos usuários, o que se dá essencialmente pelo exercício do direito de opinião. Por outro lado, os próprios usuários passaram a desempenhar importante papel na divulgação de informações sobre os mais variados temas.

Contudo, paralelamente a essa evolução da Web, e como consequência da grande ampliação de conteúdos nela disponíveis, surgiram as primeiras controvérsias representativas da colisão entre o direito à informação e os direitos da personalidade. E os mecanismos de busca, por permitirem a localização de conteúdos existentes na Web, não ficaram imunes a essas polêmicas.⁴⁰⁹

JOHN BATTELLE refere algumas delas ocorridas nos Estados Unidos, como a de um adolescente de 17 anos que, ao digitar o seu nome em um mecanismo de busca,

⁴⁰⁸ BEATRIZ VALADARES CENDÓN, Ferramentas de busca na Web, p. 44-45.

⁴⁰⁹ Outras controvérsias também têm sido constantemente verificadas em relação à atuação dos mecanismos de busca na Web, em especial aquelas relacionadas a direitos de propriedade intelectual, envolvendo disputas sobre marcas e direitos autorais. Sobre essas controvérsias, que fogem ao escopo deste estudo, cf. URS GASSER, Regulating Search Engines: Taking Stock and Looking Ahead.

descobriu que sua própria mãe o havia raptado após perder sua guarda em um processo judicial e que seu pai estava à sua procura por vários anos. Outro exemplo é o de um indivíduo que, ao realizar uma pesquisa a partir de seu nome, localizou *link* para um *website* que continha informações sobre uma advertência profissional por ele recebida pelo Conselho de Contadores da Califórnia.⁴¹⁰

Nos Estados Unidos, porém, esse tipo de controvérsia não implica pretensões de interferências no resultado de pesquisas com mecanismos de busca na Web, pois nesse país vigora um entendimento de que “o remédio contra má informação é mais informação, e não a imposição do silêncio”.⁴¹¹ Diante disso, a prática é a de não submeter a matéria à apreciação do Poder Judiciário, pois, com isso, o fato e o conteúdo tornam-se ainda mais públicos, podendo ser objeto de atenção da imprensa e/ou do público em geral.

No Brasil, por outro lado, esse tipo de controvérsia é frequente, como ficará claro ao longo deste trabalho. Para citar um exemplo, cumpre mencionar a ação judicial movida no Estado do Rio Grande do Sul, na qual a autora alegou ter realizado ensaios fotográficos para um projeto específico, cujas imagens seriam veiculadas pelo provedor Terra, em seu portal de Internet. No entanto, ao digitar o seu nome em pesquisas com mecanismos de busca, a autora verificou que as imagens em questão estavam amplamente disponíveis em *websites* de conteúdo pornográfico na Internet. Diante disso, a autora requereu que as rés aplicassem filtros em seus mecanismos de busca, a fim de impedir a indicação de quaisquer *links* para pesquisas realizadas a partir de seu nome. Ao julgar o pedido improcedente, o Juiz LAÉRCIO LUIZ SULCZINSKI ponderou:

Entendo que não há como se acolher o pleito da autora a fim de que as ferramentas das demandas deixem de indexar o nome da autora, a uma, em face da universalidade das informações constantes da rede mundial de computadores, sendo direito da demandada prestar os seus serviços de localização de *sites* e pesquisa, a duas, em face ao risco de abalo da credibilidade e eficiência da referida ferramenta de pesquisa, a qual está condicionada, exatamente, ao resultado das pesquisas efetuadas, a três, em face do perigoso precedente que tal medida poderia ocasionar, não sendo difícil imaginar eventuais pedidos

⁴¹⁰ JOHN BATTELLE, *The search: how Google and its rivals rewrote the rules of business and transformed our culture*, p. 192.

⁴¹¹ MARCEL LEONARDI, *Tutela e privacidade na Internet*, p. 359.

futuros de pessoas públicas, partidos políticos, candidatos etc., visando proibir a indexação dos seus nomes às notícias publicadas, o que, sob uma ótica democrática, configuraria verdadeira censura.⁴¹²

Esse exemplo demonstra que os mecanismos de busca na Web, apesar de não serem os responsáveis pela inserção do conteúdo na Internet, têm sido demandados a interferir no resultado de pesquisas com base em pretensas violações a direitos da personalidade. Antes do exame propriamente jurídico dessas colisões, faz-se necessário abordar, ainda que brevemente, a viabilidade técnica da adoção das medidas frequentemente requeridas em face dos mecanismos de busca na Web, bem como sua extensão e potenciais efeitos.

5.6 A remoção de *links* dos resultados de pesquisas em mecanismos de busca – Breve análise da viabilidade técnica⁴¹³

No Brasil, tem-se verificado com frequência a propositura de ações judiciais não contra os responsáveis diretos pela inserção de conteúdos na Web, mas sim contra os provedores que oferecem mecanismos de busca e permitem a localização desses conteúdos disponíveis em *websites* de terceiros. Essas ações têm por objeto os seguintes requerimentos, consistentes em obrigações de fazer:⁴¹⁴

- (i) *a remoção de links específicos (URLs) indicados no resultados de pesquisas*: nessa hipótese, o autor apresenta uma lista de *links* (URLs) a serem removidos, possibilitando o exame de seu conteúdo;
- (ii) *a implementação de filtros nos motores de busca, de forma a impedir a realização de pesquisas baseadas em determinadas palavras-chave*: é o

⁴¹² BRASIL. 2.^a Vara Cível do Foro Regional do 4.^o Distrito da Comarca de Porto Alegre, Processo 0004558-77.2011.8.21.1001, j. 04.12.2013.

⁴¹³ A análise do presente item tem por objetivo demonstrar a simples viabilidade técnica da adoção das medidas especificadas, sem qualquer consideração, por ora, às suas consequências no plano jurídico, o que será analisado em seguida. Importante reconhecer desde já que o principal desafio para se obter tutela específica em hipóteses de violação de direitos da privacidade na Internet é justamente “encontrar medidas técnicas que sejam plenamente eficientes e, ao mesmo tempo, estejam de acordo com a regra da proporcionalidade” (MARCEL LEONARDI, *Tutela e privacidade na Internet*, p. 338).

⁴¹⁴ Idem, *ibidem*.

caso das pretensões para que os provedores deixem de exibir qualquer resultado para buscas realizadas a partir de um nome próprio ou termo qualquer; ou

- (iii) *a adoção de medidas técnicas para impedir a indicação de links para websites que apresentem um determinado conteúdo (não expresso em palavras-chave), exigindo avaliação especialmente de seu contexto: é o caso de pretensões que visam a remoção de todo e qualquer link para website que apresente conteúdo ofensivo e/ou ilícito a respeito de determinado indivíduo, exigindo do provedor um monitoramento contínuo e prévio e uma análise subjetiva acerca da ilicitude do conteúdo.*

Em geral, essas ações judiciais são fundamentadas na alegada violação a direitos da personalidade, em face do conteúdo existente no *website* cujo *link* é exposto no resultado das pesquisas.⁴¹⁵ Como já restou reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça, essa tendência cada vez mais crescente das vítimas de demandar contra provedores que oferecem mecanismos de busca, em vez de procurarem identificar os responsáveis diretos pela inserção do conteúdo na Web, representa certo comodismo e cria empecilhos a uma tutela efetiva de seus direitos:

40. O esperado, portanto, é que a vítima se volte contra o responsável direto pela postagem da mensagem ou imagem ofensiva, especialmente se a sua maior preocupação é evitar que o conteúdo continue circulando na rede.

[...]

44. Porém, tem constituído prática corriqueira o ajuizamento de ações exclusivamente contra os provedores de conteúdo que, na prática, não têm nenhum controle editorial sobre a mensagem ou imagem, limitando-se a fornecer meios para divulgação do material na web. No caso dos provedores de pesquisa, espécie do gênero provedor de

⁴¹⁵ Conforme refere MARCEL LEONARDI, “[...] as dificuldades inerentes à tutela dos direitos no âmbito da Internet também fazem aumentar o interesse na utilização de mecanismos tecnológicos que possam dar maior efetividade às decisões judiciais, principalmente nas hipóteses de remoção ou bloqueio de acesso a conteúdo lesivo disponibilizado na rede” (Controle de conteúdos na Internet: filtros, censura, bloqueio e tutela. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6317>. Acesso em: 24 mar. 2014.

conteúdo, a situação é ainda mais grave, pois o *site* sequer hospeda esse material, apenas indicando *link* da página onde se encontra o teor de fato ilegal.

45. Para além da maior facilidade de identificação dos provedores, a motivação também decorre do poderio econômico dessas empresas e da consequente solvabilidade em caso de condenação.

46. Em outras palavras, as vítimas muitas vezes relevam a conduta do autor direto do dano e se voltam exclusivamente contra o provedor, não propriamente por imputar-lhe a culpa pelo ocorrido, mas por mera conveniência, diante da facilidade em localizar a empresa e da certeza de indenização.

47. Ainda que essas empresas ostentem a condição de fornecedores de serviços de Internet – e, conforme o caso, possam ser solidariamente responsabilizadas –, o combate à utilização da Internet para fins nocivos somente será efetivo se as vítimas deixarem de lado essa postura comodista, quiçá oportunista, aceitando que a punição deve recair preponderantemente sobre os autor [*sic*] direto do dano.⁴¹⁶

De um lado, os autores dessas ações alegam, em geral, que, com a atuação dos mecanismos de busca na Web, quaisquer terceiros passam a ter facilidade no acesso a informações a seu respeito, muitas das quais consideram ilícitas, o que configuraria violação a direitos da personalidade. De outro lado, os provedores que oferecem mecanismos de busca na Web ponderam que a medida pretendida nessas ações judiciais, além de não ser eficaz para promover a remoção do conteúdo da Web, implica restringir o direito da coletividade à informação. Cumpre, em primeiro lugar, analisar a viabilidade técnica dessas pretensões.

De forma geral, MARCEL LEONARDI aponta para a viabilidade da adoção de medidas técnicas que importem em bloqueio de conteúdos na Internet:

Diversos mecanismos tecnológicos podem ser empregados para remover, bloquear ou impedir o acesso a conteúdos ilícitos encontrados na Internet. Além de filtros que podem ser implementados diretamente por empresas e pelos próprios usuários, os provedores de serviços de Internet podem tomar determinadas providências com esse objetivo, de acordo com as atividades por eles exercidas.⁴¹⁷

⁴¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 1.407.271/SP, 3.^a Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, Brasília, 21.11.2013.

⁴¹⁷ MARCEL LEONARDI, Controle de conteúdos na Internet: filtros, censura, bloqueio e tutela. Disponível em: Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6317>. Acesso em: 24 mar. 2014.

Embora haja certa controvérsia acerca das medidas tecnicamente factíveis quando se trata de alteração de resultados expostos pelos mecanismos de busca na Web,⁴¹⁸ o estudo do seu funcionamento tem demonstrado ser possível tecnicamente a exclusão de *links* específicos (URLs) do resultado das pesquisas. Como é intuitivo, trata-se do processo inverso à própria indexação, ou seja, configura-se a exclusão permanente de determinado *website* do índice do mecanismo de busca, de forma que *links* para esse *website* específico deixarão de ser indicados no resultado de pesquisas a partir de quaisquer palavras-chave. Em termos simples, o *website* específico, embora permaneça disponível na Web, podendo ser acessado diretamente, torna-se equivalente àqueles não indexados.⁴¹⁹

Da mesma forma, a implementação de filtros para determinadas palavras-chave ou expressões também é uma medida tecnicamente possível, o que pode ser efetivado mediante a inclusão das palavras ou expressões exatas em um índice específico denominado “palavras proibidas” (*stop words*). A possibilidade de exclusão de palavras e expressões do índice dos mecanismos de busca é demonstrada por

BEATRIZ VALADARES CENDÓN:

Alguns motores não incluem no seu índice algumas palavras do texto, chamadas palavras proibidas (*stop words*). Palavras proibidas são selecionadas entre as muito comuns, como, por exemplo, a preposição “de”, ou o artigo “the” na língua inglesa. Como ocorrem nos textos em alta frequência, muitos motores as excluem em seus índices para economizar espaço de armazenamento. Outros as incluem nos índices, mas os ignoram ao fazer uma busca, para torná-la mais rápida. Para o usuário, isto é problemático, uma vez que os motores, em geral, não

⁴¹⁸ O estudo dessa matéria é especialmente dificultoso, pois, por razões competitivas, os provedores que disponibilizam esse tipo de serviço mantêm em sigilo os aspectos técnicos relacionados aos seus mecanismos de busca.

⁴¹⁹ MARCEL LEONARDI, *Tutela e privacidade na Internet*, p. 291. Em outro artigo sobre o tema, o autor esclarece as medidas técnicas passíveis de serem adotadas pelos mecanismos de busca na Web: “[...] um mecanismo de busca pode eliminar determinados resultados de seu banco de dados, fazendo com que certos *websites* não apareçam em pesquisas feitas pelos usuários. Em casos extremos, pode inclusive eliminar todos os resultados relativos a uma palavra-chave, impedindo que o usuário encontre *websites* a respeito de um determinado assunto. Essas medidas, naturalmente, são de eficácia limitada, pois os *websites* com conteúdo ilícito continuam existindo e podem ser normalmente acessados, bastando ao interessado conhecer os endereços eletrônicos corretos” (Controle de conteúdos na Internet: filtros, censura, bloqueio e tutela. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6317>. Acesso em: 24 mar. 2014).

fornecem documentação sobre quais são as palavras proibidas utilizadas.⁴²⁰

A possibilidade técnica de implementação de filtros baseados em palavras-chave já foi reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça ao menos em relação ao mecanismo de busca na Web “Google Search”, em hipótese em que o próprio provedor celebrou acordo que previa a realização dessa medida. Além disso, permite, na opção “busca avançada”, que o próprio usuário restrinja termos na realização de pesquisas:

[...] a obrigação, da forma como posta nos acordos judiciais, não é tecnicamente impossível, inexistindo argumento plausível para explicar como o seu sistema não conseguiria responder a um comando objetivo, de eliminar dos resultados de busca determinadas palavras ou expressões. Repise-se que a própria ferramenta avançada da Google, acessível a qualquer usuário, permite entre outras coisas realizar busca com exclusão de determinados termos.⁴²¹

O mesmo não ocorre, porém, quando os pedidos envolvem a abstenção da indicação de *links* para quaisquer *websites* que apresentem um determinado conteúdo. Nessa hipótese, a inviabilidade técnica decorre do próprio funcionamento dos mecanismos de busca, pois, para impedir a exibição, no resultado das pesquisas, de *links* para *websites* que veiculem um determinado conteúdo – seja em formato de texto, vídeo, fotografia, ou qualquer outro –, seria necessária a realização de uma ininterrupta análise humana, não sendo possível delegar essa avaliação, dotada de subjetividade, a uma solução técnica.

No atual estágio da tecnologia, inexistem filtros ou soluções técnicas capazes de impedir que sejam indicados no resultado de pesquisas realizadas a partir de quaisquer expressões *links* para *websites* em que hospedado determinado conteúdo. Em síntese, o que se observa é que não há meios para se fiscalizar, filtrar ou censurar dessa

⁴²⁰ BEATRIZ VALADARES CENDÓN, Ferramentas de busca na Web, p. 43. No mesmo sentido: JOHN BATTELLE, *The search: how Google and its rivals rewrote the rules of business and transformed our culture*, p. 24.

⁴²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 1.407.271/SP, 3.^a Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, Brasília, 21.11.2013.

forma o resultado das pesquisas, sob pena de inviabilizar a atuação dos mecanismos de busca, em prejuízo de incontáveis usuários que deles se utilizam diariamente.

Há que considerar ainda que, do ponto de vista técnico, a existência de um enorme número de *websites*, relativos a inúmeros temas e assuntos, somada ao fato de que o seu conteúdo pode ser alterado a qualquer momento pelos respectivos criadores ou responsáveis, afasta a possibilidade de que o resultado de pesquisas feitas com mecanismos de busca na Web seja precedido de exame humano.

Essas peculiaridades de natureza técnica foram devidamente consideradas pelo Superior Tribunal de Justiça, no primeiro precedente no qual foi apreciada a matéria:

[...] não há como delegar a máquinas a incumbência de dizer se um determinado *site* possui ou não conteúdo ilícito, muito menos se esse conteúdo é ofensivo a determinada pessoa.

Diante disso, por mais que os provedores de informação possuam sistemas e equipamentos altamente modernos, capazes de processar enorme volume de dados em pouquíssimo tempo, essas ferramentas serão incapazes de identificar conteúdos reputados ilegais.

Não bastasse isso, a verificação antecipada, pelo provedor de pesquisa, do conteúdo de cada página a compor a sua base de dados de busca eliminaria – ou pelo menos alijaria – um dos maiores atrativos da Internet, que é a disponibilização de dados em tempo real.

[...]

Evidentemente, esse mecanismo funciona ininterruptamente, tendo em vista que, além de inúmeras páginas serem criadas a cada dia, a maioria das milhões de páginas existentes na web sofrem atualização regularmente, por vezes em intervalos inferiores a uma hora, sendo que em qualquer desses momentos pode haver a inserção de informação com conteúdo ilícito.

Essa circunstância, aliada ao fato de que a identificação de conteúdos ilícitos ou ofensivos não pode ser automatizada, torna impraticável o controle prévio por parte dos provedores de pesquisa da cada página nova ou alterada, sob pena, inclusive, de seus resultados serem totalmente desatualizados.⁴²²

Portanto, verifica-se que a interferência no resultado de pesquisas somente é *tecnicamente* viável nas duas primeiras hipóteses abordadas anteriormente, ou seja, quando são indicados os *links* específicos (URLs) a serem removidos do índice do

⁴²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.316.921/RJ, 3.^a Turma, Brasília, 29.06.2012.

mecanismo de busca ou requerida a implementação de filtros nos motores de busca com a finalidade de impedir a realização de pesquisas baseadas em determinadas palavras-chave.

Mesmo diante da impossibilidade técnica dos mecanismos de busca de impedirem a indicação ou removerem *links* para *websites* que apresentem um conteúdo determinado, tem-se verificado a existência ocasional de ordens judiciais que impõem obrigações dessa natureza aos provedores, por exemplo, decisão em antecipação de tutela que determinou a retirada de imagens e vídeos de fato ocorrido em determinado colégio, envolvendo menores de idade, mediante a proibição de acesso a imagens em *links* da busca (não especificados), por intermédio de filtro de segurança, por meio de qualquer expressão que se utilize no buscador.⁴²³

Em outra demanda envolvendo *links* que davam acesso a notícias relacionadas à existência de um inquérito policial no qual o autor era investigado, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro⁴²⁴ determinou, em sede de antecipação dos efeitos da tutela, que o provedor Yahoo! do Brasil Internet Ltda. disponibilizasse um funcionário seu para verificação diária dos resultados das pesquisas feitas a partir do nome do autor, procedendo, pois, à exclusão manual dos *links* encontrados.

Esses são apenas alguns exemplos de medidas drásticas e de difícil cumprimento já determinadas pelo Poder Judiciário, as quais deveriam ser reservadas a hipóteses excepcionalíssimas justificadas pelas circunstâncias do caso concreto e adequadamente fundamentadas, o que não parece ser o caso das decisões mencionadas. Nesse sentido, o entendimento de NEWTON DE LUCCA:

A implementação de medidas drásticas de controle de conteúdos na Internet deve ser reservada para casos extremos, quando estiver presente manifesto interesse público e desde que ponderado o potencial prejuízo causado a terceiros, não havendo de ser adotada nas demais hipóteses, principalmente quando se tratar de interesse

⁴²³ BRASIL. 1.^a Vara da Infância e da Juventude de Belém. Processo 20091116309-2, Belém, 13.11.2009.

⁴²⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento 2006.002.05508, 15.^a Câmara Cível, Rel. Des. Jacqueline Lima Montenegro, decisão de 02.08.2006.

individual, salvo em situações absolutamente excepcionais, que representarão exceções raríssimas.⁴²⁵

Como ficará claro a seguir, mesmo as medidas factíveis sob o ponto de vista técnico geram consequências relevantes, sobretudo porque, quanto maior a interferência no resultado das pesquisas, maior o impacto sobre o direito da coletividade à informação, pois *links* para *websites* públicos deixarão de ser expostos no resultado das pesquisas.

5.7 As consequências jurídicas das interferências nos resultados de pesquisas em mecanismos de busca na Web

A primeira questão que merece ser considerada quando se trata de avaliar as consequências da remoção de *links* dos resultados de pesquisas realizadas com mecanismos de busca é o fato de que em nenhuma hipótese a medida ensejará a remoção do respectivo *website* ou do conteúdo nele disponível da Internet. Trata-se, na realidade, de uma medida meramente paliativa.

Assim, em decorrência da própria dinâmica de funcionamento dos mecanismos de busca, o *website* cujo *link* seja removido do índice continuará disponível na Internet ainda que deixe de ser indicado no resultado das pesquisas, e poderá ser acessado diretamente por meio de seu endereço (*URL*) ou mesmo mediante pesquisas em outros mecanismos de busca (caso continue sendo indexado por estes).⁴²⁶

Verifica-se, pois, que interferências nos resultados de pesquisas em mecanismos de busca – seja através da desindexação de um *website* específico, seja por meio da implementação de filtros por palavras-chave –, embora tecnicamente possíveis, não são medidas efetivas para promover a retirada de conteúdos ilícitos da Web.

⁴²⁵ NEWTON DE LUCCA, *Direito e Internet: aspectos jurídicos relevantes*, p. 400.

⁴²⁶ Por outro lado, se um conteúdo deixa de ser veiculado na Internet pelo proprietário ou responsável pelo *website* em que hospedado, o respectivo *link* de acesso também deixa de ser exibido no resultado das pesquisas, ou, ainda que continue sendo exibido, ao ser acessado não conduz o usuário ao conteúdo em questão, porque já removido do *website* em que hospedado.

Quando muito, podem dificultar o acesso e a localização desse conteúdo, mas não removê-lo da Internet. Nesse sentido, pontua MARCEL LEONARDI:

[...] *impedir o acesso* a um *Website* não significa *remover* as informações desse *Website*. Em outras palavras, o servidor que hospeda o *Website* que se deseja bloquear nunca é afetado por esse método. Todo o conteúdo existente nesse servidor continua armazenado e disponível. Em outras palavras, a modificação dos resultados de uma pesquisa de nada serve para remover os *Websites* com conteúdo ilícito.

A medida equivale a arrancar o índice de um livro: sabendo-se onde se encontra o trecho desejado, é possível lê-lo sem quaisquer dificuldades. Do mesmo modo, desde que conheça o endereço eletrônico específico, qualquer pessoa pode acessar o *Website* com as informações ilícitas, sendo irrelevante sua inclusão ou não no índice de um mecanismo de busca. Na enfática metáfora de PEDRO LESS ANDRADE, remover resultados de mecanismos de busca é varrer a poeira para baixo do tapete: essa medida cria a ilusão de que aquilo que não é fácil de encontrar não existe, em atitude similar à avestruz que esconde sua cabeça no chão.⁴²⁷

No tocante especificamente à implementação de filtros por palavras-chave, tem-se verificado que suas consequências práticas são drásticas, gerando-se um impacto sério sobre o direito da coletividade à informação, pois os *links* expostos nos resultados apresentam diferentes conteúdos e contextos ligados às palavras-chave, não sendo possível concluir pela ilicitude do conteúdo em razão do mero significado das palavras-chave.

Não se poderia, por exemplo, concluir pela ilicitude de todo e qualquer *link* indicado no resultado de pesquisas a partir da expressão “técnicas de matar” pela mera aparência de ilicitude que ela apresenta, em razão de seu significado. Eventual implementação de filtros para impedir a realização de pesquisas a partir dessa expressão tornaria indisponíveis *links* para *websites* que apresentam conteúdo informativo e histórico sobre o regime nazista, bem como para outros *websites* a respeito da origem de artes marciais lícitas, e até mesmo *links* para *websites* que apresentam reportagens jornalísticas relacionadas a crimes.

⁴²⁷ MARCEL LEONARDI, *Tutela e privacidade na Internet*, p. 292-293.

A prática também tem demonstrado que os usuários da Web facilmente contornam esse tipo de medida, passando a veicular o mesmo conteúdo com o uso de outras palavras-chave não restringidas, tornando dificultoso o controle da restrição e sua efetividade.

Outra consequência que deve ser avaliada quando se considera a implementação de filtros por palavras-chave é a possibilidade de serem afetados direitos de homônimos, pois, ao se implementar um filtro constituído por um nome, nenhum resultado será exposto a partir do referido termo, o que inevitavelmente afetaria os conteúdos relacionados a homônimos.

Além disso, é importante observar que, ao se restringir a indicação de resultados a partir de determinada palavra-chave, qualquer pesquisa futura com o mesmo termo seria afetada. Com isso, caso a palavra-chave seja um nome próprio de um indivíduo comum, qualquer fato em que ele vier a se envolver, por mais relevante que seja, não poderá ser localizado por meio das pesquisas. Caso esse indivíduo venha a se candidatar às eleições, por exemplo, ainda assim terceiros estariam impedidos de localizar quaisquer informações a seu respeito por meio do mecanismo de busca que implementou a medida.

Em verdade, trata-se de medida equiparável aos controles realizados por governos totalitários, que censuram muitos dos *links* indicados no resultado de pesquisas feitas com mecanismos de busca que atuam em seus territórios quando reputam que o conteúdo dos respectivos *websites* representa oposição ao regime político e social vigente.⁴²⁸

Nesse sentido, é o posicionamento de MARCEL LEONARDI:

[...] a exclusão de todos os resultados relativos a uma palavra-chave é medida que não se justifica em praticamente nenhuma circunstância, sejam quais forem os resultados. Pesquisas contendo as expressões “*fotos de pornografia infantil*”, “*vídeos de estupro*” ou outras

⁴²⁸ Sobre esses mecanismos empregados para o controle de conteúdos na Internet por governos totalitários, cf. MARCEL LEONARDI, Controle de conteúdos na Internet: filtros, censura, bloqueio e tutela. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6317>. Acesso em: 24 mar. 2014.

palavras-chave podem levar tanto a conteúdos ilegais (que devem ser combatidos pelas vias próprias) quanto a *Websites* contendo debates úteis, educativos e preventivos sobre esses tópicos.

Além disso, a remoção de todos os resultados de uma determinada busca teria o efeito de impedir o acesso a informações úteis publicadas após a implementação da medida, censurando tais conteúdos injustamente, apenas por terem utilizado, em algum ponto do texto, a palavra-chave em questão.⁴²⁹

Esses inconvenientes não ocorrem, por outro lado, quando os *links* a serem removidos como resultado de um sopesamento são especificados de forma completa nos autos do processo e apreciados pelo juiz. Nessa hipótese, tem-se um efetivo controle sobre o conteúdo que será removido do resultado das pesquisas, zelando-se pela sua pertinência com o objeto da ação judicial e apreciação acerca da efetiva ilicitude.

Devidamente analisados os aspectos técnicos e jurídicos mais relevantes a respeito das interferências no resultados de pesquisas com mecanismos de busca na Web, passa-se ao exame propriamente dito das colisões e questões relacionadas.

⁴²⁹ MARCEL LEONARDI, *Tutela e privacidade na Internet*, p. 293-294.

6

AS COLISÕES ENTRE O DIREITO À INFORMAÇÃO E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

6.1 Retomando as premissas para a solução das colisões

Com base nos pressupostos teóricos já delineados desde o início deste estudo, as colisões entre o direito à informação e os direitos da personalidade⁴³⁰ demandam uma análise das condições do caso concreto a fim de determinar qual dos princípios deve prevalecer e qual poderá ser restringido, exigindo-se uma fundamentação adequada, pois os direitos aqui examinados são princípios, não sendo possível estabelecer em abstrato uma relação de precedência entre eles.

Em termos práticos, trata-se de estabelecer, sempre diante de condições concretas, a possibilidade ou não de interferir nos resultados expostos em pesquisas com mecanismos de busca na Web e por meio de quais medidas técnicas. Assim, as frequentes colisões decorrentes do suporte fático amplo atribuído a esses direitos devem ser solucionadas por meio do sopesamento, que determinará a precedência de um princípio sobre o outro no caso concreto.

Como ficará evidente ao longo deste capítulo, o resultado de cada colisão é expresso sob a forma de uma regra que, por sua vez, servirá como base dogmática para a solução de outras tensões entre o direito à informação e os direitos da personalidade, sempre que se verificarem as mesmas circunstâncias. Portanto, pretende-se examinar os casos concretos para, em seguida, submeter as interferências a um exame à luz da proporcionalidade. Antes, porém, convém examinar o denominado “direito ao esquecimento” e tecer considerações sobre o “Marco Civil da Internet”, assuntos que também influenciam a temática das colisões.

⁴³⁰ Conforme a natureza do conteúdo envolvido, a colisão poderá se dar entre diferentes direitos, por exemplo, o direito à informação e o direito honra; o direito à livre manifestação do pensamento e o direito à privacidade; o direito à informação e o direito à imagem etc., podendo assumir as mais variadas combinações possíveis entre o direito à informação e aqueles que lhe são conexos e os direitos da personalidade.

6.2 Considerações sobre o denominado “Direito ao esquecimento”

O exame do que vem a ser o denominado “direito ao esquecimento” é relevante para este estudo, pois, em alguns casos concretos, o conteúdo analisado será de longa data, sendo comum que a parte interessada invoque esse pretense direito, ainda que em conjunto com outros direitos da personalidade, para requerer a remoção de *links* expostos no resultados de pesquisas com mecanismos de busca, sob a alegação de que tem o direito de ser esquecida.

Partindo do pressuposto de que “não há como viver integrado à sociedade moderna sem deixar diversos rastros de informação”,⁴³¹ os defensores do “direito ao esquecimento” o associam ao conceito de privacidade como controle de informações e dados pessoais. Dessa forma, “o atributo básico do direito à privacidade seria, portanto, a capacidade de o indivíduo controlar a circulação de informações a seu respeito”.⁴³²

Como já exposto, o advento da Web facilitou o acesso e a disseminação da informação, resultando na crescente participação dos usuários na disponibilização dos mais variados tipos de conteúdos *online*. A capacidade de armazenamento de dados e informações nesse meio é praticamente ilimitada, permitindo que tais conteúdos permaneçam disponíveis por um longo período de tempo. O fenômeno é descrito por

MARCEL LEONARDI:

[...] corretos ou não, *dados são para sempre*. Antes do computador, o mero fato de registros serem feitos à tinta, mantidos em papel e guardados em pastas ou arquivos impunha certas limitações à quantidade de dados que podiam ser armazenados, além de restringir quem tinha acesso a essas informações e de delimitar por quanto tempo elas ficavam guardados. Registros eletrônicos, no entanto, não têm essas limitações. Os computadores podem coletar, armazenar, manipular, trocar e reter quantidades praticamente infinitas de dados.

[...]

Em suma, dados armazenados em papel, ainda que públicos, são difíceis de pesquisar e de correlacionar; dados computadorizados podem ser pesquisados facilmente, e dados em rede podem ser pesquisados remotamente e correlacionados com outros bancos de dados. A novidade não é que os dados estão publicamente disponíveis,

⁴³¹ MARCEL LEONARDI, *Tutela e privacidade na Internet*, p. 67.

⁴³² *Idem*, *ibidem*, p. 67.

mas sim a facilidade com que podem ser coletados, usados e abusados.⁴³³

Consequentemente, antigas notícias e informações publicamente disponíveis podem ser localizadas com maior facilidade e, no contexto atual, conflitar com determinados direitos dos envolvidos, o que tem sido cada vez mais recorrente.⁴³⁴ Sobre essa problemática, importante a contextualização de ANDERSON SCHREIBER:

A internet não esquece. Ao contrário dos jornais e revistas de outrora, cujas edições antigas se perdiam no tempo, sujeitas ao desgaste do seu suporte físico, as informações que circulam na rede ali permanecem indefinidamente. Pior: dados pretéritos vêm à tona com a mesma clareza dos dados mais recentes, criando um delicado conflito no campo do direito.⁴³⁵

Logo, o que se constata é que “a internet, com a perenidade dos seus dados e a amplitude dos seus sistemas de pesquisa, catapultou a importância do direito ao esquecimento, colocando-o na ordem do dia das discussões jurídicas”.⁴³⁶

No entendimento do jurista espanhol PERE SIMÓN CASTELLANO, o direito ao esquecimento tem por objeto “[...] possibilitar que os dados das pessoas deixem de ser acessíveis na Web, mediante requerimento destas e quando estas assim decidam; o direito de retirar-se do sistema e eliminar a informação pessoal que a rede contém”.⁴³⁷

Na mesma linha, ROSARIO G. GÓMEZ refere:

O mundo cibernético tem trazido consigo a demanda de direitos que não figuram expressamente em nenhuma Constituição. Um deles é o chamado “direito ao esquecimento”, que ampara a capacidade de uma

⁴³³ MARCEL LEONARDI, *Tutela e privacidade na Internet*, p. 72-73.

⁴³⁴ PERE SIMÓN CASTELLANO, *The right to be forgotten under European Law: a Constitutional debate*, p. 2-3.

⁴³⁵ ANDERSON SCHREIBER, *Direitos da personalidade*, p. 164.

⁴³⁶ *Idem*, *ibidem*, p. 165.

⁴³⁷ PERE SIMÓN CASTELLANO, *El derecho al olvido en el universo 2.0 – tradução livre*.

pessoa apagar da Internet informação irrelevante sobre si mesma e preservar desse modo a sua privacidade.⁴³⁸

No tocante especificamente à temática deste estudo, cumpre analisar se há um “direito ao esquecimento” independente e autônomo que permita ao seu titular obter a remoção de conteúdos antigos e obsoletos a seu respeito, aí incluídos *links* indicados nos resultados de pesquisas com mecanismos de busca na Web. O assunto não é novo, mas vem recebendo especial atenção também no âmbito do direito brasileiro a partir da recente aprovação do Enunciado 531, da VI Jornada de Direito Civil.⁴³⁹

Em âmbito internacional, especialmente na Europa, o direito ao esquecimento, embora não tenha previsão legal expressa, tem sido cogitado como um direito decorrente dos princípios que regem a proteção de dados pessoais, em especial os princípios do consentimento e da finalidade. De acordo com esses princípios, expressamente previstos na Diretiva 95/46/EC,⁴⁴⁰ a coleta, o armazenamento e o tratamento de dados pessoais dependem de prévio consentimento do titular, e tais dados devem ser mantidos e utilizados sempre em estrita consonância com os específicos propósitos de sua coleta.

Com base nesses princípios, as agências de proteção de dados europeias têm reconhecido, de forma ampla, a tutela do direito ao esquecimento como instrumento adequado para a remoção de dados disponíveis na Internet quando não mais sirvam aos propósitos para os quais foram coletados e armazenados.⁴⁴¹ Esse posicionamento vem sendo sustentado em especial pela *Agencia Española de Protección de Datos* (AEPD),

⁴³⁸ ROSARIO G. GÓMEZ, Quiero que Internet se olvide de mí. Disponível em: <http://elpais.com/diario/2011/01/07/sociedad/1294354801_850215.html>. Acesso em: 28 jul. 2013 – tradução livre.

⁴³⁹ “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.”

⁴⁴⁰ É importante referir que, à época de sua aprovação, em 1995, como a Internet ainda era pouco utilizada, não houve qualquer debate acerca da matéria, inexistindo, por essa razão, qualquer dispositivo na Diretiva que reconheça o direito ao esquecimento de forma específica.

⁴⁴¹ PERE SIMÓN CASTELLANO, The right to be forgotten under European Law: a Constitutional debate, p. 21-22.

no âmbito de respostas a solicitações de indivíduos que requerem a sua intervenção para viabilizar a exclusão de dados pessoais da Internet.⁴⁴²

Como consequência do intenso debate gerado sobre a matéria, o “direito ao esquecimento” foi reconhecido pela Comissão Europeia como um dos mais relevantes desafios da atualidade em matéria de proteção de dados pessoais, e vem sendo discutido com as demais propostas de revisão das normas de proteção de dados vigentes na Comunidade Europeia. O “direito ao esquecimento” também foi objeto de consulta pública promovida pela Comissão Europeia,⁴⁴³ concluída em 2011, na qual os próprios Estados tiveram a oportunidade de se manifestar, em especial sobre a sua aplicabilidade no âmbito da Internet.

Embora a grande maioria dos membros da Comunidade Europeia tenha opinado de forma receptiva e favorável ao reconhecimento do “direito ao esquecimento”, o principal aspecto tratado nos comentários foi a necessidade de especificar de forma mais clara a sua abrangência, pois, apesar das inúmeras discussões e controvérsias a seu respeito, pouco se evoluiu em termos da análise de sua autonomia, de como esse direito poderia ser efetivado na prática e de quais seriam os seus contornos.⁴⁴⁴ Conforme adverte MARCEL LEONARDI, “o conceito é muito vago, pois não há uma definição sobre os tipos de informação que o indivíduo deve controlar,”⁴⁴⁵ tampouco sobre o que se entende por controle.⁴⁴⁶

No Brasil, o “direito ao esquecimento” vem sendo concebido ora como um direito decorrente da dignidade da pessoa humana, ora como corolário da proteção aos direitos da personalidade.⁴⁴⁷ Sua origem remonta ao direito de ressocialização conferido

⁴⁴² ARTEMI RALLO LOMBARTE, *El derecho al olvido y su protección*, p. 3.

⁴⁴³ Todas as contribuições de cidadãos, organizações e governos à consulta estão disponíveis em: <http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/news_consulting_0006_en.htm>. Acesso em: 7 out. 2013.

⁴⁴⁴ ROLF H. WEBER, *The right to be forgotten: More than a Pandora's box?*, Disponível em: <<http://www.jipitec.eu/issues/jipitec-2-2-2011/3084>>. Acesso em: 7 out. 2013.

⁴⁴⁵ MARCEL LEONARDI, *Tutela e privacidade na Internet*, p. 74.

⁴⁴⁶ *Idem*, *ibidem*, p. 77.

⁴⁴⁷ Esse foi o entendimento externado no acórdão proferido pela 5.^a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em 23.10.2012, no âmbito do Agravo de Instrumento 0051483-50.2012.8.19.0000, cujo relator foi o Desembargador Antonio Salgado Palheiro: “Na

a ex-detentos, após o integral cumprimento da pena, para que não fossem eternamente lembrados pelo crime cometido.⁴⁴⁸ Nessa linha, a jurisprudência brasileira vem reconhecendo que o “direito ao esquecimento” tem fundamento no artigo 5.º, inciso X,⁴⁴⁹ da Constituição Federal, evidenciando-se, pois, a sua caracterização como um direito fundamental.

O Superior Tribunal de Justiça, em dois recentes julgados sobre a matéria,⁴⁵⁰ reconheceu que o direito ao esquecimento é característico da modernidade, que fez surgir controvérsias relacionadas à ausência de contemporaneidade de notícias envolvendo fatos passados.⁴⁵¹ No entanto, foi ressaltado nos acórdãos que “[...] o mesmo debate ganha contornos bem diferenciados quando transposto para internet”.

Em outros tribunais, já é possível localizar alguns precedentes que de certa forma relativizaram o “direito ao esquecimento” na hipótese de exercício de função pública pelo indivíduo que pretende a remoção de seus dados:

Embora se possa cogitar em tese sobre um direito ao esquecimento, impeditivo de que longínquas máculas do passado possam ser resolvidas e trazidas a público, tal segredo da vida pregressa relaciona-se aos aspectos da vida íntima das pessoas, não podendo ser estendido ao servidor público, ou pessoas exercentes ou candidatos à vida

ponderação, o princípio da publicidade deve ser repensado, porque o direito ao esquecimento, como uma das garantias ao direito da personalidade, deve igualmente ser preservado”.

⁴⁴⁸ ANDERSON SCHREIBER, *Direitos da personalidade*, p. 164.

⁴⁴⁹ Nesse sentido: “Note-se que a matriz constitucional de onde se pode extrair o direito ao esquecimento radica no artigo 5.º, inciso X, e inicia dizendo que são invioláveis a intimidade, a vida privada etc. [...]” (TRF 4.ª Região, 4.ª Turma, Apelação Cível 2003.70.00.058151-6/PR, Rel. Des. Marga Inge Barth Tessler, j. 06.05.2009).

⁴⁵⁰ Recursos Especiais 1.334.097/RJ e 1.335.153/RJ, ambos da relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, j. 28.05.2013. Tais casos assemelham-se em parte ao famoso “Caso Lebach”, que foi julgado pelo Tribunal Constitucional alemão em 1973 e no qual se decidiu, diante de peculiaridades específicas presentes no caso concreto, por impedir a veiculação de documentário em programa televisivo que narrava fatos criminosos conhecidos como “o assassinato de soldados de Lebach”, reconhecendo-se que tal veiculação impediria o direito à ressocialização do condenado que estava por terminar de cumprir sua pena. Sobre o “Caso Lebach”, cf. LUÍS ROBERTO BARROSO, *Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação*, p. 78-79.

⁴⁵¹ Nos termos do voto do Ministro Luis Felipe Salomão, “[...] o momento é de novas e necessárias reflexões, das quais podem mesmo advir novos direitos ou novas perspectivas sobre velhos direitos revisitados”.

pública, pois, mais do que meros particulares, devem explicações ao público sobre sua vida funcional pretérita ou presente.⁴⁵²

Em outro precedente, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a aplicabilidade do “direito ao esquecimento” foi expressamente afastada, diante das circunstâncias do caso concreto, que envolvia a divulgação na Internet de informações e manifestações sobre crime cometido pelo autor, que, além de ser condenado, teve seu registro no Conselho Regional de Medicina (CRM) cassado. O acórdão em questão reconheceu que o conteúdo existente na Internet tratava de questões e fatos de interesse público, não se admitindo a ocultação das informações do meio virtual.⁴⁵³

De fato, a doutrina e a jurisprudência vêm concebendo a existência do “direito ao esquecimento”, inclusive no âmbito da Internet. Pouco se refletiu até o momento, porém, acerca da efetiva existência e autonomia desse suposto direito, bem como de seus contornos, questões que são de suma importância para evitar que a sua aplicabilidade prática implique restrição desproporcional a outros direitos fundamentais, como o direito à informação.

O caráter permanente da informação disponível na Internet fez surgir um novo desafio ao Direito, que consiste em determinar se o indivíduo tem ou não o direito de requerer a remoção de conteúdos pretéritos existentes na Internet. Nesse ponto, importante reconhecer que “[...] o direito ao esquecimento não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou de reescrever a História (ainda que se trate tão somente da sua própria história)”.⁴⁵⁴ No mesmo sentido, MARCEL LEONARDI também adverte que o potencial para abuso desse direito é enorme, pois “o indivíduo pode pretender adulterar informações verdadeiras de seu passado e da própria História, suprimindo do conhecimento público informações relevantes”.⁴⁵⁵

⁴⁵² TRF 4.^a Região, 4.^a Turma, Apelação Cível 2003.70.00.058151-6/PR, Rel. Des. Marga Inge Barth Tessler, j. 06.05.2009.

⁴⁵³ Agravo de Instrumento 0210606-89.2012.8.26.0000, 6.^a Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Rel. Alexandre Lazzarini, j. 25.10.2012.

⁴⁵⁴ ANDERSON SCHREIBER, *Direitos da personalidade*, p. 165.

⁴⁵⁵ MARCEL LEONARDI, *Tutela e privacidade na Internet*, p. 357.

Tal pretensão de remoção de conteúdos pretéritos, no entanto, traduz-se em uma típica colisão entre o direito à informação e direitos da personalidade. Diante disso, como já se referiu, a solução para a colisão deve ser extraída do sopesamento ou ponderação entre os direitos envolvidos, a fim de verificar qual deles dele prevalecer diante de determinadas condições do caso concreto.

Como já sustentado em artigo específico sobre o direito ao esquecimento, “não se trata de um direito assegurado de forma expressa ou específica pelo texto constitucional ou pela legislação infraconstitucional”.⁴⁵⁶ Portanto, a existência de informação obsoleta ou desatualizada, que caracteriza a pretensão fundada no direito ao esquecimento, deve ser considerada uma das circunstâncias fáticas por ocasião do sopesamento entre o direito à informação e o direito da personalidade envolvido.

Isso significa que “[...] o direito ao esquecimento confunde-se, na verdade, com o resultado de uma ponderação entre direitos fundamentais colidentes que, consideradas todas as circunstâncias jurídicas e fáticas do caso concreto, induz o preterimento da informação desatualizada”.⁴⁵⁷ Em suma, o “direito ao esquecimento” “[...] assegura a possibilidade de se discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados”.⁴⁵⁸

A reforçar a compreensão do “direito ao esquecimento” como o resultado de uma ponderação e não como um direito autônomo, recente acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia,⁴⁵⁹ embora tenha reconhecido o direito do interessado de ter informações pretéritas a seu respeito removidas por meio da exclusão de *links* indicados no resultado de pesquisas com o “Google Search”, deixou claro que esse entendimento foi baseado nas circunstâncias específicas do caso examinado:

⁴⁵⁶ Ciro Torres Freitas e Pamela Gabrielle Meneguetti, “Direito fundamental ao esquecimento” é insustentável, 21 out. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-21/direito-fundamental-esquecimento-afirmacao-insustentavel>>. Acesso em: 15 fev. 2014.

⁴⁵⁷ Idem, *ibidem*.

⁴⁵⁸ ANDERSON SCHREIBER, *Direitos da personalidade*, p. 165.

⁴⁵⁹ Acórdão do Tribunal de Justiça no processo C-131/12, proferido em 13 de maio de 2014. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/tj-ue-google-direito-esquecimento.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2014.

Tratando-se de uma situação como a que está em causa no processo principal, que diz respeito à exibição, na lista de resultados que o internauta obtém ao efetuar no Google Search uma pesquisa a partir do nome da pessoa em causa, de ligações a páginas de arquivos em linha de um jornal que contém anúncios que mencionam o nome dessa pessoa e que respeitam a uma venda de imóveis em hasta pública decorrente de um arresto com vista à recuperação de dívidas à Segurança Social, há que considerar que, tendo em conta o carácter sensível, para a vida privada dessa pessoa, das informações contidas nesses anúncios e o facto de a sua publicação inicial remontar há 16 anos, a pessoa em causa tem comprovadamente direito a que essas informações já não sejam associadas ao seu nome através dessa lista. Por conseguinte, na medida em que, no caso em apreço, não parece haver razões especiais que justifiquem um interesse preponderante do público em ter acesso a essas informações no âmbito dessa pesquisa, o que, todavia, cabe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar, a pessoa em causa pode, ao abrigo dos artigos 12.º, alínea b), e 14.º, primeiro parágrafo, alínea a), da Diretiva 95/46, exigir a supressão das referidas ligações dessa lista de resultados.⁴⁶⁰

O Tribunal entendeu que os direitos do indivíduo prevalecem, em princípio, sobre o direito da coletividade à informação. O acórdão demonstra, no entanto, que a solução para essas colisões deve ser obtida por meio de um “justo equilíbrio” que dependerá das circunstâncias do caso concreto:

Atendendo à gravidade potencial desta ingerência, há que declarar que a mesma não pode ser justificada apenas pelo interesse económico do operador de tal motor nesse tratamento. No entanto, na medida em que a supressão de ligações da lista de resultados pode, em função da informação em causa, ter repercussões no interesse legítimo dos internautas potencialmente interessados em ter acesso essa informação, há que procurar, em situações como as que estão em causa no processo principal, um justo equilíbrio, designadamente, entre esse interesse e os direitos fundamentais dessa pessoa nos termos dos artigos 7.º e 8.º da Carta. Embora seja verdade que, regra geral, os direitos da pessoa em causa protegidos por esses artigos prevalecem também sobre o referido interesse dos internautas, este equilíbrio pode, todavia, depender, em determinados casos particulares, da natureza da informação em questão e da sua sensibilidade para a vida privada da pessoa em causa, bem como do interesse do público em dispor dessa informação, que pode variar, designadamente, em função do papel desempenhado por essa pessoa na vida pública.

⁴⁶⁰ Acórdão do Tribunal de Justiça no processo C-131/12. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/tj-ue-google-direito-esquecimento.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2014.

Na hipótese, M. Costeja González requereu a remoção de determinados *links* expostos no resultado de pesquisas com o mecanismo de busca “Google Search”. Esses *links* davam acesso a *websites*, em que se encontravam disponíveis anúncios datados de 1998, os quais passaram a ser disponibilizados na versão eletrônica do jornal. Os anúncios trataram da venda de imóveis de propriedade do autor em hasta pública, em decorrência da execução de dívidas perante a Seguridade Social.

A ação foi movida pelo Google Inc. e pelo Google Spain, S.L. contra a AEPD⁴⁶¹ e M. Costeja González, visando reformar decisão da AEPD⁴⁶² que deferiu a reclamação apresentada por M. Costeja González e determinou que o Google Inc. adotasse medidas para promover a retirada de dados pessoais de M. Costeja González do seu índice e impedir a localização dos *links* em questão.⁴⁶³

No caso específico, o Tribunal entendeu que o longo período de tempo transcorrido desde a publicação anúncios (1998) e o caráter sensível das informações constantes dos anúncios para a vida privada de M. Costeja González justificariam a imposição, ao Google Inc., da obrigação de remover *links* indicados no resultados de pesquisas com o “Google Search”. Em caráter mais genérico, o Tribunal entendeu que a solução dessas controvérsias dependerá, “em determinados casos particulares, da natureza da informação em questão e da sua sensibilidade para a vida privada da pessoa

⁴⁶¹ Sobre os poderes conferidos a essas agências, o acórdão esclarece que “[...] cada autoridade de controlo dispõe de poderes de inquérito e de poderes efetivos de intervenção que lhe permitem ordenar, designadamente, o bloqueio, o apagamento ou a destruição de dados, ou proibir temporária ou definitivamente esse tratamento.”

⁴⁶² Conforme menciona o acórdão, a decisão da AEPD foi baseada no fato de que o direito à proteção de dados abrangeria “também a simples vontade da pessoa interessada de que esses dados não sejam conhecidos por terceiros.”

⁴⁶³ O acórdão do Tribunal de Justiça foi precedido por um parecer apresentado pelo advogado-geral NILO JÄÄSKINEN, que, ao contrário do que foi decidido pelo Tribunal, entendeu que: “Na sociedade da informação contemporânea, o direito de pesquisar informação publicada na Internet por meio de motores de pesquisa é uma das formas mais importantes de exercer esse direito fundamental. Este direito abrange, incontestavelmente, o direito de pesquisar informação relativa a outras pessoas singulares que está, em princípio, protegida pelo direito à vida privada, como as informações que figuram na Internet relativas às atividades de uma pessoa como comerciante ou político. O direito do utilizador de Internet à informação ficaria comprometido se a sua pesquisa de informação sobre uma pessoa não produzisse resultados de pesquisa que fornecessem um reflexo verdadeiro das páginas web pertinentes, mas uma versão “bowdlerizada” dessas páginas.” (Pedido de decisão prejudicial apresentado nos autos do Processo C-131/12). Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/parecer-google-direito-esquecimento.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2013.

em causa, bem como do interesse público em dispor dessa informação, que pode variar, designadamente, em função do papel desempenhado por essa pessoa na vida pública.”

Ao reconhecer que a atividade desempenhada pelos mecanismos de busca na Web configura “tratamento de dados pessoais” e que pedidos semelhantes àquele formulado por M. Costeja González “[...] podem ser diretamente dirigidos pela pessoa em causa ao responsável pelo tratamento, que deve então examinar devidamente se os mesmos têm razão de ser e, se for caso disso, pôr termo ao tratamento dos dados em questão”, a decisão resultou em uma alteração de política por parte do Google.

Pouco tempo após a prolação da decisão, em 30 de maio de 2014, o Google passou a disponibilizar um formulário *online*⁴⁶⁴ para que indivíduos possam submeter pretensões semelhantes diretamente ao provedor, quando os resultados forem considerados inadequados, irrelevantes ou já não relevantes, ou excessivos em relação aos fins para os quais foram processados. De acordo com o informado pelo Google, os seguintes critérios serão adotados na análise dos pedidos:

Na implementação da presente decisão, iremos avaliar cada pedido individual e tentar equilibrar os direitos de privacidade do indivíduo com o direito do público de conhecer e distribuir informações. Ao avaliar o seu pedido, iremos analisar se os resultados incluem informações desatualizadas sobre si e se existe um interesse público na informação, por exemplo, informações acerca de fraudes financeiras, negligência profissional, condenações penais ou conduta pública dos funcionários do governo.

Nesse mesmo dia, o Google recebeu 12 mil pedidos de usuários europeus que requereram interferências nos resultados das pesquisas para que seus nomes não sejam indicados.⁴⁶⁵ Embora esse mecanismo possa representar um avanço para a tutela de direitos da personalidade, cumpre ponderar o risco de que o direito da coletividade à informação seja afetado de forma desproporcional, o que poderá resultar em um considerável comprometimento dos mecanismos de busca na Web como meios de

⁴⁶⁴ Disponível em: <https://support.google.com/legal/contact/lr_eudpa?product=websearch&hl=pt>. Acesso em: 19 jun. 2014.

⁴⁶⁵ Disponível em: <<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2014/05/google-recebeu-12-mil-pedidos-de-direito-ao-esquecimento-em-um-dia.html>>. Acesso em: 19 jun. 2014.

acesso à informação. No cenário atual, a questão gera mais perguntas do que respostas.⁴⁶⁶

Em suma, como o “direito ao esquecimento” mais se assemelha a um dos possíveis resultados de uma ponderação entre o direito à informação e direito(s) da personalidade, não há como concebê-lo como um direito independente, autônomo e absoluto, que por si só confira ao seu titular a prerrogativa de excluir conteúdos a seu respeito disponíveis na Internet após o transcurso do tempo. Admitir a existência de tal direito significaria franquear ao indivíduo o total controle inclusive sobre informações de interesse público e históricas existentes na Internet, as quais devem permanecer amplamente disponíveis ao público, exceto quando o contrário resultar do sopesamento.

6.3 Considerações sobre o “Marco Civil da Internet”

Em 24 de abril de 2014, após quase três anos de tramitação, foi publicada no Diário Oficial da União a Lei 12.965, de 2014, conhecida como “Marco Civil da Internet”, cujo período de *vacatio legis* foi estabelecido em 60 dias, nos termos do seu artigo 32. A Lei trouxe princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil e determinou diretrizes para a atuação do Poder Público em relação à matéria. No entanto, houve pouca evolução no que se refere a parâmetros ou mesmo regras para solução das colisões abordadas neste estudo.

O “Marco Civil da Internet” estabeleceu, nos primeiros incisos de seu artigo 3.º, que a disciplina do uso da Internet no Brasil tem como princípios a “garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição” e a “proteção da privacidade”. O artigo 7.º, *caput* e inciso I, acrescenta que “o acesso à Internet é essencial ao exercício da cidadania” e confere ao usuário “a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, assegurado o direito à sua proteção e à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. O artigo 8.º, por

⁴⁶⁶ FLÁVIA PIOVESAN; ROBERTO DIAS. Direito de ser esquecido na internet. Íntegra disponível em: <<http://www.observatoriodaimprensa.com.br/news/imprimir/60458>>. Acesso em: 19 jun. 2014.

sua vez, dispõe que “a garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à Internet”.

Esses dispositivos demonstram que, em linhas gerais, o legislador se limitou a reiterar direitos já previstos na Constituição Federal, reforçando sua aplicabilidade especificamente no âmbito da Internet e o entendimento de que o direito à informação e os direitos da personalidade possuem o mesmo peso abstrato, não sendo possível concluir por uma precedência abstrata de um sobre o outro.

Uma análise sistemática de dispositivos do “Marco Civil da Internet”, no entanto, permite extrair alguns aspectos úteis para a solução das colisões. No seu artigo 5.º, inciso VII, a Lei define como aplicações de Internet o “conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à Internet”. Tratando-se de um conceito amplo e, na ausência de disposição em contrário, há que reconhecer que também os mecanismos de busca na Web enquadram-se como aplicações de Internet.

Nessa condição, o provedor que disponibiliza mecanismo de busca na Web encontra-se sujeito às regras de responsabilidade previstas nos artigos 18 e seguintes do “Marco Civil da Internet”. O importante para os fins pretendidos neste trabalho não é a responsabilidade em si, mas o fato de que foram delimitadas as medidas que devem ser adotadas pelos provedores de aplicações de Internet para a remoção de conteúdos disponibilizados por terceiros.⁴⁶⁷ Nesse aspecto, o artigo 19 prevê que o provedor deverá, mediante ordem judicial específica, tomar as providências para, *no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço*, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário. Nessa hipótese, não há regra ou parâmetro para a solução da colisão estabelecido pelo legislador, atribuindo-se ao Poder Judiciário a realização do sopesamento no caso concreto.

O artigo 21, por sua vez, prevê verdadeira regra aplicável a conteúdo que consista na “divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, vídeos ou

⁴⁶⁷ Tais conteúdos devem ser compreendidos como aqueles elaborados por terceiros sem qualquer apreciação prévia ou ingerência do provedor.

outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado”.⁴⁶⁸ Nessas hipóteses específicas contempladas pela regra, o provedor de aplicações de Internet deverá adotar as medidas para a remoção do conteúdo mediante o recebimento de mera notificação extrajudicial do interessado ou seu representante legal, também no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço.

A ressalva constante de ambos os dispositivos, no sentido de que o provedor deve adotar as providências para tornar o conteúdo indisponível “no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço”, reforça o entendimento de que medidas dessa natureza também podem ser imputadas aos mecanismos de busca na Web. Ainda que seja evidente que o mecanismo de busca na Web não possui condições para remover conteúdos de terceiros da Web, o fato é que terá meios técnicos para evitar a localização desse conteúdo por meio de suas ferramentas.

E, nos termos dos artigos 19, § 1.º, e 21, parágrafo único, tanto a ordem judicial como a notificação extrajudicial deverão conter, sob pena de nulidade, *identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material*. Ainda que se possam cogitar de outros meios, a maneira adequada de permitir a localização inequívoca do material parece ser a indicação completa do *link (URL)* em que veiculado o conteúdo. A prosperar esse entendimento, caberá à parte interessada e ao Poder Judiciário especificar o *link (URL)* em que disponível o conteúdo também para as hipóteses de interferência nos resultados de pesquisas realizadas com mecanismos de busca na Web.

Portanto, não há dúvida de que o “Marco Civil da Internet” é aplicável aos mecanismos de busca na Web, uma vez que estes também se enquadram no conceito de

⁴⁶⁸ O artigo parece incorporar ao extremo a dicotomia público *x* privado, que não é a mais adequada para solucionar a hipótese. Como adverte MARCEL LEONARDI, “a exposição em público não pode ser o critério determinante para decidir se uma situação deve ser ou não considerada privada. Insistir em uma noção binária de privacidade significa dividir o mundo em locais públicos e privados, sem reconhecer as inúmeras nuances que existem entre essas duas extremidades” (*Tutela e privacidade na Internet*, p. 366). O próprio autor utiliza como exemplo o vídeo com cenas íntimas da modelo Daniela Cicarelli, que foi amplamente divulgado na Internet. Ao reformar a sentença de primeira instância, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reconheceu que, apesar de terem ocorrido em um local público, as cenas retratadas no vídeo possuíam caráter íntimo, o que justificou, na hipótese, a ordem para a sua remoção da Internet (Apelação Cível 556.090.4/4-00, j. 12.06.2008).

aplicações de Internet. Embora não tenha estabelecido parâmetros claros para a solução da grande maioria das colisões, o “Marco Civil da Internet” trouxe importante previsão acerca da necessidade de identificação clara e específica do conteúdo a ser removido, que permita a localização inequívoca do material – o que muitas vezes é crucial para a viabilidade técnica e efetividade das medidas. A regra prevista no artigo 21, ao estabelecer que o provedor deverá agir independentemente de ordem judicial nas situações ali delimitadas, também é de suma importância para a tutela do direito à intimidade em situações extremas envolvendo cenas de nudez e atos de natureza sexual.

6.4 Exame de casos

6.4.1 *Breves considerações sobre o método*

Não se pretende, a essa altura, utilizar casos como mera ilustração dos aspectos aqui tratados e reforço argumentativo, como foi feito até então. O objetivo traçado para este trabalho consiste em um exame mais sistemático dos casos até então julgados pelo Superior Tribunal de Justiça,⁴⁶⁹ a fim de constatar como vêm sendo decididas as colisões entre o direito à informação e os direitos da personalidade, quando estas têm por objeto os resultados expostos sob a forma de *links* em pesquisas realizadas com mecanismos de busca na Web.

Cumprir verificar qual dos direitos fundamentais em colisão tem sido com mais frequência restringido e qual tem prevalecido no posicionamento do Superior Tribunal de Justiça. Impõe-se também observar nesses casos, com base em uma perspectiva crítica, se o Superior Tribunal de Justiça apresentou a necessária fundamentação.⁴⁷⁰

⁴⁶⁹ A relevância de um exame sistemático da jurisprudência em trabalhos acadêmicos foi abordada por VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 32-34.

⁴⁷⁰ Conforme refere VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, a adoção da teoria do suporte fático amplo dos direitos fundamentais e da teoria externa exige uma fundamentação constitucional para as restrições a esses direitos, o que impõe um ônus argumentativo ao juiz. Trata-se, como refere o autor, de “uma tentativa de criar condições de diálogo intersubjetivo e de controle social da

É necessário ressaltar, contudo, que esse exame é de amplitude restrita, especialmente em razão da atualidade do tema, que resulta na existência de apenas três casos julgados por tribunal superior no Brasil.⁴⁷¹ Após a análise dos casos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça,⁴⁷² pretende-se examinar a fundamentação exposta nos acórdãos para, ao final, examinar as diferentes formas de interferência à luz da proporcionalidade.

6.4.2 Os casos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça

6.4.2.1 Recurso Especial 1.316.921

O primeiro precedente de tribunal superior brasileiro a respeito do tema foi o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 1.316.921, de 29 de junho de 2012, da relatoria da Ministra Nancy Andrighi, da Terceira Turma, que diz respeito a pretensão fundada em conteúdo de imagem e vídeo da autora em um contexto específico.

O caso consiste em ação judicial movida por Maria da Graça Xuxa Meneghel contra o provedor Google Brasil Internet Ltda., visando fosse determinada a exclusão de todo e qualquer resultado no Google Search para pesquisas realizadas a partir da expressão “xuxa pedófila” “ou, ainda, qualquer outra que associe o nome da autora, escrito parcial ou integralmente, e independentemente de grafia, se correta ou equivocada, a uma prática criminosa qualquer”. De início já é possível notar que o

atividade do Legislativo e do Judiciário, a partir de um modelo que impõe, *a todo o tempo*, exigências de fundamentação” (*Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 253-254).

⁴⁷¹ Até o momento, não se tem notícia de qualquer julgado do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria ou de qualquer caso a esse respeito em que tenha sido reconhecida a repercussão geral da questão constitucional.

⁴⁷² Os Recursos Especiais 1.316.921 e 1.407.271 e a Reclamação 5072 serão examinados não só por representarem, até o momento, os três únicos precedentes de tribunal superior brasileiro a respeito do tema, mas também por terem apresentado uma extensa fundamentação sobre diversos aspectos relevantes, inclusive de caráter técnico, para a solução de colisões semelhantes. Como ficará claro, esses casos constituem relevante ferramenta de trabalho em relação a diversos aspectos tratados ao longo deste estudo.

pedido formulado nessa ação é extremamente genérico, seja em relação às expressões que se procurou restringir, seja no tocante aos conteúdos relacionados a qualquer prática criminosa.

Conforme narra o acórdão, a antecipação dos efeitos da tutela foi concedida em primeira instância, determinando-se ao provedor réu que:

[...] se abstenha de disponibilizar aos seus usuários, no *site* de buscas Google, quaisquer resultados/*links* na hipótese de utilização dos critérios de busca “Xuxa”, “pedófila”, “Xuxa Meneguel”, ou qualquer grafia que se assemelhe a estas, isoladamente ou conjuntamente, com ou sem aspas, no prazo de 48 horas, a contar desta intimação, pena de multa cominatória de R\$20.000,00 por cada resultado positivo disponibilizado ao usuário.

Além de ser genérica por não se resumir aos termos especificados, a ordem determinou a implementação de filtros inclusive para o termo isolado “pedófila”, cujos resultados em grande parte não se referiam ao objeto da ação ou mesmo à apresentadora. Essas peculiaridades, que deixaram de ser devidamente consideradas na decisão que concedeu a antecipação dos efeitos da tutela originariamente, denotam, na hipótese, a desproporcionalidade da restrição imposta ao direito à informação, sobretudo porque tal restrição afetou conteúdos que nem mesmo foram apreciados em Juízo.

Ao apreciar agravo de instrumento interposto pelo provedor réu, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro restringiu a liminar “apenas às imagens expressamente referidas pela parte agravada”,⁴⁷³ que se referem a cenas do filme *Amor Estranho Amor* (1982), no qual a apresentadora representou relações eróticas com um menino de 12 anos de idade.

O Superior Tribunal de Justiça examinou o caso com o objetivo de determinar os limites da responsabilidade do provedor que disponibiliza mecanismos de

⁴⁷³ No entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, “ainda que a agravante possa não ser juridicamente responsável pela veiculação dessas imagens na rede de computadores, pode ela ser o destinatário da determinação judicial, em caráter cautelar, de sua cessação – considerando a quase inviabilidade fática de, para tal conclusão, demandar contra cada um dos *uploaders* isolados de imagens eróticas da agravada”.

busca na Web pelo conteúdo dos respectivos resultados, indicados sob a forma de *links* para *websites* disponíveis na Internet.

Considerando o mecanismo de funcionamento do “Google Search” oferecido pelo provedor réu, o Superior Tribunal de Justiça delimitou sua natureza jurídica como “provedor de conteúdo”, dado que “esses sites não incluem, hospedam, organizam ou de qualquer outra forma gerenciam as páginas virtuais indicadas nos resultados disponibilizados, se limitando a indicar *links* onde podem ser encontrados os termos ou expressões de busca fornecidos pelo próprio usuário”.

Ainda que esse aspecto específico tenha sido analisado sob a ótica da legislação infraconstitucional, mais precisamente com base no Código de Defesa do Consumidor, o Superior Tribunal de Justiça, na linha dos aspectos técnicos e jurídicos já referidos neste trabalho, compreendeu que não compete ao provedor que oferece um mecanismo de busca na Web realizar qualquer controle sobre o resultado das pesquisas, inclusive diante da dificuldade de se criarem parâmetros para eventual restrição de *links* dos resultados:

No que tange à filtragem do conteúdo das pesquisas feitas por cada usuário, não se trata de atividade intrínseca ao serviço prestado, 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 pesquisas.

[...]

Por outro lado, há que se considerar a inviabilidade de se definirem critérios que autorizariam o veto ou o descarte de determinada página. Ante a subjetividade que cerca o dano psicológico e/ou à imagem, seria impossível delimitar parâmetros de que pudessem se valer os provedores para definir se um conteúdo é potencialmente ofensivo. Por outro lado, seria temerário delegar esse juízo de discricionariedade aos provedores.

Ao examinar o argumento do Tribunal de origem no sentido de que o provedor réu poderia ser o destinatário da ordem judicial em razão da inviabilidade de que a autora demandasse contra cada um dos *uploaders* das imagens, ou seja, diretamente contra os responsáveis pela inserção do conteúdo na Internet, o Superior Tribunal de Justiça, mais uma vez levando em consideração os aspectos técnicos e jurídicos aqui considerados, ponderou que:

(i) os *links* expostos nos resultados das pesquisas referem-se a *websites* públicos cujo conteúdo, ainda que ilícito, é de livre acesso;

(ii) ainda que os mecanismos de busca na Web facilitem a localização e acesso a esses *websites*, “fato é que essas páginas são públicas e compõem a rede mundial de computadores e, por isso, aparecem no resultado dos *sites* de pesquisa”; e

(iii) ainda que haja dificuldades a esse respeito,⁴⁷⁴ cabe ao ofendido adotar as medidas cabíveis para a remoção de conteúdos ilícitos da Internet diretamente contra aos responsáveis pela sua inserção na Internet, seja porque não há tecnologia passível de identificar esses conteúdos, seja porque o controle prévio dos *links*, pelo provedor que oferece mecanismo de busca na Web, afetaria a disponibilização de conteúdos em tempo real no âmbito da Internet, o que constitui um de seus mais importantes atrativos.

No mais, ao examinar os “comandos objetivos”⁴⁷⁵ que poderiam, sob o ponto de vista técnico, ser cumpridos pelo provedor réu, o acórdão parte para uma análise pautada na “razoabilidade de se impor esse tipo de restrição aos provedores de pesquisa”.

Quanto a esse aspecto, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a implementação de filtros baseados em palavras-chave, como as indicadas pela autora (“Xuxa”, “Xuxa pedófila” etc.), seria uma medida de pouca efetividade, podendo ser facilmente burlada, e que representaria incentivo à ação de *hackers* com o objetivo de facilitar o acesso ao conteúdo restringido. Além disso, a medida não seria efetivada por

⁴⁷⁴ Nesse aspecto, o acórdão ressalva que “Não se ignora a evidente dificuldade de assim proceder, diante da existência de inúmeras páginas destinadas à exploração de conteúdo ilícito – sobretudo imagens íntimas, sensuais e/ou pornográficas, como é o caso dos autos –, mas isso não justifica a transferência, para mero provedor de serviço de pesquisa, da responsabilidade pela identificação desses *sites*, especialmente porque teria as mesmas dificuldades encontradas por cada interessado individualmente considerado”.

⁴⁷⁵ Tais “comandos objetivos” correspondem à implementação de filtros nos motores de busca, de forma a impedir a realização de pesquisas baseadas em determinadas palavras-chave. No caso concreto, a medida implicaria não expor qualquer *link* para o resultado de pesquisas a partir de termos como “Xuxa”, “pedófila” e “Xuxa Meneghel”.

mecanismos de busca na Web localizados em outros países, que continuariam a expor os *links* nos resultados de suas pesquisas.⁴⁷⁶

Outro ponto destacado pelo Superior Tribunal de Justiça foi a demasiada restrição que a medida implicaria ao direito à informação ao impedir a localização de conteúdos disponíveis na Internet, ainda que lícitos e não relacionados à matéria controvertida no processo, o que evidencia a desproporcionalidade da restrição pretendida pela autora:

Em segundo lugar, há que se considerar que essa forma de censura dificulta sobremaneira a localização de qualquer página com a palavra ou expressão proibida, independentemente do seu conteúdo ser ou não ilegal, tolhendo o direito à informação.

Na hipótese específica dos autos, por exemplo, a proibição de que o serviço da recorrente aponte resultados na pesquisa da palavra “pedofilia” impediria os usuários de localizarem reportagens, notícias, denúncias e uma infinidade de outras informações sobre o tema, muitas delas de interesse público. A vedação restringiria, inclusive, a difusão de entrevista concedida recentemente pela própria recorrida, abordando a pedofilia e que serve de alerta para toda a sociedade. Curiosamente, a vedação dificultaria até mesmo a divulgação do próprio resultado do presente julgamento!

Os exemplos acima ilustram a importância dos *sites* de pesquisa e o quão pernicioso pode ser a imposição de restrições ao seu funcionamento.

Ao realizar o sopesamento propriamente dito entre os direitos à imagem e à honra invocados pela apresentadora e o direito da coletividade à informação, sob as condições do caso concreto, o Superior Tribunal de Justiça entendeu ser o caso de restringir os primeiros. Houve extensa fundamentação no acórdão a respeito do sopesamento:

A verdade é que 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, § 1.º, da CF/88,

⁴⁷⁶ O Superior Tribunal de Justiça também poderia ter afirmado que a medida não seria efetivada por mecanismos de busca na Web oferecidos por outros provedores inclusive no Brasil, uma vez que estes não figuram no polo passivo da ação.

sobretudo considerando que a Internet representa, hoje, importante veículo de comunicação social de massa.

Embora seja possível identificar a existência de páginas ofensivas à pessoa da recorrida, seriam imensuráveis os danos derivados das restrições por ela pretendidas para impedir a facilitação no acesso aos respectivos *sites*, prejuízos esses que atingiriam até mesmo a própria recorrida na divulgação do seu trabalho e construção da sua imagem.

O próprio acórdão recorrido frisa que os documentos acostados aos autos evidenciaram que “a grande maioria dos resultados é de *links* inofensivos, e até laudatórios a respeito da agravada” (fl. 316, e-STJ).

Nesse contexto, não se mostra aceitável nem mesmo a exigência de que a pesquisa exclua a reprodução de imagens encontradas nas páginas apontadas no resultado respectivo. Persistiria a impossibilidade técnica supramencionada – de se identificar quais imagens teriam conteúdo ofensivo ou ilícito –, sendo que a retirada indiscriminada de todas as imagens implicaria mais uma vez na violação do direito à informação.

Assim, conclui-se que os provedores de pesquisa não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão.

Por fim, foi examinada pelo Superior Tribunal de Justiça a viabilidade de restringir *links* para um conteúdo determinado e previamente indicado pela vítima, ou seja, no caso concreto, as imagens da apresentadora relacionadas a cenas do filme. Nesse ponto específico, o acórdão considerou que, ainda que os pedidos de remoção de *links* sejam formulados judicialmente e que o interessado especifique todos os *links* (URLs) a serem removidos, a medida esbarra na falta de interesse processual do interessado.

Isso porque, conhecendo os *websites* que apresentam o conteúdo que reputa ilícito ou ofensivo, o interessado poderá identificar o próprio responsável pela inclusão do conteúdo e/ou o provedor de hospedagem do *website*, de forma que poderá agir diretamente contra estes para obter a remoção do conteúdo da Internet – o que fará com que não sejam mais expostos quaisquer *links* nos resultados das pesquisas para direcionar os usuários ao conteúdo em questão:

Conclui-se, portanto, que 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.

[...]

No particular, não haverá nenhum interesse em demandar contra o provedor de pesquisa, pois, munida do URL da página onde inserido o

conteúdo dito ofensivo (indispensável para o exercício da ação), poderá a vítima acionar diretamente o autor do ato ilícito, com o que, julgado procedente o pedido e retirada da Internet a página, o respectivo conteúdo será automaticamente excluído do resultado das buscas realizadas junto a qualquer provedor de pesquisa.

Dessa forma, verifica-se ser incabível impor aos provedores de pesquisa a obrigação de eliminar do seu sistema os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação do URL da página onde estiver inserido.

No tocante ao caso concreto, o Superior Tribunal de Justiça afastou a imposição de multa (*astreintes*) ao provedor réu, reconhecendo que a obrigação de excluir *links* para determinadas imagens dos resultados de pesquisa com o “Google Search” seria medida tecnicamente impossível de ser cumprida. E, ainda que os *links* fossem especificados, entendeu o Superior Tribunal de Justiça que “isso implicaria ausência de interesse de agir da recorrida”, ressaltando-se, ao final, que “[...] verificou-se neste julgado, de uma forma mais ampla, o descabimento de se impor aos provedores de pesquisa qualquer restrição nos resultados das buscas realizadas por seus sistemas, sob pena de afronta ao direito constitucional de informação”.

Do exame desse acórdão e das diversas circunstâncias do caso concreto é possível delimitar os critérios utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça para o sopesamento:

(i) Medida avaliada: exclusão de *links* para determinadas imagens dos resultados de pesquisa com mecanismo de busca na Web e a implementação de filtros por palavras-chave;

(ii) Principais critérios utilizados no sopesamento (argumentação utilizada para determinar o peso da restrição ao direito à informação e a importância da realização dos direitos à honra e à imagem no caso concreto): o fato de as pesquisas serem realizadas em um universo virtual que é público e de livre acesso; a viabilidade de se obter a exclusão das imagens diretamente nos *websites* de origem, medida que confere maior efetividade aos direitos à honra e à imagem e restringe em menor medida o direito à informação; a inexistência de tecnologia passível de identificar os conteúdos; a impossibilidade de controle prévio dos *links*, o que afetaria a disponibilização de conteúdos em tempo real na Internet; a pouca efetividade da implementação de filtros

baseados em palavras-chave e a possibilidade de afetar em grande medida conteúdos lícitos e não relacionados à matéria controvertida no processo.

Desse acórdão é possível extrair regra pela qual o direito da coletividade à informação prevalece sobre os direitos da personalidade da autora, não sendo cabível qualquer forma de interferência nos resultados das pesquisas com mecanismos de busca na Web. Para alcançar a tutela de seus direitos da personalidade, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que caberia à autora demandar diretamente contra os responsáveis por cada um dos *websites* em que veiculado o conteúdo reputado ilícito.

Contrariando as premissas deste estudo, o acórdão também parece desvincular a decisão das circunstâncias do caso concreto, procurando criar uma regra abstrata e generalista para a solução dessas colisões. Da leitura do acórdão é possível extrair que toda e qualquer colisão entre o direito à informação e os direitos da personalidade relacionada a resultados de pesquisas com mecanismos de busca na Web resultaria na prevalência absoluta do primeiro sobre o segundo, independentemente das circunstâncias do caso concreto. Esse aspecto da decisão será analisado mais adiante.

6.4.2.2 *Recurso Especial 1.407.271*

O segundo caso examinado pelo Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, foi o Recurso Especial 1.407.271, julgado em 21 de novembro de 2013, também da relatoria da Ministra Nancy Andrighi, da Terceira Turma. Também nesse caso, a pretensão da autora dizia respeito à interferência no resultado de pesquisas em vista de vídeo com imagens íntimas suas disponíveis em *websites* na Internet.

O caso consiste em ação movida por K.R.C. também contra o provedor Google Brasil Internet Ltda., visando, dentre outros pedidos, a remoção de quaisquer *links* expostos nos resultados de pesquisas com o Google Search a partir do nome da autora, “isoladamente e com relação à empresa onde trabalhava”. Isso porque, conforme contextualizado no acórdão “a autora era empregada de emissora de televisão, tendo sido demitida após a captura, em seu *e-mail* corporativo, de vídeo contendo cenas

íntimas gravadas nas dependências da empresa. O mencionado vídeo foi postado na Internet, sendo facilmente localizável mediante busca no Google Search, [...]”.

Nesse caso específico, o provedor réu celebrou acordo com a autora, pelo qual se comprometeu, dentre outras providências, a excluir *links* indicados no resultado de pesquisas com o Google Search a partir das expressões “Kelly Cinelli TV Record”, “Kelly Cinelli Advogada”, “Kelly Cinelli banheiro” e “Kelly Cinelli Record”.

O acórdão dá início ao exame do caso retomando as conclusões do precedente já analisado, mas deixando claro que não se poderiam ignorar os termos do acordo celebrado nos autos. Especificamente em relação aos termos do acordo, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a obrigação é tecnicamente possível de ser cumprida, porém inócua, pois “o vídeo poderá circular na web com outros títulos e denominações”.

Não obstante esse aspecto, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que o maior empecilho para o cumprimento da obrigação assumida pelo provedor não era a ineficácia da medida, e sim a demasiada restrição à “liberdade de plena informação”. A conclusão do acórdão foi exposta da seguinte forma:

28. Em síntese, mesmo que o resultado prático dos acordos firmados seja considerado satisfatório pela autora – superando a questão atinente à sua ineficácia – sobressai a impossibilidade legal da obrigação assumida pela Google, cujo efetivo cumprimento criaria embaraço ao direito constitucional à informação.

O Superior Tribunal de Justiça também pontuou no acórdão que a autora se utilizou de um meio impróprio para o objetivo almejado, que seria o de remover o vídeo da Internet. Isso porque a ação foi ajuizada exclusivamente contra o provedor Google, sendo possível localizar os mesmos *links* por meio de outros mecanismos de busca na Web disponibilizados por seus concorrentes.

Ainda nesse aspecto, mencionou-se que “O esperado, portanto, é que a vítima se volte contra o responsável direto pela postagem da mensagem ou imagem ofensiva, especialmente se a sua maior preocupação é evitar que o conteúdo continue

circulando na rede”. A viabilidade dessa medida era clara no caso concreto, pois, segundo a própria autora, o vídeo foi capturado por funcionários da empresa onde trabalhava, após o furto de senha de seu *e-mail* pessoal e corporativo, o que traduz uma maior facilidade para identificação do suspeito.

Os seguintes critérios utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça para o sopesamento:

(i) Medida avaliada: exclusão de *links* para o vídeo dos resultados de pesquisa com mecanismo de busca na Web e a implementação de filtros por palavras-chave;

(ii) Principais critérios utilizados no sopesamento (argumentação utilizada para determinar o peso da restrição ao direito à informação e a importância da realização dos direitos à intimidade e à imagem no caso concreto): o fato de as pesquisas serem realizadas em um universo virtual que é público e de livre acesso; a viabilidade de se obter a exclusão do vídeo diretamente nos *websites* de origem, medida que confere maior efetividade aos direitos à intimidade e à imagem e restringe em menor medida o direito à informação; a inexistência de tecnologia passível de localizar o vídeo; a impossibilidade de controle prévio dos *links*, o que afetaria a disponibilização de conteúdos em tempo real na Internet; a pouca efetividade da implementação de filtros baseados em palavras-chave; a possibilidade de afetar em grande medida conteúdos lícitos e não relacionados à matéria controvertida no processo; e a facilidade da identificação dos responsáveis pela inserção do conteúdo na Internet.

Extraí-se desse acórdão a mesma regra obtida do precedente anteriormente analisado, qual seja aquela que prevê a prevalência do direito da coletividade à informação sobre os direitos da personalidade da autora. Como consequência, as interferências nos resultados das pesquisas com o mecanismo de busca Google Search, mesmo aquelas previstas no acordo judicial celebrado nos autos, foram consideradas descabidas. Além disso, mais uma vez o Superior Tribunal de Justiça ponderou que a remoção do conteúdo deveria ser demandada diretamente contra os responsáveis pelos *websites* em que veiculado, destacando-se, diante das circunstâncias do caso concreto, a facilidade para a identificação dos responsáveis pela inclusão do conteúdo na Internet.

6.4.2.3 Reclamação 5072

O terceiro e último caso examinado pelo Superior Tribunal de Justiça foi a Reclamação 5072, julgada em 11 de dezembro de 2013, pela Segunda Seção.

O acórdão é, em determinados aspectos, similar aos precedentes anteriores já examinados. No entanto, a controvérsia submetida à apreciação do Superior Tribunal de Justiça foi apenas a exigência de multa diária (*astreintes*) pelo descumprimento de ordem judicial que determinou a exclusão de *links* expostos no resultado de pesquisas. No âmbito dessa análise, coube ao Tribunal avaliar se essa obrigação imposta ao provedor Google Brasil Internet Ltda.⁴⁷⁷ seria ou não passível de cumprimento e, conseqüentemente, manter ou afastar a incidência das *astreintes*. E quanto a esse aspecto houve divergência entre os Ministros da Segunda Seção.

O Relator, Ministro Marco Buzzi, entendeu pela possibilidade de cumprimento da ordem judicial, sob o fundamento de que:

Acrescenta-se, ainda, que, em consulta realizada no setor de informática desta eg. Corte Superior, esta Relatoria obteve a informação de que o reclamante possui, em seus sistemas de busca, ferramentas aptas a remover informações, conteúdos, “links” ou imagens dos resultados de busca.

Ou seja, é possível à reclamante o controle, em seu âmbito de atuação, das informações e conteúdos disponibilizados aos usuários, afastando-se, por conseguinte, *data venia*, o fundamento da reclamante de que o r. decisum cominado pela Turma Recursal comina “obrigação de impossível cumprimento” ((fl. 5/6, e-STJ)

[...]

3. Ainda que se pretenda discutir a viabilidade prática de se cumprir o comando judicial, que é de se retirar matéria jornalística do provedor da Google, constata-se que é, sim, possível à reclamante impedir o acesso de seus usuários.

⁴⁷⁷ Conforme transcrito no acórdão, a obrigação imposta ao provedor em sede de antecipação de tutela foi a seguinte: “a retirada de seus registros, na Internet, da página original da reportagem veiculada no sítio eletrônico www.terra.com.br/istoe/edições/2089/artigo156618-2.htm, ainda que albergada em outros sítios em questão, bem como proceda a suspensão em seus mecanismos de busca e associação do nome do reclamante, Pedro Luis Longo e suas variantes (Pedro Luis Longo, Pedro Luiz Longo e Pedro Longo) à referida matéria e suas reproduções ou ao tema (pedofilia, pedófilos, etc)”.

A Ministra Nancy Andrichi, por sua vez, iniciou a controvérsia ao manter o mesmo posicionamento dos precedentes anteriores de sua relatoria. A Ministra entendeu pela impossibilidade técnica e jurídica de cumprimento da ordem judicial que deu origem à multa e também acrescentou que o cumprimento da obrigação, na forma em que determinada, implicaria inclusive restringir *links* para *sites* que esclarecem o equívoco relacionado ao conteúdo que o autor procurava restringir:

Em suma, pois, a obrigação de fazer imposta ao GOOGLE na hipótese específica dos autos, na condição de provedor de site de pesquisa virtual, se mostrava desde o início impossível de ser efetivada, daí decorrendo a teratologia da decisão que fixou multa cominatória para o caso de descumprimento, com clara violação do art. 461, § 5º, do CPC.

Aliás, nos documentos juntados pelo próprio autor na tentativa de demonstrar o descumprimento da medida judicial, constata-se que a busca via GOOGLE SEARCH trouxe como primeiros resultados as notícias de que “Juiz acusado injustamente por revista ganha direito de resposta” e “Asmac divulga nota condenando exposição pública do Juiz Pedro Longo” (fl. 404, e-STJ). Fosse a limitação contida na decisão judicial posta em prática, estas notícias – favoráveis à pessoa do autor e de interesse público – seriam suprimidas do resultado da pesquisa. Curiosamente, a vedação dificultaria até mesmo a divulgação do próprio resultado do presente julgamento!

O entendimento da Ministra Nancy Andrichi veio a prevalecer, resultando no completo afastamento da multa imposta ao provedor Google, sob o fundamento de que a obrigação de restrição de *links* seria impossível de ser cumprida, caracterizando-se como teratológica, pois, a multa diária imposta. Essa decisão reforça a tendência do Superior Tribunal de Justiça em, diante das circunstâncias técnicas e jurídicas relacionadas ao tema, não admitir interferências no resultado de pesquisas feitas com mecanismos de busca na Web em qualquer hipótese.

6.4.3 Considerações sobre os casos examinados e sobre o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça

Não obstante o Superior Tribunal de Justiça tenha apresentado uma extensa fundamentação nas hipóteses examinadas, os dois primeiros precedentes analisados

contêm condições fáticas diversas e que justificam soluções opostas de precedência dos direitos envolvidos.

Em suma, nos acórdãos proferidos nos recursos especiais examinados, o Superior Tribunal de Justiça generalizou o seu entendimento de que qualquer tipo de interferência nos resultados das pesquisas com mecanismos de busca na Web, seja por meio de filtros por palavras-chave, seja pela exclusão de *links* específicos (*URLs*), seria descabida, por representar uma afronta ao direito da coletividade à informação. No entendimento do Superior Tribunal de Justiça, não há que restringir o acesso a *websites* que estão publicamente disponíveis, e qualquer restrição nesse sentido deve recair sobre o *website* em que veiculado o conteúdo.

Cumprido ponderar, no entanto, que, além da necessidade de avaliar as circunstâncias específicas do caso concreto – o que impede soluções generalistas como esta –, em algumas hipóteses a exclusão de *links* específicos (*URLs*) para *websites* que permitam o acesso direto ao conteúdo questionado, e quando este não seja um conteúdo de interesse público, não constituiria restrição desproporcional ao direito à informação, representando uma forma de tutela aos direitos da personalidade da parte afetada que não pode ser descartada de antemão.

Ademais, considerando a existência de uma pretensão específica e autônoma contra os mecanismos de busca na Web, e que poderia ser implementada por meio de suas ferramentas, não há que falar em ausência de interesse processual do interessado, na linha, inclusive, do previsto no Marco Civil. O fato de existir uma medida mais efetiva (remoção do conteúdo diretamente do *website* em que veiculado) não enseja a falta de interesse processual para demandar contra o mecanismo de busca na Web.

O interessado deve ter ciência, porém, de que, ainda que demande e obtenha a restrição de resultados junto a um mecanismo de busca na Web, o conteúdo continuará disponível na Internet, podendo ser acessado diretamente no *website* de origem ou por meio de pesquisas realizadas com outros mecanismos não afetados por medidas semelhantes de interferência. Por conseguinte, se o objetivo do interessado é obter a completa remoção do conteúdo da Web, certamente será inadequado demandar contra

os mecanismos de busca na Web. Assim também ponderou adequadamente o Superior Tribunal de Justiça:

[...] se o principal objetivo da autora de fato sempre foi extirpar o vídeo da Internet, conclui-se que o caminho por ela eleito foi impróprio.

38. Em primeiro lugar, chama atenção o fato de ter agido exclusivamente contra a Google, quando o vídeo pode ser localizado mediante utilização de diversos outros provedores de pesquisa virtual. Em consulta aos *sites* Cadê e Bing, por exemplo, mantidos pelas empresas Yahoo e Microsoft, foi possível encontrar mais de 100.000 resultados para a busca das expressões objeto dos acordos judiciais.

39. Por outro lado, como reiteradas vezes frisado, os *sites* de pesquisa se limitam a indicar o conteúdo existente na rede mundial de computadores, cujo acesso é público. O simples fato de a busca bloquear um determinado resultado não retira o respectivo conteúdo da Internet, que continua podendo ser livremente acessado.

40. O esperado, portanto, é que a vítima se volte contra o responsável direto pela postagem da mensagem ou imagem ofensiva, especialmente se a sua maior preocupação é evitar que o conteúdo continue circulando na rede.⁴⁷⁸

Por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça deixou de considerar as diferenças fáticas dos casos concretos, que levariam a soluções opostas como resultado do sopesamento. Com efeito, enquanto no primeiro caso o conteúdo foi extraído de cenas de um filme, sendo a autora uma figura pública muito conhecida, no segundo caso o conteúdo consiste em vídeo com cenas íntimas de caráter privado e que foram obtidas e divulgadas sem autorização da autora, mediante furto de senha pessoal de seu correio eletrônico.⁴⁷⁹

Com base na premissa necessária de que não se pode generalizar e pretender uma solução em abstrato para as colisões aqui examinadas, cumpre mencionar que, ao menos no segundo caso analisado, cujo conteúdo claramente expõe de forma ampla a intimidade da autora e não é dotado de qualquer interesse público, sequer envolvendo

⁴⁷⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.407.271, 3.^a Turma, Brasília, 21.11.2013.

⁴⁷⁹ Nesse sentido, GILMAR FERREIRA MENDES e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO apontam que “há que se levar em consideração o modo como ocorreu o desvendamento do fato relatado ao público. Diferem entre si os casos em que um aspecto da intimidade de alguém é livremente exposto pelo titular do direito daqueles outros em que a notícia foi obtida e propalada contra a vontade do seu protagonista” (*Curso de direito constitucional*, p. 283).

uma figura pública, vislumbra-se a presença de condições concretas que permitiriam uma fundamentação adequada no sentido de restringir *links* específicos expostos nos resultados de pesquisas, embora a solução mais eficiente para tutelar os direitos da autora fosse realmente a exclusão do conteúdo diretamente dos *websites* em que veiculado.

Tanto é assim que a hipótese se enquadra perfeitamente na regra prevista no artigo 21 do “Marco Civil da Internet”.⁴⁸⁰ Com efeito, tratando-se de vídeo com cenas de nudez de caráter privado e que expõe a intimidade da autora, inserido na Internet sem a sua autorização, o legislador houve por bem estabelecer que a remoção – seja dos próprios *websites*, seja de *links* indicados nos resultados das pesquisas com mecanismos de busca na Web – possa ser requerida pelo interessado ou por seu representante legal por meio de mera notificação extrajudicial. Assim, o legislador também entendeu que nessa hipótese o direito à intimidade há que prevalecer sobre o direito à informação.

Certamente haveria dificuldade na especificação de todos os *links* a serem removidos dos resultados das pesquisas, em especial porque, após a efetivação da medida, o mesmo conteúdo poderia ser novamente inserido em outros *websites*. No entanto, ainda assim a medida contribuiria para a tutela do direito à intimidade da autora, afetando minimamente o direito à informação, o que justificaria a sua determinação no caso concreto.

Importante referir que o próprio acórdão do Superior Tribunal de Justiça ressalva que não há que pretender uma solução ideal⁴⁸¹ para essas colisões, bastando

⁴⁸⁰ “Art. 21. O provedor de aplicações de Internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, vídeos ou outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo.

Parágrafo único. A notificação prevista no *caput* deverá conter, sob pena de nulidade, elementos que permitam a identificação específica do material apontado como violador da intimidade do participante e a verificação da legitimidade para apresentação do pedido.”

⁴⁸¹ Nesse aspecto, importante pontuar que a tutela no âmbito da Internet deve ser compreendida como aquela *possível*. “A arquitetura da Internet dificulta a obtenção de uma tutela perfeita, pois ela foi originalmente projetada para permitir o compartilhamento livre de informações, ainda que ofereça alguns mecanismos de controle.” Isso não significa, porém, “que seja impossível obter uma tutela eficiente” (MARCEL LEONARDI, *Tutela e privacidade na Internet*, p. 338-339).

que a medida determinada equacione de maneira adequada e justificada os direitos em questão:

50. Ainda que não ideais, certamente incapazes de conter por completo a utilização da rede para fins nocivos, a solução ora proposta se afigura como a que melhor equaciona os direitos e deveres dos diversos usuários da web.

[...]

52. As adversidades indissociáveis da tutela das inovações criadas pela era digital dão origem a situações cuja solução pode causar certa perplexidade. Há de se ter em mente, no entanto, que a Internet é reflexo da sociedade e de seus constantes avanços. Se, ainda hoje, não conseguimos tutelar com total equidade direitos seculares e consagrados, seria utopia contar com resultados mais eficientes nos conflitos relativos à rede mundial de computadores.⁴⁸²

No tocante especificamente ao primeiro caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, por outro lado, a restrição de *links* seria uma medida mais discutível e controvertida, diante das circunstâncias do caso concreto, pois, desprezando-se a questão dos direitos autorais envolvidos na hipótese, a autora é uma figura pública⁴⁸³ e o conteúdo consiste em cenas de um filme no qual ela atuou voluntariamente como atriz. A natureza do conteúdo (filme), cuja publicidade é inerente, e o fato de se tratar de uma pessoa pública revelam que a restrição de *links* indicados no resultado de pesquisas poderia representar uma restrição desproporcional ao direito à informação.

Apenas a título de argumentação, cumpre referir que essa hipótese específica parece não se enquadrar nem mesmo na regra prevista no artigo 21 do “Marco Civil da Internet”. Embora o vídeo e as fotografias extraídas do filme contenham cenas de nudez da apresentadora, tais imagens não foram obtidas em caráter privado e, à época, foram expressamente autorizadas pela apresentadora, como

⁴⁸² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.407.271, 3.^a Turma, Brasília, 21.11.2013.

⁴⁸³ Nesse ponto, é importante considerar, na linha do que sustentam GILMAR FERREIRA MENDES e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, que também em relação a artistas de renome “pode haver interesse em conhecer aspectos das suas vidas determinantes para a conquista do estrelato, que podem inspirar a tomada de decisões vitais por quem recebe as notícias. Entende-se que é possível a divulgação de aspectos da vida privada da pessoa pública que influíram na sua formação, como a sua origem, os estudos, trabalhos, desafios vividos e predileções que demonstrem pendores especiais” (*Curso de direito constitucional*, p. 285).

consequência da sua voluntária participação no elenco do filme, pelo qual ela foi inclusive remunerada.

No mais, com base no que já se referiu neste estudo, considera-se adequado o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça ao não admitir a implementação de filtros por palavras-chave para restringir resultados de pesquisas com mecanismos de busca na Web. A medida certamente afetaria inúmeros direitos de terceiros, inclusive potenciais homônimos, além de não representar uma tutela mais efetiva aos direitos da personalidade do interessado.⁴⁸⁴

Pelo contrário, havendo interesse dos usuários em disseminar o conteúdo, estes sem dúvida poderiam se valer dos mais diversos termos e expressões para veiculá-lo na Web, com a conseqüente ineficácia de eventuais filtros implementados por meio de palavras-chave. Como se não bastasse esse aspecto, os *links* restringidos por meio dos filtros nem sempre apresentarão apenas o conteúdo que constitui objeto da ação, de modo que outros conteúdos nem sequer do conhecimento do Poder Judiciário ou das partes poderão ser afetados, inclusive conteúdos futuros, dada a natureza dinâmica da Internet, restringindo-se de forma desproporcional, nessas hipóteses, o livre fluxo e acesso à informação.

6.4.4 Considerações sobre a divergência de posicionamento entre o Superior Tribunal de Justiça e o Tribunal de Justiça da União Europeia

O posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça nos três acórdãos analisados apresenta pontos de divergência em relação àquele externado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia.⁴⁸⁵ Por essa razão e embora os aspectos fáticos das colisões submetidas à apreciação desses Tribunais tenham sido bastante diversos,

⁴⁸⁴ Para que não reste dúvida a esse respeito, basta imaginar o impacto da implementação do filtro determinada em primeira instância no âmbito do primeiro caso analisado, que impediria a localização de quaisquer resultados a partir da expressão “pedófila”.

⁴⁸⁵ Acórdão no processo C-131/12. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/tj-ue-google-direito-esquecimento.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2014.

optou-se por abordar de forma mais sistemática os principais pontos de divergência na argumentação.

Em primeiro lugar, importante acentuar que, ao contrário do que ocorre no Brasil, a União Europeia possui uma Diretiva específica sobre proteção de dados pessoais (Diretiva 95/46), que prevê conceitos precisos de “dados pessoais”,⁴⁸⁶ “tratamento de dados pessoais”⁴⁸⁷ e “responsável pelo tratamento”.⁴⁸⁸ No Brasil, a matéria ainda não tem previsão legal específica⁴⁸⁹ e sua tutela é limitada a dispositivos esparsos do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor, além de princípios constitucionais.⁴⁹⁰ Essa é a razão pela qual o Superior Tribunal de Justiça se valeu de princípios constitucionais em sua argumentação e o Tribunal de Justiça da União Europeia fundamentou sua decisão em dispositivos da Diretiva 95/46.

Da análise suprarreferida, verificou-se que o Superior Tribunal de Justiça concluiu pela impossibilidade de se impor interferências nos resultados das pesquisas, em razão, principalmente, dos seguintes aspectos: (i) o fato de as pesquisas serem realizadas em um universo virtual que é público e de livre acesso; (ii) a viabilidade de se obter a exclusão de conteúdos diretamente nos *websites* de origem, o que confere maior

⁴⁸⁶ “qualquer informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável (“pessoa em causa”); é considerado identificável todo aquele que possa ser identificado, direta ou indiretamente, nomeadamente por referência a um número de identificação ou a um ou mais elementos específicos da sua identidade física, fisiológica, psíquica, económica, cultural ou social”.

⁴⁸⁷ “qualquer operação ou conjunto de operações efetuadas sobre dados pessoais, com ou sem meios automatizados, tais como a recolha, registo, organização, conservação, adaptação ou alteração, recuperação, consulta, utilização, comunicação por transmissão, difusão ou qualquer outra forma de colocação à disposição, com comparação ou interconexão, bem como o bloqueio, apagamento ou destruição”.

⁴⁸⁸ “a pessoa singular ou coletiva, a autoridade pública, o serviço ou qualquer outro organismo que, individualmente ou em conjunto com outrem, determine as finalidades e os mesmos de tratamento dos dados pessoais; sempre que as finalidades e os meios do tratamento sejam determinados por disposições legislativas ou regulamentares nacionais ou comunitárias, o responsável pelo tratamento ou os critérios específicos para a sua nomeação podem ser indicados pelo direito nacional ou comunitário”.

⁴⁸⁹ Encontra-se em tramitação no Brasil o Anteprojeto de lei de proteção de dados pessoais, proposto pelo Ministério da Justiça em parceria com o Observatório Brasileiro de Políticas Digitais do Centro de Tecnologia e Sociedade da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro. Íntegra do Projeto de Lei disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/acessoainformacao/materiais-interesse/anteprojeto-lei-protecao-dados-pessoais.pdf>>. Acesso em 19 jun. 2014.

⁴⁹⁰ Sobre o tema, cf. ANDRÉ ZONARO GIACCHETTA; PAMELA GABRIELLE MENEGUETTI. O marco normativo da privacidade e da proteção de dados pessoais no Brasil.

efetividade à medida e restringe em menor medida o direito à informação; e (iii) a possibilidade de afetar conteúdos lícitos e não relacionados à matéria controvertida no processo. Em suma, para o Superior Tribunal de Justiça, mesmo as interferências tecnicamente viáveis representam uma afronta ao direito da coletividade à informação.

Diametralmente diversa foi a argumentação e a conclusão do Tribunal de Justiça da União Europeia. A partir dos conceitos previstos na Diretiva 95/46, o Tribunal concluiu que a atividade dos mecanismos de busca deve ser compreendida como *tratamento de dados pessoais*, sendo irrelevante o caráter público das informações e o fato de o “Google Search” não selecionar dados pessoais ou outras informações disponíveis na Internet. Para o Tribunal, o simples fato de dados pessoais serem capturados, armazenados e posteriormente expostos nos resultados das pesquisas, ainda que de forma automatizada e involuntária, evidenciaria a configuração de uma hipótese de tratamento de dados pessoais.

Quanto à responsabilidade do provedor em relação a esse tratamento, o Tribunal, também contrariamente ao posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, entendeu que não prospera a alegação de que o mecanismo de busca na Web opera de forma automatizada, não conhece os dados coletados e não exerce controle sobre eles. Nesse aspecto, o Tribunal entendeu que: (i) o próprio provedor determina as finalidades e os meios de tratamento de dados realizados por seu sistema; e (ii) a atividade do mecanismo de busca “tem um papel decisivo na difusão global dos referidos dados” e permite atingir “uma visão global mais estruturada das informações” sobre determinada pessoa, o que permite inclusive estabelecer um perfil dessa pessoa. Com base nessas premissas, concluiu o Tribunal:

Por conseguinte, na medida em que a atividade de um motor de busca é suscetível de afetar, significativamente e por acréscimo à dos editores de sítios web, os direitos fundamentais à vida privada e à proteção dos dados pessoais, o operador desse motor, como pessoa que determina as finalidades e os meios dessa atividade, deve assegurar, no âmbito das suas responsabilidades, das suas competências e das suas possibilidades, que essa atividade satisfaça as exigências da Diretiva 95/46, para que as garantias nela previstas possam produzir pleno efeito e possa efetivamente realizar-se uma proteção eficaz e completa das pessoas em causa, designadamente do seu direito ao respeito pela sua vida privada.

No mais, o Tribunal afastou o argumento do Google de que caberia ao interessado demandar diretamente contra os criadores e responsáveis pelo *websites* em que disponível o conteúdo. O Tribunal reconheceu que a facilidade com que informações podem ser reproduzidas na Internet e o fato de os responsáveis nem sempre estarem sujeitos à legislação da União são fatores que impedem uma proteção eficaz e completa das pessoas em causa. O Tribunal também considerou que as consequências do tratamento realizado pelo editor do *website* e pelo mecanismo de busca são diversas, de modo que o resultado da ponderação nem sempre será equivalente nessas hipóteses:

Com efeito, na medida em que a inclusão na lista de resultados, exibida na sequência de uma pesquisa efetuada a partir do nome de uma pessoa, de uma página *web* e das informações sobre essa pessoa nela contidas facilita sensivelmente a acessibilidade dessas informações a qualquer internauta que efetue uma pesquisa sobre a pessoa em causa e pode ter um papel decisivo na difusão das referidas informações, tal inclusão é suscetível de constituir uma ingerência mais importante no direito fundamental a respeito pela vida privada da pessoa em causa do que a publicação pelo editor dessa página *web*.

E quanto ao sopesamento propriamente dito, é possível constatar que os tribunais conferiram pesos diversos aos princípios em colisão. Enquanto o Superior Tribunal de Justiça privilegiou o direito da coletividade à informação, sob a premissa de que “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 representa, hoje, importante veículo de comunicação social de massa”, o Tribunal de Justiça da União Europeia conferiu maior peso aos direitos da personalidade, reconhecendo que tais direitos da pessoa em causa prevalecem, em princípio, sobre o interesse do público em ter acesso à informação em pesquisa realizada a partir do nome da pessoa em causa.

Examinados os casos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça e feitas as necessárias considerações a seu respeito, inclusive em comparação com o posicionamento do Tribunal de Justiça da União Europeia, importante analisar as medidas de interferência nos resultados de pesquisas à luz da regra da proporcionalidade. Com esse exame, pretende-se verificar se essas medidas passam no teste da proporcionalidade, em suas três sub-regras.

6.5 O exame das medidas de interferência nos resultados de pesquisas à luz da proporcionalidade

6.5.1 Adequação e necessidade

Como já se referiu no exame dos casos, a exclusão de *links* específicos (URLs) para *websites* que permitam o acesso direto ao conteúdo questionado não constitui, em algumas hipóteses, restrição desproporcional ao direito à informação, representando uma forma de tutela aos direitos da personalidade da parte afetada. Essa possibilidade, ao menos no que diz respeito ao direito à intimidade, é inclusive objeto de regra presente no artigo 21 do “Marco Civil da Internet”, como já mencionado. Necessária, pois, a análise das formas de interferência viáveis com base na regra da proporcionalidade.⁴⁹¹

Cumprir examinar especificamente as seguintes medidas de interferência no resultado de pesquisas com mecanismos de busca na Web: (i) a remoção de *links* específicos (URLs) para *websites* que apresentem o conteúdo reputado lesivo a direitos da personalidade; e (ii) a implementação de filtros nos mecanismos de busca, de modo a impedir a realização de pesquisas baseadas em determinadas palavras-chave.⁴⁹²

De tudo o que foi analisado neste trabalho, percebe-se que ambas as modalidades de interferência no resultado de pesquisas são medidas *adequadas* para tutelar direitos da personalidade, pois, ainda que não sejam capazes, por si sós, de satisfazer integralmente o desejo da vítima de ter o conteúdo removido da Internet, sem

⁴⁹¹ VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA refere que o recurso à regra da proporcionalidade deve ser reservado às hipóteses em que existe uma norma infraconstitucional, pois deve haver uma medida concreta a ser avaliada à luz das sub-regras da proporcionalidade (*Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 178-179). Neste trabalho, no entanto, embora não exista regra infraconstitucional específica para a hipótese (exceto o artigo 21 do “Marco Civil da Internet”), há a possibilidade de se examinarem, à luz da proporcionalidade, as diferentes pretensões de interferências em resultados de pesquisas com mecanismos de busca na Web, pretensões essas que podem ser interpretadas cada qual como uma medida concreta passível de ser analisada à luz da regra da proporcionalidade.

⁴⁹² Em razão de sua inviabilidade técnica já demonstrada, a adoção de medidas para impedir a indicação de *links* para *websites* que apresentem determinado conteúdo (não expresso em palavras-chave), exigindo avaliação especialmente de seu contexto, será descartada desse exame.

dúvida fomentam e contribuem para a tutela de seus direitos da personalidade, porque de certa forma dificultam a localização do(s) *website(s)* em que se encontra disponível o conteúdo reputado lesivo.⁴⁹³

Há que se partir, pois, para o exame da sub-regra da necessidade.

Ao examinar de forma genérica a sub-regra da necessidade em relação às interferências no resultado de pesquisas com mecanismos de busca na Web, MARCEL LEONARDI refere que:

[...] remover ou modificar resultados de pesquisas de mecanismos de busca, de modo *permanente*, quase sempre ofenderá a regra da proporcionalidade. Ainda que a medida possa ser considerada *adequada*, ou seja, apta a fomentar o objetivo visado – dificultar o acesso ao conteúdo ilegal – é altamente discutível se ela é *necessária*, pelo fato de restringir de modo muito intenso direitos de terceiros. Caso seja reconhecida a necessidade da medida, restará a análise de sua proporcionalidade em sentido estrito, que dependerá das circunstâncias do caso concreto, notadamente da finalidade do *Website* que se pretende bloquear e sua utilidade para terceiros.⁴⁹⁴

Tal exame, no entanto, é de maior complexidade e deve ser realizado em relação ao tipo específico de interferência no resultado das pesquisas com mecanismos de busca na Web. Como já exposto, o exame da sub-regra da *necessidade* implica um teste comparativo entre a medida que se pretende adotar e outra(s) medida(s) alternativa(s) que poderia(m) ser utilizada(s) para a mesma finalidade. Nessa análise, cumpre avaliar a eficiência de medidas existentes para a satisfação do objetivo pretendido e o grau de restrição ao direito fundamental atingido (no caso, o direito à informação).

Tratando-se, em primeiro lugar, de interferência nos resultados das pesquisas sob a forma de exclusão de *links* específicos (URLs) para *websites* que apresentem o conteúdo reputado lesivo, a medida deve ser considerada *necessária*, pois

⁴⁹³ MARCEL LEONARDI, *Tutela e privacidade na Internet*, p. 297.

⁴⁹⁴ Idem, *ibidem*, p. 297.

não existe uma medida alternativa que possa ser adotada pelo mecanismo de busca na Web e que apresente o mesmo grau de eficácia.

Embora seja possível vislumbrar medida alternativa que importa em maior eficácia para o objetivo almejado pelo ofendido, qual seja a remoção do conteúdo diretamente do *website* em que disponível – o que importa em retirar esse conteúdo da Web e satisfazer integralmente o objetivo almejado ⁴⁹⁵ –, esta, na grande maioria dos casos, não é uma medida passível de ser imputada ao mero provedor que disponibiliza o mecanismo de busca na Web ⁴⁹⁶ e pode não constituir o objeto da demanda judicial sob exame. Ademais, por vezes, a adoção de medidas diretamente contra o responsável pelo *website* será extremamente dificultosa, como restou acentuado na decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia.

Portanto, a solução para as colisões entre o direito à informação e os direitos da personalidade caracterizadas por pretensão que envolva a remoção de *links* específicos (*URLs*) para *websites* que apresentem o conteúdo lesivo deve se dar no âmbito da sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito. Essa última etapa envolve um sopesamento entre os direitos envolvidos e se justifica como forma de “evitar que medidas estatais, embora adequadas e necessárias, restrinjam direitos fundamentais além daquilo que a realização do objetivo perseguido seja capaz de justificar”. ⁴⁹⁷ Como verificado no exame dos casos, este “dependerá das circunstâncias do caso concreto, notadamente da finalidade do *Website* que se pretende bloquear e sua utilidade para terceiros”. ⁴⁹⁸

Em relação à segunda modalidade de interferência tecnicamente viável (implementação de filtros nos motores de busca para impedir a realização de pesquisas com determinadas palavras-chave), a conclusão a respeito da sub-regra da necessidade é

⁴⁹⁵ Essa remoção se limita ao *website* afetado pela medida, não sendo possível descartar que o mesmo conteúdo esteja disponível na Internet em outros *websites* não afetados.

⁴⁹⁶ Em algumas hipóteses, o mesmo provedor que disponibiliza a ferramenta de busca na Web é o que hospeda o *website* na Internet, de forma que, em tese, poderia adotar medidas mais eficazes para a remoção do conteúdo da Internet.

⁴⁹⁷ VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 175.

⁴⁹⁸ MARCEL LEONARDI, *Tutela e privacidade na Internet*, p. 297.

diversa. A existência de uma medida alternativa mais eficaz passível de ser implementada pelo próprio provedor que disponibiliza o mecanismo de busca na Web (exclusão de *links* específicos), por si só, já descarta a sua necessidade. Significa que, havendo a viabilidade de se excluirmos dos resultados apenas e somente os *links* específicos relacionados ao conteúdo (devidamente especificados), não há como reconhecer como necessária a implementação de filtros.

Como já se ressaltou, dificilmente filtros baseados em palavras-chave seriam capazes de impedir por completo ou de maneira considerável a indicação de *links* com o conteúdo questionado, sobretudo diante da possibilidade de inserção de um mesmo conteúdo por meio de diversos termos sinônimos e da necessidade de análise do seu contexto. Apenas para exemplificar à luz do primeiro caso analisado, eventual filtro mediante as expressões indicadas na decisão de primeira instância não impediria a indicação de *link* que apenas se referisse à “apresentadora de programa infantil”. Por essas razões, a exclusão de *links* específicos para o conteúdo questionado é reputada uma medida mais eficaz.

Além de existir medida mais eficaz, o que já seria suficiente para se concluir pela ausência de necessidade, há que considerar que a implementação de filtros implica também uma restrição consideravelmente maior ao direito à informação, passível de afetar direitos de terceiros, pois, ao impedir a indicação de todo e qualquer resultado que apresente a palavra-chave utilizada, a medida afetaria também conteúdos não relacionados à controvérsia. Para ilustrar, a utilização do termo “pedófila” como palavra-chave poderia impedir a localização de reportagens, pesquisas, filmes, livros, dentre inúmeros outros conteúdos em que esse termo possa ser usado sem qualquer relação com a controvérsia do primeiro caso analisado. No caso de nomes próprios, há ainda o risco de serem atingidos direitos de homônimos.

Constata-se, pois, que, no caso de implementação de filtros nos motores de busca, haverá um alto grau de afetação ao princípio restringido (direito à informação), e, ainda que haja importância na satisfação do princípio colidente (direito da personalidade envolvido na colisão), esta não pode ser considerada apta a justificar tão sério grau de restrição ao direito à informação, inclusive sobre conteúdos futuros, dada a natureza dinâmica da Internet. Diante disso, nessas hipóteses de interferência no resultado de

pesquisas, sequer há pertinência em realizar o sopesamento propriamente dito, pois a implementação de filtros, apesar de adequada, não é uma medida necessária.

Das considerações acima expostas, extrai-se, à luz da regra da proporcionalidade, que:

- (i) a exclusão de *links* específicos (URLs) para *websites* que apresentem o conteúdo reputado lesivo é medida *adequada* e *necessária*, razão pela qual a solução do caso concreto deve se dar no âmbito do exame da sub-regra da *proporcionalidade em sentido estrito*, mediante a realização do sopesamento, conforme será exposto a seguir; e
- (ii) a implementação de filtros em motores de busca é medida *adequada*, porém não *necessária*, não havendo, pois, que adentrar no exame da proporcionalidade em sentido estrito.

Descartadas a necessidade da implementação de filtros e sua conseqüente desproporcionalidade, resta verificar como deve ser conduzido o sopesamento quando se trata de avaliar a pretensa exclusão de *links* específicos (URLs) para *websites* que apresentem o conteúdo lesivo a direitos da personalidade.

6.5.2 *Proporcionalidade em sentido estrito*

A proporcionalidade em sentido estrito demanda a realização do sopesamento entre princípios que são *prima facie* incompatíveis, como forma de atingir a otimização das condições jurídicas, ou seja, dos princípios colidentes. Assim, para a solução das colisões entre o direito à informação e os direitos da personalidade, nas hipóteses em que a pretensão envolva a exclusão de *links* específicos (URLs) para *websites* que apresentem o conteúdo reputado lesivo, há que se recorrer ao sopesamento, a fim de determinar critérios de valoração e fundamentação de precedências condicionadas, sempre diante das condições fáticas concretas.

Como já referido desde início, ainda que não seja possível conferir uma única resposta correta, o sopesamento é capaz de fornecer um grau de racionalidade à

fundamentação e às precedências condicionadas.⁴⁹⁹ Não há que pretender excluir por completo a subjetividade inerente à aplicação do direito⁵⁰⁰ e presente mesmo nas hipóteses de subsunção. As colisões que se estabelecem entre princípios são por demais complexas para se admitir que possam ser solucionadas mediante um único resultado.

O objetivo do sopesamento é, em suma, impedir que se estabeleçam exageros, ou seja, “[...] evitar que medidas estatais, embora adequadas e necessárias, restrinjam direitos fundamentais além daquilo que a realização do objetivo perseguido seja capaz de justificar”.⁵⁰¹ Ademais, conforme refere ALEXY, ainda que um resultado racional não seja atingido em todos os casos, “isso é em alguns casos possível, e o conjunto desses casos é interessante o suficiente para justificar o sopesamento como método”.⁵⁰²

Com base nessa premissa de que o sopesamento não pretende extrair um único resultado correto, a *lei do sopesamento* permite que soluções possíveis sejam atingidas. Como já se referiu, essa lei prevê que, “Quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”.⁵⁰³ Significa que uma restrição de *links* que implique ampla afetação do direito à informação só se justificará na medida em que haja ampla importância na satisfação de direitos da personalidade colidentes no caso concreto. Por outro lado, uma ampla afetação do direito à informação não justificaria uma importância leve ou moderada à proteção da personalidade. Com isso já é possível verificar que o sopesamento não comporta qualquer resultado, pois descarta tais soluções irracionais.

Há que determinar, pois, a intensidade da afetação ao direito à informação e a importância da satisfação do direito da personalidade colidente no caso concreto. Para tanto, cumpre indagar o quão intensamente a restrição de *links* que apresentem o

⁴⁹⁹ CARLOS BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculantes para el legislador*, p. 771.

⁵⁰⁰ CARLOS BERNAL PULIDO, *The rationality of balancing*, p. 195-208.

⁵⁰¹ VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*.

⁵⁰² ROBERT ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 594.

⁵⁰³ *Idem*, *ibidem*, p. 167 e 593.

conteúdo questionado afeta o direito à informação e o que a abstenção ou a não realização da medida significaria para a proteção da personalidade.⁵⁰⁴

Aplicando-se de forma exemplificativa a *lei do sopesamento* aos recursos especiais examinados e com base na escala triádica proposta por ALEXY, que classifica as intensidades em “sérias”, “moderadas” ou “leves”, é possível extrair os seguintes resultados, na linha do que já se argumentou:

(i) *no primeiro caso*: a afetação do direito à informação (IP_iC) decorrente da remoção de *links* pode ser considerada *séria*, pois tal restrição impediria por completo a localização de imagens do filme em buscas no mecanismo afetado, inclusive nas hipóteses em que tais imagens estejam veiculadas em conjunto com outros conteúdos de interesse geral, por exemplo, informações históricas sobre o cinema brasileiro ou mesmo sobre a trajetória profissional da autora, o que integra o direito à informação por se tratar de uma pessoa pública. A importância da satisfação do direito da personalidade da autora (WP_jC), por outro lado, pode ser considerada no máximo *moderada*, dado que as imagens consistem em cenas de um filme no qual ela, pessoa pública, voluntariamente integrou o elenco. Disso se extrai que a importância da satisfação do direito à personalidade da autora não justifica um alto grau de afetação ou de não satisfação ao direito à informação, ou seja, P_i tem precedência sobre P_j no caso concreto, ou, para adotar a expressão de ALEXY: P_i P P_j C: IP_iC: *s* / WP_jC: *m*; e

(ii) *no segundo caso*:⁵⁰⁵ a afetação do direito à informação (IP_iC) decorrente da remoção de *links* pode ser considerada *séria*, na medida em que tal restrição também implica impedir por completo a localização das imagens em buscas no mecanismo afetado. A importância da satisfação do direito da personalidade da autora (WP_jC), por outro lado, também pode ser considerada *séria*, seja porque as imagens são de caráter privado e extremamente íntimas e não relacionadas a pessoa pública, seja porque foram obtidas por meio de furto de senha pessoal e divulgadas sem a autorização da autora. Diante disso, surge uma hipótese designada por ALEXY dentre os “casos de impasse”,⁵⁰⁶

⁵⁰⁴ ROBERT ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 601.

⁵⁰⁵ Vale aqui a ressalva de que, quando o caso foi julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, ainda não existia a regra do artigo 21 do “Marco Civil da Internet”.

⁵⁰⁶ ROBERT ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 603.

pois $IP_iC: s / WP_jC: s$. Nessas hipóteses, caracteriza-se uma discricionariedade estrutural, de modo que tanto a afetação do direito à informação como a não proteção ao direito da personalidade podem ser consideradas proporcionais. Em outras palavras, admite-se a afetação do direito à informação ainda que haja uma equivalência entre a importância da proteção ao direito da personalidade e a intensidade da afetação ao direito à informação.⁵⁰⁷

Com base na *fórmula do peso*, é possível determinar o peso concreto do direito à informação sobre o direito da personalidade nas hipóteses examinadas. Os seguintes resultados podem ser expressos por meio da *fórmula do peso*:

$$(i) \text{ no primeiro caso: } GP_{ij}C = \frac{4}{2}$$

$$(ii) \text{ no segundo caso: } GP_{ij}C = \frac{4}{4}$$

No primeiro caso, como o resultado é maior que 1, constata-se a precedência de P_i sobre P_j , ou seja, do direito à informação sobre o direito da personalidade. No segundo caso, por sua vez, tem-se uma situação de impasse em que as regras de precedência condicionada deverão ser estabelecidas por meio da argumentação. Ademais, nesses casos de impasse a *fórmula do peso* cumpre o seu papel de conferir maior racionalidade ao sopesamento, pois ela estabelece de forma clara onde haverá espaço para discricionariedade. A existência dessas situações de impasse não reduz a racionalidade e a utilidade da *fórmula do peso*, que continuará a estabelecer uma estrutura precisa para a solução das colisões entre princípios.

A fim de evitar uma discricionariedade arbitrária, a decisão tem o ônus de indicar expressamente as razões que levam à precedência de um princípio sobre o outro no caso concreto, inclusive para que, a partir dela, seja extraída uma regra de decisão concreta relativa ao caso decidido. Embora seja possível decidir em sentido oposto, o que se pode exigir é uma fundamentação adequada que permita algum controle sobre a argumentação.

⁵⁰⁷ Como refere ALEXY, “a desproporcionalidade em sentido estrito surge apenas quando a importância concreta fica abaixo da intensidade da intervenção, ou seja, somente nas constelações s/l , s/m e m/l ” (*Teoria dos direitos fundamentais*, p. 607).

À medida que colisões semelhantes são decididas, forma-se uma base de precedentes que permitem maior controlabilidade racional da argumentação.⁵⁰⁸ Nessa linha, os precedentes favoráveis e contrários devem ser utilizados na argumentação e o afastamento da aplicação de qualquer precedente impõe um ônus argumentativo àquele que soluciona a colisão.⁵⁰⁹ A reunião de todos os precedentes é capaz de formar uma base abrangente e densa⁵¹⁰ o suficiente para permitir maior controle sobre o sopesamento. Dos precedentes extraem-se, então, parâmetros que servirão de “modelos de solução”⁵¹¹ das colisões, diante de determinadas situações concretas.

De tudo o que foi examinado, percebe-se que as colisões entre o direito à informação e os direitos da personalidade em relação a *links* expostos nos resultados de pesquisas com mecanismos de busca na Web devem ser solucionadas por meio da aplicação da *lei do sopesamento* e da *fórmula do peso*, com o apoio em precedentes e parâmetros que poderão tornar desnecessária a realização de novos sopesamentos. Nessa linha, a argumentação assume especial importância, sobretudo para justificar a aplicação ou não aplicação dos precedentes. Esses critérios permitem que as colisões sejam resolvidas, em sua maioria, de forma coerente e racional.

⁵⁰⁸ Conforme pontua ANA PAULA DE BARCELLOS, “a observação e a contínua experiência com a interpretação e aplicação desses dispositivos produzem uma série de banco de dados formado por situações de fato típicas e elementos fáticos relevantes em função dos quais é possível, mesmo em tese, isto é, independentemente de um caso concreto real, proceder a um raciocínio de natureza ponderativa para propor um parâmetro de solução” (Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional, p. 60).

⁵⁰⁹ ROBERT ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 556.

⁵¹⁰ Conforme refere ALEXY, isso não significa que não haja possibilidade de distinção, pois novas condições devem ser analisadas e podem constituir razões para diferenciação. O que se impõe é o ônus de argumentar a razão pela qual se afasta o precedente. Assim, não há um caráter vinculante dos precedentes, que podem ser afastados mediante razões suficientes. Ademais, essa densa e abrangente base de precedentes torna desnecessário recorrer novamente ao sopesamento nos casos mais simples, em que se vislumbrem as mesmas condições já examinadas em sopesamentos anteriormente realizados. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 558.

⁵¹¹ ANA PAULA DE BARCELLOS, Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional, p. 62. Embora a autora demonstre a importância desses modelos, pondera que “é perfeitamente possível figurar-se uma situação em que o conflito normativo não é solucionado adequadamente por esses modelos elaborados em abstrato, seja porque nenhuma das formulações em tese existentes é pertinente, seja porque detalhes fáticos que se apresentam agora como importantes não foram cogitados antes ou seja por outra razão qualquer que não se é capaz de antecipar” (Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional, p. 62).

7 CONCLUSÃO

Nos termos da *teoria dos princípios* de ALEXY, utilizada como pressuposto teórico deste estudo, *regras* garantem direitos definitivos e *princípios* asseguram direitos *prima facie*. *Princípios* são *mandamentos de otimização* aplicados na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto. Esse conceito é intimamente atrelado à *regra da proporcionalidade*, expressa pelas sub-regras da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, verdadeira decorrência lógica da natureza dos princípios como mandamentos de otimização.

O direito à informação e os direitos da personalidade são *princípios* e, nessa qualidade, frequentemente obstam um a realização do outro, possuindo graus de realização que variam conforme as condições do caso concreto. A natureza expansiva desses direitos, decorrente do *suporte fático amplo* e da *teoria externa*, implica a necessidade constante de sua restrição por meio do sopesamento. Também não se mostra possível delimitar em abstrato o *conteúdo essencial* desses direitos, o que sempre dependerá das condições fáticas e jurídicas do caso concreto.

Como se demonstrou ao longo do trabalho, as frequentes colisões entre o direito à informação e os direitos da personalidade são colisões entre princípios, o que impede que soluções sejam formuladas em abstrato. A própria delimitação constitucional e *prima facie* dos direitos aqui considerados evidenciou que ambos se qualificam como direitos fundamentais de igual hierarquia, não sendo possível estabelecer uma prioridade de um sobre o outro em caráter abstrato. Significa que esses direitos possuem *o mesmo peso abstrato*, e, como consequência, a solução para as colisões há que se dar *no caso concreto* e diante de suas condições específicas, extraindo-se daí uma regra que valerá sempre que se verificarem condições similares.

Para tanto, devem-se estabelecer *relações condicionadas de precedência* em cada caso concreto, mediante a aplicação da *lei do sopesamento* e da *fórmula do peso*, tal como proposto por ALEXY. Ambas permitem a formulação de *juízos racionais* para fundamentar decisões em hipóteses concretas de colisão, baseando-se no grau de intensidade da afetação ao direito à informação e no grau de importância da realização

do direito à personalidade colidente no caso concreto. Como demonstrado, a fundamentação assume especial relevância em hipóteses de restrição a direitos fundamentais e a *lei do sopesamento* e a *fórmula do peso* permitem a formulação de juízos racionais que auxiliam a solução das colisões.

Ainda assim, é importante a ressalva de que não se espera eliminar por completo a subjetividade inerente à aplicação do direito, presente até mesmo na mais elementar subsunção. Isso não se confunde de forma alguma com irracionalidade. O que se procura sustentar, em suma, é que algum grau de subjetividade sempre estará presente na aplicação do direito.

Especificamente em relação aos mecanismos de busca na Web, verificou-se que não são raras as vezes em que se pretende determinar interferências nos resultados das pesquisas, seja por meio da remoção de *links* específicos e que apresentem o conteúdo questionado, seja mediante a implementação de filtros por palavra-chave que restringirão todo e qualquer resultado que contenha ou apresente relevância para com o termo escolhido, tenha ou não relação efetiva com o conteúdo questionado. Têm sido observadas, ademais, pretensões tecnicamente inviáveis, como aquelas que importam a adoção de medidas para impedir a indicação de *links* para *websites* que apresentem determinado conteúdo não expresso em palavras-chave.

No teste da proporcionalidade, realizado apenas em relação às medidas tecnicamente viáveis, verificou-se que a primeira medida restritiva (remoção de *links* específicos) foi considerada *adequada e necessária*, ao passo que a segunda (implementação de filtros por palavras-chave) foi reputada *adequada*, mas *não necessária*. Daí por que o sopesamento, na fase da sub-regra da *proporcionalidade em sentido estrito*, foi analisado apenas em relação à pretensa remoção de *links* específicos, oportunidade em que se ilustrou a aplicação da *lei do sopesamento* e da *fórmula do peso*, com base nas condições fáticas presentes no âmbito dos recursos especiais até então examinados pelo Superior Tribunal de Justiça.

Embora a solução das colisões sempre deva ser extraída do caso concreto, esse exame permitiu concluir que uma restrição de *links* que implique ampla afetação do direito à informação (o que ocorre em grande parte dos casos de restrição de *links*) só se

justificará na medida em que haja ampla importância na satisfação de direitos da personalidade colidentes no caso concreto. Por outro lado, havendo uma importância leve ou moderada na proteção da personalidade, não se justificará uma ampla afetação do direito à informação.

O exame de casos demonstrou que, no entendimento do Superior Tribunal de Justiça (ao menos nos acórdãos proferidos até o momento sobre a matéria), o direito à informação prevaleceu sobre os direitos da personalidade, reconhecendo-se como não cabível qualquer forma de interferência nos resultados das pesquisas com mecanismos de busca na Web. Para buscar a tutela de seus direitos da personalidade, caberia à parte interessada demandar diretamente contra os responsáveis por cada um dos *websites* em que veiculado o conteúdo questionado. No entanto, o que se observou foi uma tentativa de criar uma solução em abstrato para essas colisões, sobretudo porque não houve consideração efetiva às diferenças fáticas dos casos concretos, que levariam, como demonstrado, a soluções opostas como resultado do sopesamento.

Os casos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça foram analisados com o objetivo de demonstrar a aplicação dos conceitos tratados neste trabalho e sobretudo para contribuir com o estudo mais aprofundado de precedentes de tribunais superiores, o que tem assumido cada vez mais importância em trabalhos acadêmicos, em especial no âmbito do Direito Constitucional. Essa a razão pela qual se optou por incorporar a este estudo um exame específico dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça, sem prejuízo da inclusão, ao longo do trabalho e a título meramente informativo, de outros precedentes. O recente precedente do Tribunal de Justiça da União Europeia também veio a contribuir para este estudo, em especial diante da divergência de posicionamento em relação ao Superior Tribunal de Justiça.

Observou-se também que, não obstante o caráter permanente da informação disponível na Web tenha feito surgir novos desafios ao direito, não há como sustentar um “direito ao esquecimento” independente e autônomo, que confira ao seu titular a prerrogativa de remover conteúdos antigos a seu respeito após o transcurso do tempo, aí incluídos *links* indicados no resultado de pesquisas com mecanismos de busca na Web. A natureza pretérita do conteúdo deve ser considerada como uma circunstância fática, tal como as demais presentes no caso concreto, e a solução para pretensões de remoção

desses conteúdos há que ser extraída do sopesamento. Ainda que esse seja o resultado da colisão, não há que falar em um “direito ao esquecimento”, mas sim em uma regra extraída a partir da *lei de colisão*. Nem mesmo no âmbito do precedente do Tribunal de Justiça da União Europeia foi reconhecida a existência de um “direito ao esquecimento”, independente e autônomo, capaz de determinar em todo e qualquer caso a prerrogativa do seu titular de ver dados e informações a seu respeito simplesmente “apagados”.

Enquanto o legislador não estabelecer regras – no que não se evoluiu suficientemente nem mesmo com o “Marco Civil da Internet” –, as colisões deverão ser solucionadas na forma aqui proposta, ou seja, as pretensões de remoção de *links* terão que ser submetidas ao sopesamento, a fim de estabelecer qual dos direitos em colisão prevalecerá no caso concreto, criando-se, então, regras de precedência condicionada.

Inviável, por essa razão, elencar parâmetros abstratos para a solução das colisões. Embora parâmetros possam ser úteis em alguns casos, certamente haveria um grande número de circunstâncias fáticas que justificaria soluções opostas. Além disso, a existência de apenas três casos sobre a matéria julgados por tribunais superiores até o momento impede a formulação desses parâmetros, ao menos por ora.

É possível, ainda assim, zelar por um controle que traga certa previsibilidade para a solução dessas colisões, pois, em todo e qualquer caso, impõe-se um ônus argumentativo no sentido de fundamentar a precedência de um dos direitos sobre o outro na hipótese examinada. E, à medida que mais casos sejam julgados e apresentem condições semelhantes, formar-se-á uma base de precedentes que servirá de parâmetro para a solução das colisões. Com isso é possível exercer um controle sobre a coerência da argumentação e suficiência da fundamentação, pois aquele que solucionar a colisão terá que fundamentá-la adequadamente, seja para aplicar, seja para afastar a aplicação dos precedentes. Para que isso seja viável, no entanto, compete aos tribunais examinarem de forma efetiva as condições fáticas e jurídicas presentes nos casos concretos, a fim de solucionar as colisões de forma racional e por meio de uma fundamentação adequada.

8 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADAMY, Pedro Augustin. *Renúncia a direito fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- ARAUJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional da própria imagem*. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2013.
- ARENAS, Ana Laura Cabezuelo. *Derecho a la intimidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 49-118.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.
- . Liberdade de expressão *versus* direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1988-1989.

- BATTELLE, John. *The search: how Google and its rivals rewrote the rules of business and transformed our culture*. USA: Portfolio, 2006.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.
- BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade na Constituição de 1988. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, v. 733, p. 83, 1996.
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia – Uma defesa das regras do jogo*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. 9.^a reimpressão. Coimbra: Almedina, 2010.
- CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Direito à informação x direito à privacidade. O conflito de direitos fundamentais. Fórum: Debates sobre a Justiça e Cidadania. *RAMAERJ* 5/15, 2002
- . *Direito de informação e liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- CASTELLANO, Pere Simón. El derecho al olvido en el universo 2.0. jun. 2012. Disponível em: <<http://bid.ub.edu/28/simon2.htm>>. Acesso em: 28 jul. 2013.
- . The right to be forgotten under European Law: a Constitutional debate, *Lex Electronica*, v. 16, n. 1, Hiver/Winter, 2012.
- CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. *Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- CENDÓN, Beatriz Valadares. Ferramentas de busca na Web. *Ci. Inf.*, Brasília, v. 30, n. 1, 2001.
- CENTER FOR DEMOCRACY & TECHNOLOGY. Intermediary liability: protecting internet platforms for expression and innovation. Abr. 2010, p. 2. Disponível em: <[https://www.cdt.org/files/pdfs/CDT-Intermediary%20Liability_\(2010\).pdf](https://www.cdt.org/files/pdfs/CDT-Intermediary%20Liability_(2010).pdf)>.
- COOLEY, Thomas McIntyre. *The Elements of Torts*. Gale: Yale Law School Library, 2010.
- COSTA JR., Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 1995.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988.

- DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Tradução de Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012.
- DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação: possibilidades e limites*. São Paulo: RT, 1980.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- FERRAZ, Tercio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, v. 1, n. 1. São Paulo, out.-dez. 1992.
- FERREIRA, Aluizio. *Direito à informação, direito à comunicação: direitos fundamentais na Constituição brasileira*. São Paulo: Celso Bastos Editor; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- FISS, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão: Estado, regulação e diversidade na esfera pública*. Tradução de Gustavo Binbenbim e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- FREITAS, Ciro Torres; MENEGUETTI, Pamela Gabrielle. “Direito fundamental ao esquecimento” é insustentável, 21 out. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-21/direito-fundamental-esquecimento-afirmacao-insustentavel>>. Acesso em: 15 fev. 2014.
- FREITAS NOBRE. *Imprensa e liberdade: os princípios constitucionais e a nova legislação*. São Paulo: Summus, 1988.
- GASSER, Urs. Regulating Search Engines: Taking Stock and Looking Ahead. *Research Publication*, The Berkman Center for Internet & Society at Harvard Law School, n. 2006-03, jun. 2006.
- GIACCHETTA, André Zonaro; MENEGUETTI, Pamela Gabrielle. O marco normativo da privacidade e da proteção de dados pessoais no Brasil. *Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual*, Rio de Janeiro, n. 116, p. 63-67, jan.-fev. 2012.
- GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

- GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 18. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- GÓMEZ, Rosario G. Quiero que Internet se olvide de mí. *El País*, 7 jan. 2011. Disponível em: <http://elpais.com/diario/2011/01/07/sociedad/1294354801_850215.html>. Acesso em: 28 jul. 2013.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: RCS Editora, 2007.
- . *Teoria processual da Constituição*. 3. ed. São Paulo: RCS Editora, 2007.
- HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms*. Cambridge: Policy Press, 1996.
- LACERDA, Dennis Otte. *Direitos da personalidade na contemporaneidade: a repactuação semântica*. Porto Alegre: Fabris, 2010.
- LEONARDI, Marcel. Controle de conteúdos na Internet: filtros, censura, bloqueio e tutela. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 67, ago 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6317>. Acesso em: 24 mar. 2014.
- . *Responsabilidade civil dos provedores de serviços de Internet*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.
- . *Tutela e privacidade na Internet*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Direitos da personalidade: coordenadas fundamentais*. Doutrinas essenciais de direito civil. São Paulo: RT, 2010. v. 3, p. 653.
- LOMBARTE, Artemi Rallo. El derecho al olvido y su protección. *Revista Telos (Cuadernos de Comunicación e Innovación)*, Madrid, out.-dez. 2010.
- LUCCA, Newton de. *Direito e Internet: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. v. 2.
- MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- MATTIA, Fábio Maria de. *Direitos da personalidade: aspectos gerais*. Doutrinas essenciais de direito civil. São Paulo: RT, 2010. v. 3, p. 245.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MENDES, Laura Schertel F. Um debate acerca da renúncia aos direitos fundamentais: para um discurso dos direitos fundamentais como um discurso de liberdade. *Direito Público* n. 13. jul.-ago.-set. 2006.

- MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa. *Direito além da vida: um ensaio sobre os direitos da personalidade post mortem*. São Paulo: LTr, 2009.
- MONTEIRO, Silvana Drumond. As múltiplas sintaxes dos mecanismos de busca no ciberespaço. *Informação & Informação*, Londrina, v. 14, n. esp., 2009.
- NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Direito e jornalismo*. São Paulo: Verbatim, 2011.
- PALHARES, Cinara. Direito à informação e direito à privacidade: conflito ou complementariedade? *Revista dos Tribunais*, v. 878, dez. 2008.
- PEREZ, Jesus Gonzales. *La dignidad de la persona*. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1986.
- PINTO FERREIRA. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.
- . DIAS, Roberto. Direito de ser esquecido na internet. Disponível em: <<http://www.observatoriodaimprensa.com.br/news/imprimir/60458>>. Acesso em: 19 jun. 2014.
- PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculantes para el legislador*. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- . Estructura y límites de la ponderación. *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante: Universidad de Alicante, n. 26, 2003.
- . The Rationality of Balancing. *Archiv für Rechts- und Sozial Philosophie*, v. 92, Heft. 2, p. 195-208, 2006.
- RIBEIRO NETO, João Costa. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: o caso Google. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 21, n. 83, p. 177-210, abr.-jun. 2013.
- ROCHA, Luiz Alberto G.S. Estudo sobre o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 104, n. 400, p. 155-179, nov.-dez. 2008.
- RUSTAD, Michael L. *Internet Law in a nutshell*. USA: West, 2009

- SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- SANTOS CIFUENTES. *Derechos personalísimos*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea y Depalma, 1995.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011.
- SILVA, Edson Ferreira da. *Direito à intimidade: de acordo com a doutrina, o direito comparado, a Constituição de 1988 e o Código civil de 2002*. 2. ed. rev., atual. e ampl., com pesquisa ampla da jurisprudência. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- SILVA, Roberto B. Dias da. Liberdade de expressão: biografias não autorizadas. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 41, p. 204-224, jul.-dez. 2012. Disponível em: <<http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/10artigo41.pdf>>. Acesso em: 23 mar. 2014.
- . *Manual de direito constitucional*. Barueri: Manole, 2007.
- SILVA, Roseli de Sousa. O direito à informação e a efetivação da sociedade democrática. *Revista de Direito de Informática e Telecomunicações*, Belo Horizonte, ano 3, n. 4, p. 177-196, jan.-jun. 2008.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- . O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, v. 798, p. 29, 2002.
- . Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, v. 1, p. 607-630, 2003.
- SONNENREICH, Wes. A History of Search Engines. 1997. Wiley [online]. Disponível em: <<http://www.wiley.com/legacy/compbooks/sonnenreich/history.html>>. Acesso em: 4 jun. 2013.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Ponderação de princípios e racionalidade das decisões judiciais: coerência, razão pública, decomposição analítica e *standards*

- de ponderação. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, ano 4, n. 15, p. 207-227, abr.-jun. 2005.
- STROPPA, Tatiana. *As dimensões constitucionais do direito de informação e o exercício da liberdade de informação jornalística*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos da personalidade e sua tutela*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005.
- TOBEÑAS, José Castan. *Los derechos de la personalidad*. Madrid: Reus, 1952.
- VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006.
- VLACHYNSKY, Martin. *Principles and History of the Web Search Engines*. Universidade de Aberdeen, Reino Unido, 2010.
- WACHOWICZ, Marcos. Los paradigmas de la sociedad de la información y el derecho informático. In: ——— (Coord.). *Propriedade intelectual & Internet: uma perspectiva integrada à sociedade da informação*. 1. ed. 5.^a tiragem. Curitiba: Juruá, 2006.
- WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. *Harvard Law Review*, v. 4, n. 193, 15 dez. 1890.
- WEBER, Rolf H. The right to be forgotten: more than a Pandora's box?, 2011. Disponível em: <<http://www.jipitec.eu/issues/jipitec-2-2-2011/3084>>. Acesso em: 7 out. 2013.
- XIFRAS-HERAS, Jorge. *A informação: análise de uma liberdade frustrada*. Tradução de Gastão Jacinto Gomes. Rio de Janeiro: Lux; São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1974.
- ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direitos da personalidade: aspectos essenciais*. São Paulo: Saraiva, 2011.

Sites consultados

- <<http://tectriadebrasil.com.br/blog/o-poder-das-midias-sociais-nas-manifestacoes-populares/>>.
- <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/117886-objetivo-de-manifestacoes-e-nova-forma-de-democracia.shtml>>.
- <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Hashtag>>.

<<http://topicos.estadao.com.br/primavera-arabe>>.

<<http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,brasil-consegue-apoio-para-marco-regulatorio-da-internet,1079194,0.htm>>.

<<http://www.estadao.com.br/noticias/artelazer,eletronicos-duram-10-anos-livros-5-seculos-diz-umberto-eco,523700,0.htm>>.

<<http://pt.wikipedia.org/wiki/URL>>.

<<http://www.karmasnack.com/about/search-engine-market-share/>>.

<<http://www.google.com/insidesearch/howsearchworks/thestory/>>.

<http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/news_consulting_0006_en.htm>.

<https://support.google.com/legal/contact/lr_eudpa?product=websearch&hl=pt>.

<<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2014/05/google-recebeu-12-mil-pedidos-de-direito-ao-esquecimento-em-um-dia.html>>.

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciaspublicas/anexo/paginador.pdf>>.

<http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20120823-06.pdf>.

<<http://s.conjur.com.br/dl/tj-ue-google-direito-esquecimento.pdf>>.

<<http://s.conjur.com.br/dl/parecer-google-direito-esquecimento.pdf>>.

<<http://www.cgu.gov.br/acessoainformacao/materiais-interesse/anteprojeto-lei-protecao-dados-pessoais.pdf>>.

Jurisprudência consultada

BRASIL. 1.^a Vara da Infância e da Juventude de Belém. Processo 20091116309-2, Belém, j. 13.11.2009.

BRASIL. 2.^a Vara Cível do Foro Regional do 4.^o Distrito da Comarca de Porto Alegre, Processo 0004558-77.2011.8.21.1001, j. 04.12.2013.

BRASIL. 10.^a Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo. Processo 0132581-87.2011.8.26.0100, São Paulo, j. 12.12.2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3.^a Turma, Recurso Especial 1.316.921/RJ, Brasília, j. 29.06.2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3.^a Turma, Recurso Especial 1.407.271/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 21.11.2013.

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2.^a Seção, Reclamação 5072, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 11.12.2013.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2.^a Turma, AgRg no AREsp 343541/RJ, Rel. Min. Castro Meira, j. 13.08.2013.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4.^a Turma, AgRg no REsp 1221896/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 06.08.2013.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1.^a Turma, AgRg no REsp 1261303/RS, Rel. Min. Sérgio Kukina, j. 13.08.2013.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2.^a Turma, Mandado de Segurança n. 23.669/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 12.04.2000.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação 0163386-23.2011.8.26.0100, 4.^a Câmara de Direito Privado, j. 13.12.2012.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Processo 0192564-52.2010.8.19.0001, 27.^a Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro, j. 11.04.2012.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento 2006.002.05508, 15.^a Câmara Cível, Rel. Des. Jacqueline Lima Montenegro, j. 02.08.2006.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento 0051483-50.2012.8.19.0000, 5.^a Câmara Cível, Rel. Des. Antonio Salgado Palheiro, j. 23.10.2012.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4.^a Região. Apelação Cível 2003.70.00.058151-6, 4.^a Turma, Rel. Des. Marga Inge Barth Tessler, j. 06.05.2009.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento 0210606-89.2012.8.26.0000, 6.^a Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Alexandre Lazzarini, j. 25.10.2012.