



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA INTERNET: UM DEBATE MOTIVADO PELO
DIREITO AO ESQUECIMENTO

Miriam Mesquita Reis

Rio de Janeiro
2018

MIRIAM MESQUITA REIS

LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA INTERNET: UM DEBATE MOTIVADO PELO
DIREITO AO ESQUECIMENTO

Artigo científico apresentado como exigência
de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C.F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro

2018

LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA INTERNET: UM DEBATE MOTIVADO PELO DIREITO AO ESQUECIMENTO

Miriam Mesquita Reis

Graduada pela Universidade da Cidade. Pós-graduanda pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – O objetivo desta pesquisa é contribuir para o reconhecimento do direito ao esquecimento na sociedade digital que anseia por informação, mas também zela por sua vida particular. No presente trabalho, serão apresentados os principais componentes do referido instituto para que sejam abordadas premissas práticas sobre o tema, segundo entendimento desenvolvido pela jurisprudência brasileira e internacional, haja vista a ausência de previsão legal acerca do tema. Por meio da ponderação de valores exercida no caso concreto, busca-se demonstrar a possibilidade de negativa de acesso às informações do passado, o que põe em cheque valores constitucionais caros como o direito de informar e ser informado, bem como à intimidade e privacidade.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Direito Digital. Direitos Fundamentais. Direito ao esquecimento. Liberdade de expressão na internet.

Sumário – Introdução. 1. A internet como instrumento indispensável na vida moderna e o acesso ilimitado à informação. 2. Mecanismos de proteção à liberdade de expressão em prestígio ao interesse social 3. A colisão entre o exercício da liberdade de expressão e o direito ao esquecimento. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A elaboração do presente trabalho de conclusão de curso enfoca o debate motivado pela liberdade de expressão em contraponto à teoria do direito ao esquecimento, tema que vem despertando a atenção da mais moderna doutrina e jurisprudência.

O assunto se entrelaça com o avanço da tecnologia e o surgimento de mecanismos de busca, possibilitando o acesso às informações de forma ilimitada. A velocidade na troca de dados elimina obstáculos no tempo e espaço, bem como possibilita conexões entre pessoas, formando uma verdadeira rede.

Por conta disso, novos direitos foram surgindo acompanhados pela necessidade de regulação e convivência entre eles. É o caso da teoria do direito ao esquecimento, tema que foi matéria de debate na audiência pública "Aplicabilidade do Direito ao Esquecimento na Esfera Civil", realizada pelo Supremo Tribunal Federal no dia 12/06/2017.

O direito ao esquecimento, também chamado pelos norte-americanos *right to be forgotten*, é extraído da premissa de que as pessoas não são obrigadas a reviverem o passado indefinidamente.

A liberdade de expressão, por sua vez, é um dos alicerces das democracias modernas, asseverando pensamentos e opiniões sobre qualquer assunto, envolvendo interesse público, ou não. Surge, então, o dilema motivado pela colisão entre a liberdade de expressão e o direito de ser esquecido, tema que será abordado no presente artigo.

A abordagem será iniciada com o destaque ao novo marco na tecnologia e na informação estabelecido pela internet como instrumento essencial no cotidiano dos indivíduos, seja no setor pessoal, profissional ou acadêmico.

Em seguida, no segundo capítulo, se discorrerá acerca dos mecanismos de proteção da liberdade de expressão em prestígio ao interesse social no ambiente virtual. Os modos de expressão refletidos pela liberdade de informar e ser informado, revelam a difícil incumbência de legislar sobre a matéria. Portanto, busca-se sintetizar as principais ferramentas de regulação criadas como resultado às mudanças tecnológicas e sociais.

No terceiro e último capítulo será apresentada a colisão entre o direito ao esquecimento e liberdade de expressão na internet. Serão demonstradas situações de conflito de interesse, fatos concretos com amparo na doutrina do direito ao esquecimento de modo a justificar a possibilidade de negativa de acesso, por parte de terceiros, às informações pretéritas. Procura-se demonstrar que o constituinte não passou despercebido ao fato de que liberdade de expressão haveria de ser exercida de modo compatível com o direito à privacidade, e, em última instância, ao próprio princípio da dignidade humana, pilar de toda ordem constitucional.

A despeito da teoria do direito ao esquecimento ser um conceito ainda em construção, a metodologia a ser utilizada para a pesquisa, elaboração e redação deste trabalho se pauta no objetivo de transmitir não apenas conceitos, mas também de oferecer elementos para o estabelecimento de uma discussão jurídica.

Desta forma, o escopo do presente trabalho passa pela divulgação de matéria legal, doutrinária e jurisprudencial, objetivando a fornecer valor referencial para uma melhor análise sobre o instituto do direito ao esquecimento e seus reflexos na liberdade de expressão.

1. A INTERNET COMO INSTRUMENTO INDISPENSÁVEL NA VIDA MODERNA E O ACESSO ILIMITADO À INFORMAÇÃO

A internet¹, ou simplesmente *web*², impulsiona o surgimento de uma nova era digital inserida em um universo virtual em constante expansão.

Dentro desse universo, surge uma missão desafiadora para os operadores do Direito, uma vez que as relações jurídicas precisam ser interpretadas à luz desse complexo sistema “virtual-imaterial”, expressão trazida por Flavio Tartuce.³

Uma estimativa⁴ da *Cisco Systems*⁵ revela um dado surpreendente: o número de dispositivos conectados a uma rede IP⁶ será maior do que três vezes a população mundial em 2021. Segundo a empresa, serão 3.5 dispositivos *per capita* conectados, ao passo que em 2016, chegou-se à marca de 2.3 itens *per capita*. Inegável, portanto, o impacto econômico e social trazido pela inovação tecnológica.

Consideradas ferramentas essenciais, os *smartphones*, *tablets* e *notebooks* ultracompactos são os protagonistas do momento. Esses equipamentos, que muitas vezes representam um objeto de desejo e movimentam um mercado bilionário, contribuem para o crescimento de uma diversidade de redes sociais *online*, aplicativos de mensagens, acesso constante às notícias e pesquisas, e-mails, enfim, uma infinidade de recursos.

Também possuem um papel fundamental, os mecanismos de busca, tais como *Google*, pois permitem filtrar assuntos por palavras-chave sem restrições, do tema mais erudito ao mais banal. Como é cediço, as informações extraídas podem ser disponibilizadas amplamente e seu conteúdo traz à tona pontos relevantes.

¹BRASIL. *Lei nº 12.965*, artigo 5º, I, dispõe sobre o conceito de internet: “sistema constituído do conjunto de protocolos lógicos, estruturado em escala mundial para uso público e irrestrito, com a finalidade de possibilitar a comunicação de dados entre terminais por meio de diferentes redes”. Fonte: BRASIL. *Lei nº 12.965*, de 23 de abril de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12965.htm>. Acesso em: 23 abr.2018.

²Sigla de web, sistema de acesso a uma grande quantidade de informação na internet, apresentada sob a forma de hipertexto. DICIONÁRIO Infopédia de Siglas e Abreviaturas. Disponível em: <<https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/web>> . Acesso em: 13 mar.2018.

³TARTUCE, Fávio. *Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.347.

⁴INC., Cisco Systems. *Cisco Visual Networking Index: Forecast and Methodology, 2016–2021*. Disponível em: <https://www.cisco.com/c/en/us/solutions/collateral/service-provider/visual-networking-index-vni/complete-white-paper-c11-481360.html#_Toc484813982>. Acesso em: 15 out.2017.

⁵*Cisco Systems* é uma empresa multinacional de origem americana especializada em tecnologia da informação e redes de computadores.

⁶Sigla de *internet protocol*, um dos protocolos mais importantes da internet, responsável pela identificação das máquinas e redes e pelo encaminhamento das mensagens até ao seu destino. DICIONÁRIO Infopédia de Siglas e Abreviaturas. Disponível em: <<https://www.infopedia.pt/dicionarios/siglas-abreviaturas/IP>>. Acesso em: 15 out.2017.

O ponto central trata do direito à informação, garantia fundamental esculpida na Carta Magna (art. 5º, XIV, da CRFB). Conforme sustenta Patricia Pinheiro⁷, a internet, de um lado, age como instrumento para exercício da cidadania por meio do serviço de informação, o que atinge setores da sociedade até então excluídos. De outro, sua antítese, o direito à não informação que se reflete pela proteção à privacidade (art. 5º, X da CRFB).

Certo é que o direito de informar garantido a todas as pessoas e a preservação da liberdade de expressão⁸ encontram limites. O limite primordial é a verdade, e, nesse ponto, merece destaque o apontamento de Konrad Hesse⁹, ao observar que “a informação falsa não seria protegida pela Constituição, porque conduziria a uma pseudo-operação da formação de opinião [...]”. Pelo contrário, entende-se que a divulgação de fato inverídico pode gerar direito à indenização por eventuais danos sofridos, traduzindo-se, assim, um dever de cautela e moderação imposto ao divulgador dos dados.

Outro limite significativo é a vedação ao discurso ofensivo que estimule a violência e o preconceito, o que é comumente observado nas redes sociais, infelizmente. Os comentários agressivos, muitas vezes estimulados pelo manto protetor do *cyber*¹⁰ anonimato, em que o agressor não tem contato físico com o seu adversário, é a guarida ideal para o usuário que utiliza a internet como meio de transgressão. Nos dizeres de Paulo Gustavo Gonet Branco¹¹, “a liberdade de expressão, portanto, poderá sofrer recuo quando o seu conteúdo puser em risco uma educação democrática, livre de ódios preconceituosos e fundada no superior valor intrínseco de todo ser humano [...]”.

Noutra ponta, encontra-se o direito à não informação, na sua vertente privacidade. Relaciona-se intimamente à necessidade de equilíbrio e bem-estar espiritual e intelectual, principalmente na sociedade pós-moderna, imediatista, em que a paz é considerada algo valioso, quiçá, utópico.

Fato é que a era digital também pode ser intitulada como era da informação, assim, concebe-se a era da informação digital. Os bancos de dados robustos, abastecidos diariamente, ditam tendências corporativas de grandes multinacionais.

⁷ PINHEIRO, Patricia Peck. *Direito Digital*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.89.

⁸ Previsto na *Constituição da República Federativa do Brasil*, art. 5º, IV e IX, 220 e 221, IV. Fonte: BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 10 abr. 2018.

⁹ HESSE apud MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.274.

¹⁰ *Cyber* é o diminutivo da palavra *cybernetic*, que em português significa alguma coisa ou algum local que possui uma grande concentração de tecnologia avançada, em especial computadores, internet, entre outros. Disponível em: <<https://www.significados.com.br/cyber/>>. Acesso em: 24 abr.2018.

¹¹ MENDES; BRANCO, op. cit., p.271.

Logicamente, também compete ao Poder Público aprimorar seu banco de dados; um exemplo de destaque é a Receita Federal, no cruzamento de informações¹² nas declarações de imposto de renda dos contribuintes que, aliás, é feita online.

Contudo, há a outra face da internet: muitos a comparam com a parte submersa de um iceberg, a chamada *deep web*. A ponta, visível, seria a internet que todos têm acesso por meios convencionais, a *surface web*.

Para acesso a essa parte da rede, que representa dois terços de todo conteúdo da internet, é necessário um recurso específico, o navegador TOR cujo símbolo é uma espécie de cebola que remete à forma de camadas, pois não é possível rastrear os usuários nem os computadores conectados, como esclarece Patricia Pinheiro¹³.

Esse recurso, sem dúvida, é terreno fértil para divulgação e compartilhamento de dados sem qualquer controle, o que inspira alerta e traz à tona a necessidade do fortalecimento de uma segurança digital, bem como a atuação estratégica do Estado para coibir eventuais abusos de direito, tratados como atos ilícitos¹⁴.

Sob o prisma jurídico, indaga-se sobre a possibilidade em definir a natureza jurídica da internet. Flávio Tartuce¹⁵ indica que há quem entenda que sua natureza seria *sui generis*, outros, que deveria ter sido tratada no Código Civil de 2002, por se tratar de matéria privada. Com as devidas vênias, opta-se pela primeira opção; não obstante a internet refletir-se no âmbito privado das relações, suas dimensões repercutem em todos os ramos do Direito.

A partir desse cenário, surge, então, o Direito Digital ou Eletrônico. A proposta de Patricia Peck¹⁶, ao definir o Direito Digital, merece ênfase: “consiste na evolução do próprio Direito, abrangendo todos os princípios fundamentais e institutos que estão vigentes e são aplicados até hoje, assim como introduzindo novos institutos e elementos para o pensamento jurídico, em todas as suas áreas [...]”.

¹² A Secretaria da Receita Federal, de posse dos dados fornecidos pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE), tem efetuado análises e cruzamento de dados com outros elementos de natureza fiscal disponíveis em seus bancos de dados. Disponível em: <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/noticias/ascom/receita-federal-divulga-primeiros-dados-da-parceria-com-tse>>. Acesso em: 17 out. 2017.

¹³PINHEIRO, op. cit., p.406.

¹⁴A Polícia Federal recentemente deflagrou a segunda fase da Operação Darknet, a fim de combater a rede de distribuição de pornografia infantil na chamada Deep Web. Foram cumpridos 70 mandados de busca e apreensão e prisão em 16 estados: Rio Grande do Sul, São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais, Espírito Santo, Bahia, Alagoas, Pernambuco, Paraíba, Rio Grande do Norte, Ceará, Maranhão, Pará e Amazonas. Desde a primeira fase da Operação Darknet (2014), a Polícia Federal desenvolve metodologia de investigação e ferramentas para identificar usuários da Dark Web. Disponível em: <<http://www.pf.gov.br/agencia/noticias/2016/11/pf-combate-crime-de-pornografia-infantil-na-deep-web>>. Acesso em: 17 out.2017.

¹⁵TARTUCE, op. cit., p.347.

¹⁶PINHEIRO, op. cit., p.77.

Portanto, o Direito Digital, esculpido pela era da informação digital, vem como resposta a esse ambiente semeador de soluções e conflitos relacionados à internet, em que se renova conceitos a partir de uma releitura dos institutos fundamentais consagrados pelo ordenamento jurídico vigente.

Para concluir o presente capítulo, a sugestão que se apresenta traduz-se na reflexão para criar-se métodos a fim de integrar esse novo ambiente em benefício da sociedade, bem como ao enaltecimento do fim social que o Direito se propõe por essência.

2. MECANISMOS DE PROTEÇÃO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO EM PRESTÍGIO AO INTERESSE SOCIAL

Estabelecer preceitos que integrem o mundo virtual ao real parte do axioma de que se vive um Estado de Direito que, também, abrange hábitos adquiridos por meio da internet. Assim, percebe-se que as fontes formais que estão dispostas no art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro¹⁷ (lei, analogia, costumes e princípios gerais de direito) não esgotam o Direito Digital, disciplina em que o tempo é o ponto cardeal.

Para atender a velocidade das transformações, deve-se ter em mente que todas as fontes de direito possuem fundamental relevância. Ganham enfoque nesse ponto a doutrina e, especialmente, a jurisprudência.

Em se tratando de liberdade de expressão no mundo digital, a sugestão que se apresenta é lacônica: deve ser exercida à luz da boa-fé e dos bons costumes, em sintonia com limites intrínsecos da dignidade da pessoa humana. Tais conceitos, apesar de teóricos, são de suma relevância na prática, pois servem de comando capital na vida em comunidade, ainda que virtual.

Superada essa ideia básica, passa-se à análise do Marco Civil da Internet¹⁸¹⁹ que contempla princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil. É relevante

¹⁷BRASIL. *Decreto-lei nº 4.657*, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 23 abr.2018.

¹⁸BRASIL. *Lei nº 12.965* de 23 de abril de 2014. op. cit., nota 1.

¹⁹A ADI nº 5527, ajuizada pelo Partido da República (PR), tem por objeto dispositivos do Marco Civil da Internet que têm servido de fundamentação para decisões judiciais que determinam a suspensão dos serviços de troca de mensagens entre usuários da internet. Na ADPF nº 403, o Partido Popular Socialista (PPS) sustenta que os bloqueios judiciais do WhatsApp violam o preceito fundamental da liberdade de comunicação e expressão, garantido no artigo 5º, inciso IX, da Constituição Federal e no Marco Civil. Ambas em trâmite. Fonte: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 5527*. Ministra Relatora Rosa Weber. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4983282>>. Acesso em: 10 abr.2018. BRASIL. Supremo

mencionar a preocupação do legislador: em 32 artigos, a liberdade de expressão é citada 5 vezes²⁰, dispositivos que serão a seguir comentados.

De antemão, o artigo 2º da Lei²¹ estabelece o respeito à liberdade de expressão como fundamento principal da disciplina do uso da internet. Em seguida, os incisos fixam os limites norteadores de seu exercício, são eles:

- I - o reconhecimento da escala mundial da rede;
- II - os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais;
- III - a pluralidade e a diversidade;
- IV - a abertura e a colaboração;
- V - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e
- VI - a finalidade social da rede.

O inciso II merece destaque ao dispor sobre o respeito aos direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais. Victor Hugo Gonçalves²² indica problemas de construção nesse inciso. Para o autor²³ “há uma profusão de conceitos emprestados de outros campos do conhecimento sem a devida contextualização ou adequação a uma ideia mais bem construída e ampla”.

De fato, o inciso apresenta um conceito aberto e subjetivo, particularidade dos direitos fundamentais que vêm “se avolumando, conforme as exigências específicas de cada momento histórico”²⁴. Bobbio²⁵ já apontava que “a expressão direitos do homem é muito vaga e acaba conduzindo à definições tautológicas, inúteis”.

Não obstante a polêmica do tema, deve-se admitir que esses preceitos deverão ser refletidos no ambiente virtual para resolução de casos concretos. Nesse sentido, o voto do Ilustre Ministro Relator Herman Benjamin no julgamento do Resp. nº 1.117.633 – RO²⁶ traz o seguinte entendimento:

A internet é o espaço por excelência da liberdade, o que não significa dizer que seja um universo sem lei e infenso à responsabilidade pelos abusos que lá venham a

Tribunal Federal. *ADPF nº 403*. Ministro Relator Edson Fachin. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4975500>>. Acesso em: 23 abr.2018

²⁰BRASIL. *Lei nº 12.965* de 23 de abril de 2014, artigos: 2º, caput, 3º, I, 8º, 19º, caput e § 2º. op. cit., nota 1.

²¹BRASIL. *Lei nº 12.965* de 23 de abril de 2014. op. cit., nota 1.

²²GONÇALVES, Victor Hugo Pereira. *Marco Civil da internet comentado*. São Paulo: Atlas, 2017, p.11.

²³Ibid.

²⁴MENDES; BRANCO, op. cit., p.137.

²⁵BOBBIO, apud MENDES; BRANCO, op. cit., p.137.

²⁶BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.117.633/RO*. Relator Ministro Herman Benjamin. Segunda Turma, DJe 26/03/2010. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200900266542&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 10 abr.2018.

ocorrer. No mundo real, como no virtual, o valor da dignidade da pessoa humana é um só, pois nem o meio em que os agressores transitam nem as ferramentas tecnológicas que utilizam conseguem transmutar ou enfraquecer a natureza de sobreprincípio irrenunciável, intransferível e imprescritível que lhe confere o Direito brasileiro.

No art. 3º, são elencados os princípios aplicados ao uso da internet. A garantia de liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, bem como a proteção da privacidade promovem a abertura do rol de oito incisos²⁷.

Em seguida, o art. 8º, inserido no Capítulo II, que dispõe sobre os direitos e garantias dos usuários, assegura o direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações como condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet.

Como bem apontado por Victor Hugo Gonçalves²⁸, para pleno exercício desse direito são necessárias políticas públicas concretas de fomento à inclusão digital, independente da garantia à privacidade e liberdade de expressão. Patricia Pinheiro²⁹ vai além, a autora propõe a educação digital dos usuários simultaneamente à inclusão digital.

Para concluir o estudo desse diploma legal, o art. 19º³⁰, por sua vez, trata da responsabilidade civil do provedor de aplicações de internet por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros, com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura.

No caso, o provedor só será responsabilizado se, após ordem judicial, dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente. Segundo Flavio Tartuce foi adotada uma “responsabilidade subjetiva agravada, somente em desobediência de ordem judicial”³¹. O autor ainda salienta que o dispositivo acaba “judicializando” os conflitos³².

²⁷BRASIL. *Lei nº 12.965*. art. 3: I- garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal; II - proteção da privacidade; III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei; IV - preservação e garantia da neutralidade de rede; V - preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas; VI - responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei; VII - preservação da natureza participativa da rede; VIII - liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta Lei. Fonte: BRASIL. *Lei nº 12.965* de 23 de abril de 2014. op. cit., nota 1.

²⁸GONÇALVES, op. cit., p.84.

²⁹PINHEIRO, op. cit., p.526.

³⁰Em 03.03.2018, o Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de repercussão geral na matéria discutida no Recurso Extraordinário (RE) 1037396, interposto pelo Facebook Serviços Online do Brasil Ltda. contra decisão da Segunda Turma Recursal Cível do Colégio Recursal de Piracicaba (SP) que determinou a exclusão de um perfil falso da rede social e o fornecimento do IP (*internet protocol*) de onde foi gerado. O recurso discute a constitucionalidade do artigo 19 do Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014) que exige prévia e específica ordem judicial de exclusão de conteúdo para a responsabilização civil de provedor de internet, websites e gestores de aplicativos de redes sociais por danos decorrentes de atos ilícitos praticados por terceiros. Em trâmite. BRASIL. Supremo Tribunal Federa. *Recurso Extraordinário nº 1037396*. Ministro Relator Dias Toffoli. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=516054>>. Acesso em: 23.abr.2018.

³¹TARTUCE, op. cit., p.501.

³²Ibid.

O parágrafo 2º³³ estabelece que a aplicação do disposto nesse artigo para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal.

Sobre a previsão legal específica, Victor Hugo Gonçalves³⁴ ressalta que essa opção de legislador implica no surgimento de duas ordens jurídicas distintas que poderão dificultar o acesso a conteúdo tutelado pelo direito autoral.

Outro diploma legal relacionado à matéria é a Lei de Acesso à Informação³⁵ que dispõe sobre os procedimentos a serem observados pelos entes federativos com o fim de garantir o acesso às informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal. Nele, pode-se extrair o princípio da publicidade associado ao direito de informação, bem como o dever de transparência do Estado.

No mesmo sentido, o Portal da Transparência do Poder Executivo Federal, criado por meio do Decreto n. 5.482³⁶. Trata-se de um sítio eletrônico que tem por finalidade veicular dados e informações detalhadas sobre a execução orçamentária e financeira da União.

No âmbito internacional, em especial na União Europeia, a disposição denominada Regulação n° 1049/2001³⁷ veio a garantir o acesso a documentos pelos cidadãos por meio de requerimento nesse sentido³⁸.

Ainda na União Europeia, em abril de 2016, foi aprovada a Regulação n° 2016/679³⁹ que em seu art. 17 trata sobre direito ao esquecimento, com efetiva vigência após 2 anos, em 25 de maio de 2018⁴⁰. Dessa forma, apresenta-se o primeiro ato normativo que visa a regular o direito ao esquecimento, o que demonstra que União Europeia é precursora em relação ao assunto.

Viviane Maldonado⁴¹ esclarece que o direito ao esquecimento teve origem na França, em que já era garantido ao condenado o direito de objeção à publicação de informações após o devido cumprimento da sentença condenatória.

³³BRASIL. *Lei n° 12.965*, de 23 de abril de 2014. op. cit., nota 1.

³⁴ GONÇALVES, op. cit., p.155.

³⁵BRASIL. *Lei n° 12.527* de 18 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>. Acesso em: 23 abr.2018.

³⁶ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5482.htm>. Acesso em: 11 mar.2018.

³⁷UNIÃO EUROPEIA. *Regulação n° 1049/2001*. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/RegData/PDF/r1049_en.pdf>. Acesso em 11 mar.2018.

³⁸MALDONADO, Viviane Nobrega. *Direito ao esquecimento*. São Paulo: Novo Século, 2017, p.74.

³⁹UNIÃO EUROPEIA. *Regulação n° 2016/679*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32016R0679>>. Acesso em: 11 mar.2018.

⁴⁰ MALDONADO, op. cit., p.101.

⁴¹ Ibid.

Encerra-se o segundo capítulo com o princípio normativo do Direito Digital denominado autorregulamentação, que possibilita uma via paralela não legislativa para criar padrões de conduta exclusivos à sociedade digital ditadas pela própria sociedade e pelas práticas de mercado⁴². De acordo com Patricia Pinheiro, “isso permite maior adequação do direito à realidade social, assim como maior dinâmica e flexibilidade[...]”⁴³.

Por derradeiro, o catálogo de mecanismos aqui apresentados consiste em apenas uma amostra de um microssistema jurídico em contínua construção, um desafio a ser encarado na prática pelos aplicadores do Direito.

No próximo capítulo serão abordados tópicos de grande importância: o exercício da liberdade de expressão na internet e o direito ao esquecimento. Quando exercidos por diferentes titulares, indaga-se: como avaliar qual garantia merece preponderar?

3. A COLISÃO ENTRE O EXERCÍCIO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DIREITO AO ESQUECIMENTO

Pode-se afirmar que a colisão entre os direitos fundamentais e o resultado do juízo de ponderação no caso concreto ganha novos contornos quando reconhecido o direito ao esquecimento em contraponto à liberdade de expressão, principalmente no ambiente virtual.

Nesse particular, destaca-se trecho do voto do Ilustre Ministro Relator Luis Felipe Salomão no Julgamento do Resp. n. 1.335.153⁴⁴, conhecido como “caso Aida Curi”:

Cabe desde logo separar o joio do trigo e assentar uma advertência. A ideia de um direito ao esquecimento ganha ainda mais visibilidade - mas também se torna mais complexa - quando aplicada à internet, ambiente que, por excelência, não esquece o que nele é divulgado e pereniza tanto informações honoráveis quanto aviltantes à pessoa do noticiado, sendo desnecessário lembrar o alcance potencializado de divulgação próprio desse cyberspaço. Até agora, tem-se mostrado inerente à internet - mas não exclusivamente a ela - a existência de um "resíduo informacional" que supera a contemporaneidade da notícia e, por vezes, pode ser, no mínimo, desconfortante àquele que é noticiado.

Na ocasião, a 4ª Turma negou provimento ao recurso especial dos irmãos de Aida Curi, jovem de 18 anos que foi assassinada após uma tentativa de estupro, em 1958, no Rio de Janeiro. O caso foi lembrado pelo programa Linha Direta, da TV Globo, em 2004; para o Ilustre Ministro

⁴² PINHEIRO, op. cit., p.124/125.

⁴³ Ibid.

⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1335153 / RJ. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: < <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201100574280&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 25 mar. 2018.

Relator Luis Felipe Salomão, acompanhado pela maioria dos Ministros, o “acontecimento entrou para o domínio público de modo que se tornaria impraticável a atividade da imprensa para o desiderato de retratar o caso Aida Curi, sem Aida Curi”⁴⁵.

Com a interposição de recurso ao Supremo Tribunal Federal, distribuído ao Ilustre Ministro Dias Toffoli⁴⁶, foi reconhecida repercussão geral pela Suprema Corte, tema n. 786, que trata da aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera civil quando for invocado pela própria vítima ou pelos seus familiares.

Outro caso emblemático que cuida da doutrina do direito ao esquecimento é o Recurso Especial n. 1.334.097⁴⁷ (“caso chacina da Candelária”). Nesse caso, a 4ª Turma reconheceu o direito ao esquecimento para um homem inocentado da acusação de participação na chacina da Candelária, tema do programa Linha Direta, da TV Globo, exibido anos depois, também objeto de recurso no Supremo Tribunal Federal⁴⁸.

Ambos se encontram sobrestados até a publicação da decisão de mérito em sede de repercussão geral. Aguarda-se, pois, tal julgamento.

Tem-se controvertido, entretanto, sobre a doutrina do direito ao esquecimento: para Daniel Sarmiento⁴⁹, o seu reconhecimento nos referidos casos (Aida Curi e Chacina da Candelária) é incompatível com a Constituição por se tratar de ameaça à liberdade comunicativa, à história e à memória coletiva. Para ele, o espaço legítimo para o reconhecimento do direito ao esquecimento seria especialmente, mas não exclusivamente, o âmbito da informática:

Um componente relevante deste quadro é a memória praticamente infinita da Internet e de outras tecnologias hoje disponíveis. Esta realidade – que tende a se intensificar, com a continuidade dos progressos científicos -, torna possível o acesso generalizado, no presente, a dados ou informações sobre fatos da vida privada de pessoas comuns, por vezes embaraçosos, ocorridos há muitos anos. Postagens em blogs, atualizações de *Facebook*, *tweets*, fotos, vídeos etc, mesmo quando tratem de questões estritamente particulares, podem ficar eternamente armazenados em nuvens cibernéticas, sendo facilmente acessados por meio de sítios de busca⁵⁰.

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 1010606*. Relator Ministro Dias Toffoli. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5091603>>. Acesso em: 24 mar. 2018.

⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1335153 / RJ*. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: < <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201201449107&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>> Acesso em: 24 mar. 2018.

⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE nº 789246*. Ministro Relator Celso De Mello. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4510026>>. Acesso em: 24 mar.2018.

⁴⁹ SARMENTO, DANIEL. *Parecer: Liberdades Comunicativas e Direito ao Esquecimento na ordem constitucional brasileira*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/2/art20150213-09.pdf>> Acesso em 24 mar. 2018.

⁵⁰ BRASIL, op. cit., nota 47.

Ousa-se discordar em parte com o respeitável entendimento; a importante garantia de liberdade de expressão, conquista fundamental da sociedade democrática deve ser ponderada à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. A exploração midiática exagerada de fatos sem interesse público atual pode gerar reflexos catastróficos na esfera privada dos indivíduos envolvidos, o que pode reclamar, em determinada hipótese concreta, o reconhecimento do direito de esquecimento.

Nesse ponto, lúcidas palavras de Paulo Gustavo Gonet Branco⁵¹:

O ser humano não pode ser exposto – máxime contra a sua vontade – como simples coisa motivadora da curiosidade de terceiros, como algo limitado à única função de satisfazer instintos primários de outrem, nem pode ser reificado como mero instrumento de divertimento, com vistas a preencher o tempo de ócio de certo público. Em casos assim, não haverá exercício legítimo da liberdade de expressão, mas afronta à dignidade da pessoa humana.

Nessa linha, é evidente que o tratamento do tema ganha nova roupagem com o avanço tecnológico. Uma rápida pesquisa no motor de busca online pode exibir o histórico de um indivíduo mesmo sem sua autorização.

Pode-se citar o caso da ação movida em 2010 pela apresentadora Maria da Graça Meneguel em face da Google Internet Ltda.⁵² cujo objeto era a não exibição de qualquer resultado para uma "pesquisa Google" quando utilizada a expressão "Xuxa pedófila". À época, a decisão foi favorável à provedora ao fundamento de a filtragem realizada pelo provedor de pesquisa incidiria em violação ao direito de informação. Ressalte-se que a questão não está relacionada à responsabilidade do provedor no caso de conteúdo ilícito ou ofensivo.

No âmbito internacional, o paradigma sobre o tema no Tribunal de Justiça da União Europeia também envolve as ferramentas de pesquisa, mais precisamente o Google⁵³. Trata-se do caso *Google Spain SL, Google Inc. V Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González*⁵⁴. Um cidadão espanhol, insatisfeito com os retornos de pesquisa em seu nome no *Google Search*⁵⁵, requereu a retirada do conteúdo para que os seus dados pessoais deixassem de aparecer.

⁵¹MENDES; BRANCO, op. cit., p.278.

⁵²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1316921*. Ministra Relatora Nancy Andrighi. Disponível em: < <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201103079096&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 24 mar. 2018.

⁵³MALDONADO, op. cit. p. 103

⁵⁴UNIÃO EUROPEIA. *Processo nº C- 131/12*. Disponível em:

<<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=152065&doclang=PT>>. Acesso em: 18 mar.2018.

⁵⁵GOOGLE, Search. *Google Search*. Disponível em: < <https://www.google.com.br/>>. Acesso em: 18 mar.2018

A pesquisa direcionava à duas páginas do jornal da *La Vanguardia*⁵⁶ em que figurava a venda de imóveis em hasta pública decorrente de um arresto com vista à recuperação de dívidas à Segurança Social. Em 13 de maio de 2014, o Tribunal de Justiça da União Europeia, em decisão irrecorrível, reconheceu o direito de retirada de informações do postulante no mecanismo de busca⁵⁷.

Finalmente, após traçar essa sucinta trajetória de modo propiciar melhor compreensão sobre a evolução jurisprudencial acerca do tema, reforça-se o conceito de que não há fórmula objetiva em caso de colisão entre esses direitos.

Resta saber, para encerrar o capítulo, a premissa que deverá ser considerada para exercício do juízo de ponderação no caso concreto. A proposta sugerida parte da sedimentada concepção de que nenhuma das garantias aqui citadas podem ser tratadas como direitos absolutos, sujeitando-se à análise casuística realizada pelo Judiciário à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, além da proporcionalidade e razoabilidade.

CONCLUSÃO

O objetivo da presente pesquisa foi proporcionar uma análise da doutrina do direito ao esquecimento inserida na era da informação digital fundada na internet, cenário ideal para exercício da liberdade de expressão, manifestação do pensamento. Uma verdadeira plataforma de debate que só alcança o tom democrático quando preservados direitos como a intimidade da vida privada, o direito à honra e imagem.

Nesse escopo, fundou-se a escolha do tema no interesse por um instituto que pode ser considerado novo, mas que traz questões constitucionais sensíveis revelando a necessidade de uma releitura de parâmetros e conceitos em sintonia com as mudanças trazidas pela tecnologia.

Em um primeiro momento, para a consecução lógica, o estudo foi organizado trazendo uma abordagem em que se reconhece a revolução gerada pela internet na sociedade e, por consequência, nas relações jurídicas a ela inerentes.

Foram abordados os principais mecanismos de proteção à liberdade de expressão, notadamente no que tange à compreensão de valores que se encontram em conflito com essa garantia, baseado em conceitos primários das premissas do direito à privacidade, permitindo a compreensão dos aspectos atinentes ao reconhecimento do direito ao esquecimento.

⁵⁶VANGUARDIA, La. Disponível em: <<http://www.lavanguardia.com/>>. Acesso em: 18 mar.2018

⁵⁷ MALDONADO, op. cit., p.105.

Não obstante a série de mecanismos listados no segundo capítulo para garantia da liberdade de expressão, concluiu-se que a melhor baliza para seu exercício é o conceito universal e imperativo da boa-fé e os bons costumes.

No terceiro capítulo, a convergência desses direitos fundamentais culminou na análise da colisão entre o direito ao esquecimento e a liberdade de expressão cuja solução parte pela ponderação feita pelo Judiciário pautada no caso concreto para que se possa examinar o interesse público sobre determinado fato e a possibilidade de negativa de acesso dessas informações.

Por fim, é certo que devido à complexidade do tema, há um considerável número de aspectos a serem explorados no âmbito jurídico, oferecendo este estudo, no prisma de seus objetivos, contribuição relacionada ao reconhecimento do direito ao esquecimento enquanto instituto jurídico dinâmico social. É o que se propõe.

REFERÊNCIAS

CIEGLINSKI, Amanda. *STF reúne especialistas para discutir o direito ao esquecimento*. Agência Brasil. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-06/stf-reune-especialistas-para-discutir-o-direito-ao-esquecimento>>. Acesso em: 18 mar.2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 10 abr. 2018.

_____. *Decreto nº 5.482*, de 30 de junho de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5482.htm>. Acesso em 10 abr.2018.

_____. *Lei nº 12.527*, de 18 de novembro de 2011. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>. Acesso em: 10 de abr. 2018.

_____. *Lei nº 12.965*, de 23 de abril de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em: 10 abr. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.117.633/RO*. Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 26/03/2010. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200900266542&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 10 abr.2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.316.921*. Ministra Relatora Nancy Andriahi, Terceira Turma, DJe 29/04/2013. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201103079096&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 24 mar. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.335.153* / RJ. Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 10/09/2013. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201100574280&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 5527*. Ministra Relatora Rosa Weber. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4983282>>. Acesso em: 10 abr.2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 403*. Ministro Relator Edson Fachin. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4975500>>. Acesso em: 23 abr.2018

_____. Supremo Tribunal Federal. *ARE nº 789246*. Ministro Relator Celso De Mello. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4510026>>. Acesso em: 24 mar.2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ARE nº 789246*. Ministro Relator Celso De Mello. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4510026>>. Acesso em: 24 mar.2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 1.010.606*. Relator Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5091603>>. Acesso em: 24 mar. 2018.

GONÇALVES, Victor Hugo Pereira. *Marco Civil da internet comentado*. São Paulo: Atlas, 2017.

GOOGLE, Search. *Google Search*. Disponível em: <<https://www.google.com.br/>>. Acesso em: 18 mar.2018

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*.11.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PINHEIRO, Patricia Peck. *Direito Digital*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

RECEITA FEDERAL. *Receita Federal divulga primeiros dados da parceria com TSE*. Disponível em <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/noticias/ascom/receita-federal-divulga-primeiros-dados-da-parceria-com-tse>>. Acesso em: 17 out. 2017.

SARMENTO, Daniel. *Parecer: Liberdades Comunicativas e Direito ao Esquecimento na ordem constitucional brasileira*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/2/art20150213-09.pdf>> Acesso em 24 mar. 2018.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

UNIÃO EUROPEIA. *Processo n° C - 131/12*. <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=152065&doclang=PT>>. Acesso em: 18 mar.2018.

_____. *Processo n° C - 131/12*. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=152065&doclang=PT>>. Acesso em: 18 mar.2018.

_____. *Regulação n° 1049/2001*. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/RegData/PDF/r1049_en.pdf>. Acesso em: 11 mar.2018.

_____. *Regulação n° 2016/679*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32016R0679>>. Acesso em: 11 mar.2018.

VANGUARDIA, La. Disponível em: <<http://www.lavanguardia.com/>>. Acesso em: 18 mar.2018