



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**  
**DOUTORADO EM DIREITO**

**PEDRO MIRON DE VASCONCELOS DIAS NETO**

**A TEORIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NA MODERNIDADE LÍQUIDA:  
REFLEXÕES SOBRE OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E LIBERDADE DE  
EXPRESSÃO À LUZ DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NA ERA DIGITAL NO  
BRASIL**

**FORTALEZA**

**2019**

PEDRO MIRON DE VASCONCELOS DIAS NETO

A TEORIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NA MODERNIDADE LÍQUIDA:  
REFLEXÕES SOBRE OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E LIBERDADE DE  
EXPRESSÃO À LUZ DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NA ERA DIGITAL NO  
BRASIL

Tese apresentada à Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor, na área de concentração “Ordem Jurídica Constitucional”. Orientador: Prof. Dr. Emmanuel Teófilo Furtado

FORTALEZA

2019

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação  
Universidade Federal do Ceará  
Biblioteca Universitária

Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

- 
- D534t Dias Neto, Pedro Miron de Vasconcelos.  
A teoria dos precedentes judiciais na modernidade líquida: reflexões sobre os direitos da personalidade e liberdade de expressão à luz do direito ao esquecimento na era digital no Brasil / Pedro Miron de Vasconcelos Dias Neto. – 2019.  
406 f.
- Tese (doutorado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2019.  
Área de Concentração: Ordem Jurídica Constitucional.  
Orientação: Prof. Dr. Emmanuel Teófilo Furtado.
1. Modernidade líquida. 2. Direitos da personalidade. 3. Liberdade de expressão. 4. Precedentes judiciais. 5. Direito ao esquecimento. I. Título.

PEDRO MIRON DE VASCONCELOS DIAS NETO

A TEORIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NA MODERNIDADE LÍQUIDA:  
REFLEXÕES SOBRE OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E LIBERDADE DE  
EXPRESSÃO À LUZ DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NA ERA DIGITAL NO  
BRASIL

Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do Título de Doutor em Direito. Área de concentração: Ordem Jurídica Constitucional.

Defesa em: **25 / 02 / 2019.**

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Dr. Emmanuel Teófilo Furtado (**Orientador**)  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

---

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Cynara Monteiro Mariano  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

---

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho  
Centro Universitário Unichristus

---

Prof. Dr. André Studart Leitão  
Centro Universitário Unichristus

---

Prof. Dr. Fábio Campelo Conrado de Holanda  
Centro Universitário 7 de Setembro

Dedico esta pesquisa ao Grande Arquiteto do Universo, na minha concepção, Deus todo-poderoso, que, por intermédio do seu filho, Jesus Cristo, na sua infinita bondade, continua a me conceder a serenidade necessária para aceitar as coisas que eu não posso modificar; coragem para modificar aquelas que eu posso; e sabedoria para distinguir umas das outras.

## **AGRADECIMENTOS**

Inicialmente, agradeço a minha família. Débora, minha companheira, meu amor. Agradeço-lhe a paciência e a resignação demonstradas em razão dos inúmeros momentos, matinais e noturnos, furtados da sua convivência. Lis e Artur, meus amados filhos, desde as suas concepções, me inspiram e me convidam a me tornar um ser humano melhor. Aos meus pais, avôs, irmãos, cunhados, sogros, primos, amigos, colegas de trabalho; enfim, a todos os queridos que, de alguma forma, me ajudaram e me incentivaram no transcurso desta jornada acadêmica.

Ao corpo docente do Curso de Doutorado em Direito da UFC, meus sinceros agradecimentos. Em especial, ao meu professor-orientador, doutor Emmanuel Teófilo Furtado, homem culto e generoso, cujos momentos vividos na sua companhia foram deveras enriquecedores. A ele, o meu respeito e a minha gratidão.

Ao corpo discente, em especial aos colegas do Doutorado em Direito, da Turma 2015, da UFC, agradeço os valiosos e agradáveis momentos vivenciados na sala de aula e fora dela.

Aos funcionários e estagiários do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC), também registro meus agradecimentos, sempre dispostos a ajudar a todos, com carinho e atenção.

“O que aprendi com o Google é que nunca  
saberei o que eu deveria saber”.  
(Zygmunt Bauman).

## RESUMO

O objetivo principal desta Tese dirige-se ao estudo das premissas e dos fundamentos teórico-valorativos a justificar a existência do direito ao esquecimento na Era Digital no Brasil. Nesta perspectiva, a pesquisa bibliográfica e o estudo dos precedentes judiciais nacionais e estrangeiros serão as principais fontes de investigação acadêmica. Neste ponto, o método adotado em relação aos dados coletados será o dialético, que promove o confronto de argumentos contraditórios, o que garantirá o exame crítico da pesquisa. Inicialmente, se utiliza como referencial teórico o paradigma da Modernidade-Líquida de Zygmunt Bauman, que se alimenta da metáfora da “liquidez” para se referir aos tempos modernos como voláteis e fluidos, trazendo instabilidade para todas as relações humanas, sejam familiares ou profissionais. Neste ponto, tem-se o ambiente *online* como espaço predominantemente líquido, instável, incerto e, por vezes, inseguro. Por conseguinte, no contexto da sociedade em rede, vislumbra-se a complexidade das relações jurídico-sociais do homem com o meio ambiente digital, principalmente quanto aos novos aspectos correlacionados à memória individual e à memória coletiva. De fato, o legado digital pressupõe a transição da atmosfera privada para a pública, surgindo vários problemas de natureza ético-jurídica no que diz respeito às memórias privadas compartilhadas (textos, fotos, vídeos etc), principalmente diante da disseminação de redes sociais em todo o mundo. Desta forma, surge a vestibular das inquietações perquiridas: as pessoas têm o direito a mudar suas vidas sem que as persigam eternamente o fantasma das informações indesejadas do seu passado? Adiante, esta Tese também se propõe a investigar o fenômeno da constitucionalização do direito privado à luz da CF/88, denotando-se novos parâmetros axiológicos e epistemológicos diante do direito civil. Neste particular, perquirem-se prioritariamente os direitos da personalidade e da liberdade de expressão diante das novas tecnologias, bem como os seus possíveis conflitos na era digital diante do novel direito humano de acesso à internet. Em seguida, a Tese se dirige ao estudo da teoria dos precedentes judiciais, porquanto se trata de metodologia identificada capaz de justificar o objetivo principal delineado. Em outras palavras, tem-se a ilação inequívoca de que, a gênese do direito ao esquecimento enquanto direito humano ocorre pela via dos precedentes judiciais do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), notadamente no clássico caso *Gonzalez vs. Google*. Desta forma, percorre-se pelo estudo amplo do precedentalismo judicial nacional e estrangeiro em busca de estabilidade, integridade e coerência para fins de concretização dos direitos civis-constitucionais no âmbito dos sistemas jurídicos do *civil law* e do *common law*. Com efeito, após investigação percuciente do tema do direito ao esquecimento em países da América Latina, EUA e Europa, além do estudo de recentes precedentes judiciais no Brasil, analisa-se a viabilidade da proposta no Brasil mediante a fixação de duas premissas básicas: (1) a conjugação harmoniosa dos direitos da personalidade e da liberdade de expressão à luz da dignidade da pessoa humana; (2) o óbice à lógica consumerista aplicável aos direitos, liberdades e garantias fundamentais no ambiente *online*.

**PALAVRAS-CHAVE:** Modernidade Líquida. Direitos da Personalidade. Liberdade de Expressão. Precedentes Judiciais. Direito ao Esquecimento.



## ABSTRACT

The main objective of this thesis is to study the premises and theoretical-value foundations to justify the existence of the right to be forgotten in the Digital Era in Brazil. In this perspective, bibliographic research and the study of national and foreign judicial precedents will be the main sources of academic research. At this point, the method adopted in relation to the collected data will be the dialectic, which promotes the confrontation of contradictory arguments, which will guarantee the critical examination of the research. Initially, the theoretical paradigm of Zygmunt Bauman's Modernity-Liquid is used, which feeds on the metaphor of "liquidity" to refer to modern times as volatile and fluid, bringing instability to all human relations, whether family or professional. At this point, one has the online environment as predominantly liquid space, unstable, uncertain and sometimes insecure. Therefore, in the context of the networked society, the complexity of the legal-social relations of man with the digital environment is seen, especially as regards the new aspects related to individual memory and collective memory. In fact, the digital legacy presupposes the transition from the private to the public atmosphere, resulting in a number of ethical-legal problems with regard to shared private memories (texts, photos, videos etc), especially in the face of the dissemination of social networks all around the world. In this way, the first of the inquired anxieties arises: do people have the right to change their lives without being forever chased by the ghost of unwanted information from their past? Later, this thesis also proposes to investigate the phenomenon of the constitutionalization of private law in the light of CF/88, denoting new axiological and epistemological parameters before civil law. In this regard, priority should be given to the rights of the personality and freedom of expression in the face of new technologies, as well as their possible conflicts in the digital age in the face of the novel human right of access to the Internet. Then, the thesis is directed to the study of the theory of judicial precedents, because it is a methodology identified that can justify the main objective outlined. In other words, there is an unequivocal conclusion that the genesis of the right to be forgotten as a human right occurs through judicial precedents of the Court of Justice of the European Union (CJEU), notably in the classic precedent *Gonzalez vs. Google*. In this way, a wide study of national and foreign judicial precedents is pursued in search of stability, integrity and coherence for the realization of civil-constitutional rights within the civil law and common law legal systems. Indeed, after a detailed investigation of the right to be forgotten in Latin American, US and European countries, in addition to the study of recent judicial precedents in Brazil, the feasibility of the proposal in Brazil is analyzed by establishing two basic premises: (1) the harmonious combination of the rights of personality and freedom of expression in the light of the dignity of the human person; (2) the obstacle to the consumerist logic applicable to fundamental rights, freedoms and guarantees in the online environment.

**KEYWORDS:** Liquid Modernity. Rights of the Personality. Freedom of expression. Judicial precedents. Right to be forgotten.

## RIASSUNTO

L'obiettivo principale di questa tesi è quello di studiare le premesse e le basi teoriche per giustificare l'esistenza del diritto di dimenticare nell'era digitale in Brasile. In questa prospettiva, la ricerca bibliografica e lo studio della giurisprudenza nazionale ed estera saranno le principali fonti di ricerca accademica. A questo punto, il metodo adottato in relazione ai dati raccolti sarà la dialettica, che promuove il confronto di argomenti contraddittori, che garantirà l'esame critico della ricerca. Inizialmente, è stato usato come paradigma teorico della modernità liquida di Zygmunt Bauman, che alimenta la metafora della "liquidità" per riferirsi ai tempi moderni come volatili e fluidi, portando instabilità a tutti i rapporti umani, familiari o professionali. A questo punto, abbiamo l'ambiente online come uno spazio prevalentemente liquido, instabile, incerto e talvolta insicuro. Pertanto, nel contesto della società in rete, si vede la complessità delle relazioni giuridico-sociali dell'uomo con l'ambiente digitale, specialmente per quanto riguarda i nuovi aspetti relativi alla memoria individuale e alla memoria collettiva. In effetti, l'eredità digitale presuppone il passaggio dall'atmosfera privata a quella pubblica, determinando una serie di problemi etico-legali relativi a memorie private condivise (testi, foto, video, ecc.), soprattutto di fronte alla diffusione dei social network in tutto il mondo. Quindi sorgono le prime preoccupazioni: le persone hanno il diritto di cambiare la propria vita senza perseguire l'eterno fantasma di informazioni indesiderate dal loro passato? Più tardi, questa tesi si propone anche di indagare il fenomeno della costituzionalizzazione del diritto privato alla luce del CF/88, mostrando nuovi assiologici e parametri epistemologici davanti alla legge civile. In particolare, se hanno sondato soprattutto i diritti della personalità e la libertà di espressione di fronte alle nuove tecnologie e le loro potenziali conflitti nell'era digitale sul romanzo diritto umano di accesso a Internet. Quindi, la tesi è diretta allo studio della teoria dei precedenti giudiziari, perché è una metodologia identificata che può giustificare l'obiettivo principale delineato. In altre parole, v'è una chiara implicazione che la genesi del diritto all'oblio come un diritto umano è il modo dei precedenti giurisprudenziali della Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE), in particolare nel caso classico *Gonzalez vs. Google*. In questo modo, uno studio approfondito sui precedenti giudiziari nazionali ed esteri viene svolto nella ricerca di stabilità, integrità e coerenza nel raggiungimento dei diritti civili e costituzionali nei sistemi giuridici di *civil law* e *common law*. Infatti, dopo un'indagine approfondita sul diritto all'oblio nei paesi dell'America Latina, negli Stati Uniti e in Europa, oltre allo studio dei recenti precedenti giudiziari in Brasile, viene analizzata la fattibilità della proposta in Brasile, stabilendo due premesse fondamentali: (1) l'armoniosa combinazione dei diritti della personalità e della libertà di espressione alla luce della dignità della persona umana; (2) l'ostacolo alla logica consumistica applicabile ai diritti, alle libertà e alle garanzie fondamentali nell'ambiente online.

**PAROLE CHIAVE:** Modernità liquida. Diritti della personalità. Libertà di espressione. Precedenti giudiziari. Diritto all'oblio.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>13</b>
<b>2 A MODERNIDADE LÍQUIDA E A COMPLEXIDADE DAS RELAÇÕES JURÍDICO-SOCIAIS: A SOCIEDADE EM REDE E O MEIO AMBIENTE DIGITAL .....</b>	<b>24</b>
<b>2.1 Traços principais da Modernidade Líquida .....</b>	<b>24</b>
<b>2.2 Os reflexos da modernidade líquida sobre as novas tecnologias da informação .....</b>	<b>30</b>
<b>2.3 A sociedade em rede diante dos direitos e liberdades fundamentais .....</b>	<b>35</b>
<b>2.4 Aspectos relevantes do meio ambiente digital e memória .....</b>	<b>43</b>
<b>2.5 O legado digital e os marcos regulatórios da internet .....</b>	<b>51</b>
<b>3 DO FENÔMENO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL: OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 .....</b>	<b>60</b>
<b>3.1 A constitucionalização do direito civil: novos parâmetros axiológicos e epistemológicos .....</b>	<b>60</b>
<b>3.2 Os direitos da personalidade diante das novas tecnologias: a ideia de privacidade e de cidadania digital .....</b>	<b>74</b>
<b>3.3 A dogmática civil-constitucional dos direitos da personalidade e o papel das cláusulas gerais .....</b>	<b>81</b>
<b>3.4 O direito humano de acesso à internet: os conflitos entre a liberdade de expressão e os direitos de privacidade na era digital .....</b>	<b>87</b>
<b>4 O PRECEDENTALISMO JUDICIAL: EM BUSCA DE ESTABILIDADE, INTEGRIDADE E COERÊNCIA PARA FINS DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS CIVIS-CONSTITUCIONAIS .....</b>	<b>106</b>
<b>4.1 Família, tradição ou sistema de direitos: <i>civil law</i> e <i>common law</i> na contemporaneidade .....</b>	<b>107</b>
<b>4.1.1 A evolução jurídico-histórica do <i>civil law</i> e do <i>common law</i> .....</b>	<b>109</b>
<b>4.1.2 O caso brasileiro: <i>civil law</i> ou <i>common law</i>? .....</b>	<b>121</b>

<b>4.2</b>	<b>Análises conceituais sobre precedentes judiciais, jurisprudência e súmulas.....</b>	<b>125</b>
<b>4.3</b>	<b>Elementos de formação conceitual do precedente judicial: <i>ratio decidendi</i> e <i>obiter dictum</i>.....</b>	<b>131</b>
<b>4.4</b>	<b>A aplicação e a superação dos precedentes judiciais: <i>distinguishing</i>, <i>overruling</i>, dentre outras técnicas .....</b>	<b>139</b>
<b>4.5</b>	<b>Ponderações sobre a teoria dos precedentes judiciais no Brasil: uma abordagem constitucional-processual.....</b>	<b>150</b>
4.5.1	O (neo)constitucionalismo, o (pós)-positivismo e a doutrina brasileira dos precedentes judiciais.....	151
4.5.2	A teoria dos precedentes judiciais e o novo Código de Processo Civil de 2015.....	175
4.5.2.1	<i>Existe um novo rol de precedentes judiciais vinculantes no CPC de 2015?</i> .....	182
4.5.2.2	<i>Graus de vinculação dos precedentes judiciais no novo CPC/2015</i> .....	191
4.5.2.3	<i>Distinções entre as teorias dos precedentes no Brasil e nos países do common law à luz do novo CPC/2015</i> .....	197
<b>4.6</b>	<b>Dos precedentes judiciais estrangeiros e internacionais: circulação global, elementos substanciais e diálogos entre os sistemas jurídicos.....</b>	<b>204</b>
4.6.1	Constitucionalismo e circulação global de precedentes judiciais.....	205
4.6.2	Do precedentalismo internacional e estrangeiro: em busca de diálogos entre os sistemas jurídicos.....	210
4.6.3	Da invocação ornamental ao uso adequado: a busca de elementos substanciais dos precedentes estrangeiros .....	225
<b>5</b>	<b>O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA ERA DIGITAL: UMA POSSÍVEL CONSTRUÇÃO TEÓRICO-VALORATIVA .....</b>	<b>236</b>
<b>5.1</b>	<b>Aspectos introdutórios sobre a terminologia e o conteúdo normativo: o que é direito ao esquecimento? .....</b>	<b>236</b>
<b>5.2</b>	<b>A evolução jurídico-histórica do direito ao esquecimento.....</b>	<b>246</b>
<b>5.3</b>	<b>O direito ao esquecimento no plano internacional e estrangeiro: tratativas na América Latina, no Common Law (Reino Unido e EUA) e na União Europeia .....</b>	<b>254</b>
5.3.1	América Latina: em busca de reconhecimento ao direito ao esquecimento .....	255

5.3.2	Noções do direito ao esquecimento no common law: Estados Unidos (EUA) e Reino Unido .....	265
5.3.3	União Europeia: o apogeu do direito ao esquecimento .....	278
<b>5.4</b>	<b>O direito ao esquecimento na ordem jurídica civil-constitucional brasileira.....</b>	<b>298</b>
5.4.1	As dimensões subjetiva e objetiva do direito fundamental ao esquecimento formal e material .....	298
5.4.2	Precedentalismo judicial e fundamentação jurídica civil-constitucional do direito ao esquecimento no Brasil.....	310
5.4.2.1	<i>O direito ao esquecimento predominantemente fora dos domínios da internet (ambiente offline) .....</i>	<i>312</i>
5.4.2.2	<i>O direito ao esquecimento no ambiente online .....</i>	<i>325</i>
5.4.2.3	<i>Reflexões sobre a fundamentação jurídica civil-constitucional do direito ao esquecimento no Brasil.....</i>	<i>341</i>
5.4.3	O futuro do direito ao esquecimento no Brasil .....	351
<b>6</b>	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>364</b>
	<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>383</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa acadêmica tem como objetivo principal analisar as premissas e os fundamentos teóricos, práticos e valorativos do direito ao esquecimento na era digital do Brasil. Inicialmente, o primeiro referencial teórico a ser perquirido se refere à ideia de Modernidade Líquida proposta pelo sociólogo polonês Zygmunt Bauman. Neste ponto, a metáfora da liquidez é utilizada por vezes nesta Tese se referindo diretamente à rede mundial de computadores (ambiente online) como espaço fluido, instável, incerto e, por vezes, inseguro.

Neste contexto paradoxal, a sociedade atual impõe deliberadamente um elemento de desorganização: quanto menos sólida e mais fluida melhor. De outro giro, também se mostra correto afirmar que, assim como a fluidez poderá trazer maior instabilidade e insegurança, a permanência indefinida na solidez também poderá inibir novos horizontes ao homem moderno.

Assim, a complexidade das relações jurídico-sociais na era digital indica o surgimento da sociedade em rede ou sociedade da informação, que, por sua vez, exige uma nova relação da ciência jurídica com a tecnologia, ora flertando por proteção, ora por regulamentação. Desta maneira, este novo contexto moderno-líquido precisa ser delimitado com precisão teórico-científica, e, por via de consequência, o eventual surgimento de novos direitos ou garantias fundamentais precisam encontrar guarida nos ordenamentos jurídico-constitucionais dos Estados nacionais, sem prejuízo da colaboração do direito estrangeiro ou internacional.

De fato, os direitos e liberdades fundamentais assumem especial relevo com a inauguração da “sociedade da informação”, “sociedade do conhecimento” ou “sociedade em rede”, sendo esta última a expressão cunhada de preferência do sociólogo Manuel Castells. Nesta esteira, sob o rótulo da globalização, ergue-se então o informacionalismo como nova modalidade de desenvolvimento econômico e social, sendo-lhe a criação de redes atributo fundamental. De imediato, também se perquire no decorrer desta pesquisa acadêmica: o que é sociedade em rede?

Com efeito, o legado digital pressupõe a transição da atmosfera privada para a pública, surgindo vários desdobramentos de natureza ética e jurídica no que diz respeito às memórias privadas compartilhadas (textos, fotos, vídeos etc). Assim, à luz da construção teórica da Modernidade Líquida – tendo como principal metáfora a “fluidez” para o estágio da era moderna – como se poderia conceituar o que é privado? Em outras palavras, o que seria

“arena pública”? De outra maneira, quais seriam as fronteiras entre o público e o privado? Neste sentido, a expressão “sociedade” é o primeiro vocábulo ridicularizado pelos novos tons da modernidade que, por sua vez, sugere sua substituição simplesmente por “rede”.

Neste particular, o virtuoso ambiente *online* também pode ser enxergado como problema, passando a ser identificado quando a tecnologia inicia a ingerência nas relações sociais pacíficas e controladas. Neste ponto, torna-se terreno fértil a fim de possibilitar práticas socialmente desagradáveis e indesejadas. Ergue-se, nesta nova dinâmica social, o binômio perene entre direito e internet, realidade ainda pouco explorada, entretanto, indispensável a fim de garantir novos direitos fundamentais, bem como a efetivação das liberdades fundamentais já consagradas.

A Carta Política de 1988 estabeleceu o Estado Democrático de Direito sob a égide do princípio da dignidade da pessoa humana. Neste ponto, diversos direitos, liberdades e garantias fundamentais foram asseguradas ao cidadão de acordo com o espírito ético-valorativo, destacando-se: os chamados direitos da personalidade (o direito à intimidade, à privacidade, à imagem, à honra etc) e as liberdades de expressão, de informação e de pensamento.

Os desdobramentos da sociedade em rede sob o manto dos novos paradigmas tecnológicos e econômicos impõem novas reflexões em face dos direitos da personalidade e da liberdade de expressão no meio ambiente digital. Neste ponto, indaga-se como combinar novas tecnologias e as memórias individuais e coletivas? De outra forma, como conviver harmoniosamente ciência universal e culturas comunitárias? Em último caso, paixão e razão?

Neste sentido, se mostra relevante a temática da constitucionalização do direito, mais precisamente de novos parâmetros axiológicos e epistemológicos para o direito civil, por interesse desta tese quanto à conjugação harmoniosa entre direitos da personalidade e liberdade de expressão. Em outras palavras, com a chegada da constituição federal de 1988, a sua argamassa principiológica e valorativa irradia-se para todas as searas do direito, não se podendo mais delimitar com precisão cirúrgica os limites do Direito Público e do Direito Privado.

Decerto, em face da publicização do direito privado decorrente da força normativa e principiológica da constituição, torna-se salutar para o estudioso do Direito identificar, conceituar e fundamentar os direitos da personalidade e a liberdade de expressão de acordo com a nova ordem jurídica vigente. Neste ponto, além dos influxos constitucionais, destaca-se a necessária abordagem ao Código Civil de 2002, bem como o papel das cláusulas gerais para

a possível conformação de novos direitos da personalidade, ampliando o horizonte protetivo da personalidade humana enquanto objeto de proteção específica.

Nesta esteira, poder-se-ia afirmar, em abstrato, a eventual existência de superioridade entre os direitos da personalidade e a liberdade de expressão, isto é, seriam direitos que possuem hierarquia diferente? No caso de eventual colisão destes direitos, em concreto, como se equacionaria o respectivo conflito? Trata-se de abordagem fundamental porquanto se parte da premissa da inexistência de direito, garantia ou liberdade fundamental de natureza absoluta diante da ordem constitucional vigente.

Assim, faz-se *mister* a investigação do conteúdo teórico-valorativo dos direitos da personalidade à luz do desenvolvimento do paradigma tecnológico. Neste ponto, erguem-se novas dinâmicas da sociedade em rede, principalmente quanto à ideia de privacidade e a necessidade de proteção de dados pessoais na internet. Ademais, o poder exercido através da rede mundial de computadores também corrobora o surgimento da noção de cidadania digital.

Decerto, definir quando, por que, de que forma e em que medida a ordem jurídica (o Estado) deve interferir na seara privada dos cidadãos não se trata de tarefa fácil para o Direito, tampouco para outras ciências correlatas (filosofia, sociologia, ciência política etc). Ademais, no cenário de constitucionalização do direito privado (e do direito civil), há algo inequívoco constatado: uma tênue fronteira entre as arenas públicas e privadas. Neste ponto, pode o direito de alguém ser protegido *contra* a sua vontade, ainda que não prejudique diretamente a terceiros?

Por outro lado, a revolução da criação da internet diante das tecnologias da informação é incontestável, tendo ocorrido um salto de projeção geométrica em relação ao advento de outros meios de comunicação (imprensa, rádio, televisão etc). A interatividade e a instantaneidade na difusão das informações da sociedade em rede já implicam na construção teórico-normativa do direito humano de acesso à internet em conjugação com os demais direitos e liberdades fundamentais.

Neste sentido, o Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (CDH-ONU) aprovou relatório em 16 de maio de 2011, defendendo o respeito, a promoção e o exercício dos direitos humanos relativos à liberdade de expressão e de opinião na internet. Neste particular, embora estes relatórios da ONU não tenham força de lei, são orientações importantes para guiar os governos e os particulares em geral diante dos novos paradigmas tecnológicos da sociedade em rede.

Por conseguinte, a investigação acadêmica se dirige à teoria dos precedentes judiciais, bem como ao estudo dos sistemas jurídicos do *civil law* e do *common law*. Neste ponto, trata-



se de tema de relevo quando se perquiri novos caminhos à ideia de precedente judicial. O percurso escolhido, por sua vez, diz respeito à gênese do direito ao esquecimento na era digital ter verdadeiramente ocorrido por obra dos precedentes judiciais na União Europeia, a modificar todos os demais atos estatais, fomentando atos executivos e atos legislativos para concretização do desiderato almejado.

Inicialmente, a investigação acadêmica se debruça sobre o estudo das famílias, tradições ou sistemas jurídicos da contemporaneidade, com especial relevo à ideia de *civil law* e *common law*. Nestes dois, especificamente, verifica-se um mundo jurídico de comunicação constante e de alimentação recíproca, inclusive delineando novos contornos à própria noção de precedente judicial.

Neste contexto, pretende-se responder a formulação: No Brasil, tradicionalmente associado às famílias dos direitos *do civil law*, seria correto afirmar em aproximação ao sistema *common law* em face do constitucionalismo contemporâneo? Nesta esteira, alguns argumentos de natureza jurídico-constitucional e de natureza jurídico-processual serão analisados.

Por conseguinte, o intercâmbio proposto entre os institutos dos dois principais sistemas jurídicos pode ser evidenciado de muitas formas. Desta maneira, o sistema jurídico do *civil law* pode fazer amplo uso da referência à jurisprudência, enquanto o sistema do *common law* pode se utilizar do amplo uso da lei escrita e áreas inteiras desses ordenamentos codificados. Nesta medida, o estudo do novo código de processo civil brasileiro de 2015 será algo importante na busca de estabilidade, integridade e coerência do sistema jurídico por meio do precedentalismo judicial.

Com efeito, a abordagem de alguns temas capitais da teoria dos precedentes judiciais serão necessários, iniciando sobre os elementos de formação conceitual do precedente judicial. Neste ponto, após lançar algumas concepções conceituais e notas distintivas sobre precedentes judiciais, súmulas e jurisprudência, se debruçará sobre o estudo específico dos elementos que compõem o conceito de precedente judicial (*ratio decidendi e obiter dictum*). A rigor, trata-se de tema de relevo para se adentrar ao interesse maior desta investigação, qual seja, a força vinculante dos precedentes judiciais brasileiros, internacionais e estrangeiros para fins de concretização dos direitos humanos, em particular, o direito ao esquecimento na era digital.

Por conseguinte, a *ratio decidendi* e o *obiter dictum* serão perquiridos de forma minudente sobre a ótica conceitual e, principalmente, sobre critérios de como dividi-los de forma adequada, ou seja, a separação com maior precisão entre a *ratio* e o *dictum*. De

imediatamente, surge a premissa distintiva inaugural acerca do *binding element*: a *ratio decidendi* diz respeito ao núcleo vinculante do precedente judicial, enquanto que o *obiter dictum* seriam aspectos colaterais da decisão judicial que origina o precedente sem obrigação de vinculação aos casos futuros.

Adiante, outro tema capital diz respeito à aplicação e a superação dos precedentes judiciais, bem como o estudo de seus institutos próprios como o *distinguishing*, o *overruling*, dentre outras técnicas. Tal estudo se mostra relevante pois se verificam as dificuldades em se separar os *obiter dicta* e a *ratio decidendi*. Esta última, por sua vez, numa perspectiva dinâmica, tem a sua importância pois será a parte do precedente responsável por regular o futuro. Em outras palavras, trata-se da extração precedentalista do princípio aplicável às causas futuras, qual seja, o DNA do caso, que vem a ser um elemento decorrente do DNA do direito.

Neste sentido, têm-se alguns mecanismos comumente utilizados pela doutrina dos precedentes para fins de adequada aplicação e, em última análise, também instrumentos que determinem eventuais superações do precedente no cotejo do caso concreto analisado (p.ex., *distinguishing*, o *overruling* etc). Desta forma, parte-se da premissa de que dois casos nunca serão absolutamente idênticos e, portanto, a comparação entre o precedente e o caso posterior ocorre por semelhanças e distinções entre os fatos juridicamente relevante para tomada de decisões.

Em seguida, algumas reflexões de natureza jurídica constitucional-processual sobre a teoria dos precedentes judiciais no Brasil são realizadas. A abordagem acadêmica é dividida em duas partes. Na primeira parte, o trâmite será a constitucional, se dirigindo ao estudo do (neo)constitucionalismo, dentre outras nomenclaturas e teorias possíveis que enxergam o constitucionalismo contemporâneo. Igualmente, sob o paradigma do (pós)-positivismo, dentre outros possíveis paradigmas jurídico-filosóficos que identifiquem o momento atual. E, obviamente, a associação do momento jurídico-constitucional-filosófico atual atrelado à teoria dos precedentes judiciais no Brasil.

Por conseguinte, na segunda parte, o estudo da doutrina brasileira dos precedentes judiciais terá uma abordagem predominantemente jurídico-processual. Tal opção ocorre, principalmente, pela publicação do novo Código de Processo Civil de 2015. Neste ponto, se perquirirão os pontos de convergência e de divergência do novel diploma diante das perspectivas precedentalistas sob o enfoque do direito processual civil brasileiro.

Nesta esteira, apesar de a temática dos precedentes judiciais ser afeta precipuamente à Teoria Geral do Direito, no Brasil, ganham-se novos contornos com a publicação do novo

Código de Processo Civil de 2015. Frise-se: apesar de não se tratar necessariamente de matéria jurídico-processual, talvez por influência do *civil law* e do seu positivismo normativo, somente com o apelo formal, lógico e dedutivo (res)surgem os precedentes judiciais como pauta de primeira ordem na doutrina e na jurisprudência.

Com efeito, algumas inflexões surgem: (1) existe um novo rol de precedentes judiciais vinculantes no CPC de 2015? (2) todo precedente judicial é vinculante? (3) existem graus de vinculação dos precedentes judiciais no novo CPC/2015? Em outras palavras, há de se falar em gradação diferenciada de precedentes judiciais, ou seja, existem precedentes judiciais que vinculam de forma mais forte, média ou fraca em relação a outros?

Por outro lado, também são traçadas algumas distinções entre as teorias dos precedentes no Brasil e nos países do *common law* à luz do novo CPC/2015. De início, reitera-se que, inequivocamente, o novo diploma processual brasileiro dignificou ao precedentalismo judicial maior relevância jurídica formal (força normativa) e material (ganho hermenêutico). Neste ponto, também é correto afirmar que, o novo CPC não se trata de importação automática e abrupta da teoria do *stare decisis* tradicionalmente construída nos países do sistema jurídico do *common law*.

Neste contexto, destacam-se algumas peculiaridades da teoria dos precedentes adotada pelo ordenamento processual brasileiro, qual seja, pelo novo CPC de 2015 e legislação correlata. Neste sentido, merece destaque o fato de que no *common law*, a teoria dos precedentes vinculantes é criação exclusiva (ou predominante) dos próprios tribunais, a partir da política institucional do *stare decisis*. No Brasil, por sua vez, tem-se tal tarefa destinada ao legislador (típico do *civil law*) e à jurisprudência dos tribunais superiores (STF e STJ, principalmente).

Posteriormente, a pesquisa se dirige ao estudo dos precedentes judiciais estrangeiros e internacionais, bem como sua adequada aplicação pelos tribunais nacionais. Esta temática se mostra de relevo porquanto se aprofundará o estudo do direito ao esquecimento no Brasil e, por conseguinte, a fundamentação jurídica e a delimitação dos seus elementos formais e materiais advém de precedentes judiciais europeus, principalmente de sólida construção do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE).

De imediato, verifica-se que, este recorrente intercâmbio jurisprudencial entre os diversos países pertencentes, por vezes, a distintas tradições jurídicas perpassa pela ideia ou metáfora da circulação global de precedentes. Neste ponto, a noção de circulação é empregada para indicar a ausência de certidão de nascimento para as ideias jurídicas, isto é, pelo fato de

estas não se estabelecerem em bases espaciais permanentes e imutáveis, alheias a contemporaneidade que lhe é subjacente.

Por outro giro, a existência desta circulação global de precedentes se insere num contexto maior de um constitucionalismo além das fronteiras nacionais. Neste particular, destaca-se o transconstitucionalismo proposto por Marcelo Neves, qual seja, a pluralidade de ordens jurídicas implicando a relação complementar entre identidade e alteridade. Dito de outra forma, no plano da própria autofundamentação, as ordens jurídicas envolvidas na solução do problema constitucional reconstróem-se, mutuamente e continuamente, suas identidades mediante o entrelaçamento transconstitucional: a identidade constitucional sendo rearticulada a partir da alteridade constitucional.

Neste sentido, o estabelecimento de diálogos pressupõe uma saudável e construtiva troca de ideias entre os envolvidos, quais sejam, pessoas físicas e jurídicas, os indivíduos e instituições, os cidadãos e Estados nacionais, a comunidade internacional etc. Neste ponto, o diálogo deverá se construir à luz da reciprocidade, da estruturação dos canais de comunicação e do potencial impacto transformador do que se restou avançado ou dialogado. De imediato, dentre as contribuições possíveis dos sistemas jurídicos nacionais e internacionais, há de se recrudescer a construção de uma sociedade contemporânea eminentemente dialógica.

Por conseguinte, a temática envolvida se remete necessariamente (não-exclusivamente) à comparação entre sistemas jurídicos. Trata-se, pois, de atividade complexa e que se impõe diante de uma nova postura de juízes e tribunais em face de um mundo globalizado, inclusive no que diz respeito à facilitação de acesso às decisões judiciais nacionais e estrangeiras, disponibilizadas a exaustão no meio ambiente digital, e pelo fenômeno de consolidação de redes presenciais das cortes e magistrados.

De fato, trata-se de fenômeno recorrente a citação de precedentes judiciais estrangeiros nas decisões judiciais entre os tribunais de diversos países de sistemas jurídicos diferentes. A questão relevante é delinear até que ponto esta citação produzirá consequências jurídicas substanciais, ou seja, se se trata apenas de recurso estilístico judicante ou de a formação de verdadeiro precedente judicial estrangeiro a transplantar o seu DNA com ganho hermenêutico a ser reproduzido ao próximo caso analisado no diálogo internacional de cortes.

De imediato, não basta apenas o discurso entusiástico; o reforço argumentativo ou retórico sob pena de nulidade do julgado, isto é, caso se trate apenas de invocação ornamental do precedente judicial estrangeiro como razão efetiva para decidir sem base suficiente em outra fundamentação autônoma. Neste ponto, levar a fundamentação do julgado a sério

também implicará em consequências jurídicas determinantes na utilização do precedente judicial estrangeiro pela corte nacional.

Posteriormente, após percuciente análise da teoria dos precedentes judiciais, a investigação se dirige a demonstrar uma possível construção teórico-valorativa para o direito ao esquecimento na era digital. Inicialmente, busca-se uma delimitação de ordem objetiva que se impõe, qual seja, o que é (ou pode ser) direito ao esquecimento e o que (definitivamente) não se trata de direito ao esquecimento. Neste contexto, perquire-se a vestibular das inquietações: do que se trata realmente o direito ao esquecimento? Em seguida, muitas outras indagações surgem, tais como: quais os critérios científicos para o exercício deste direito? Pode-se falar em esquecimento como uma tentativa de se reescrever o passado?

De fato, estudos doutrinários inaugurais do direito ao esquecimento no ambiente digital são desenvolvidos em meados da década passada, principalmente delineados inicialmente pela expressão “*the right to be forgotten*”. Neste ponto, as preocupações iniciais giravam em torno da ideia comum de que o ato de deletar dados pessoais da rede mundial de computadores seria garantia eterna de definitiva exclusão. Neste ponto, surge a inarredável pergunta: as pessoas têm o direito a mudar suas vidas sem que serem perseguidas *ad eternum* pelas informações negativas do seu passado?

Adiante, se propõe a análise da evolução jurídico-histórica do que se denomina de direito ao esquecimento, inclusive com alcance no estudo do direito comparado latino-americano, norte-americano e europeu. Neste ponto, a pesquisa investiga de forma sistematizada a configuração do direito ao esquecimento no direito comparado. Inicialmente, alguns casos da América Latina tendentes ao seu reconhecimento expresso, como no Chile e na Colômbia. Por outro lado, casos de negativa expressa espelhados na Argentina e no Peru. Adiante, o modelo norte-americano será analisado, inclusive de acordo com a sua aproximação ao modelo inglês do *common law* e, conseqüentemente, ao esvaziamento deste direito nesta tradição jurídica.

Por conseguinte, o modelo paradigma será o da União Europeia e seu precedentalismo internacional sob a perspectiva consolidadora do direito ao esquecimento, notadamente no âmbito do meio ambiente digital. Por consequência, os países de tradição continental ou *civil law* se enquadram nesta configuração, haja vista que seus ordenamentos jurídicos internos, além de suas jurisdições nacionais, acabam sendo influenciados formalmente e materialmente pela jurisdição comum da União Europeia.

Outrossim, a pesquisa perquire possíveis fundamentos jurídicos civis-constitucionais do direito ao esquecimento no Brasil, inclusive com apoio da teoria dos precedentes judiciais.

Preliminarmente, uma vez consignado o direito ao esquecimento enquanto direito fundamental formal e material da ordem jurídica constitucional brasileira, faz-se *mister* a abordagem acadêmica sobre as suas dimensões subjetiva e objetiva. Neste ponto, a análise de a eficácia deste direito nas relações privadas se impõe, correlacionando-o com os demais direitos, garantias e liberdades fundamentais do sistema jurídico vigente.

No Brasil, a temática do direito ao esquecimento é historicamente tratada de forma restrita e incipiente, sendo, por vezes, tão somente atrelada aos consectários legais decorrentes do direito e processo penal. Neste sentido, representaria um direito à ressocialização do criminoso quando posto em liberdade, cujos direitos da personalidade não podem ser diminuídos por evento passado e expiado. Assim, a divulgação *ad eternum* destas informações também poderiam representar um obstáculo maior à reinserção social do indivíduo e de seus familiares.

Mais recentemente, alguns precedentes judiciais brasileiros parecem revelar uma nova dimensão conferida ao direito ao esquecimento. De início, a análise precedentalista nesta pesquisa se dirige ao estudo do direito ao esquecimento predominantemente fora dos domínios da internet (ambiente *offline*). Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), órgão jurisdicional uniformizador da legislação federal, historicamente possui importantes precedentes judiciais que, reconhecem (em maior ou menor medida) alguns elementos essenciais para formação do núcleo estruturante normativo proposto para o “direito ao esquecimento”.

Neste contexto, reitera-se que, a despeito de não se tratarem especificamente do meio ambiente digital (ambiente cibernético ou Internet), estes julgamentos iniciais se referem ao esquecimento como corolário da ressocialização da pena já cumprida ou, de forma mais importante para esta pesquisa, como desdobramento de um direito civil-constitucional da personalidade derivado da dignidade da pessoa humana. Igualmente, parte da comunidade jurídica também se refere ao direito ao esquecimento construído pelos Tribunais como espécie de censura judicial, referindo-se aos possíveis conflitos deste direito com as liberdades comunicativas.

Adiante, a investigação acadêmica perquire precedentes judiciais que dizem respeito ao direito ao esquecimento no ambiente *online*. Neste ponto, começam a emergir julgados dando guarida a um pedido de desindexação, além de reconhecer a responsabilidade dos motores de busca de conteúdo da internet. Particularmente, os precedentes judiciais no âmbito da rede mundial de computadores se aproximam do modelo já consolidado na União

Europeia, trazendo novos contornos para a matéria no Brasil, a influenciar e a promover novas medidas legislativas e executivas.

Assim, algumas reflexões sobre a fundamentação jurídica civil-constitucional do direito ao esquecimento no Brasil são realizadas. Neste particular, se discute à luz do artigos 1º, inciso III, artigo 5º, *caput*, incisos III, IV, V, X, XIII e artigo 220, *caput*, § 1º, da Constituição Federal, dentre outros, a possibilidade de a vítima ou seus familiares invocarem a aplicação do direito ao esquecimento na esfera civil, considerando a harmonização dos princípios constitucionais da liberdade de expressão e do direito à informação com aqueles que protegem a dignidade da pessoa humana e a inviolabilidade da honra e da intimidade.

Neste sentido, à luz da constitucionalização do direito civil (ou de publicização do direito privado) e o virtuoso intercâmbio normativo-valorativo de ambos os direitos, consigna-se uma nova designação indicativa de tal desiderato, quais sejam, os direitos civis-constitucionais. Nesta medida, a densificação dos direitos constitucionais da personalidade encontra guarida qualificada na legislação infraconstitucional, mais precisamente nos artigos 11 a 21, do Código Civil brasileiro de 2002.

Decerto, o legislador não apresentou um rol exaustivo ou fechado dos respectivos direitos civis-constitucionais da personalidade, limitando-se a enumerar algumas situações merecedoras de tutela especial. Portanto, restam-se algumas indagações a serem investigadas, quais sejam: se o direito ao esquecimento pode se constituir em direito civil-constitucional decorrente da cláusula geral de tutela da personalidade do Código Civil? Trata-se de direito humano diretamente extraído dos diplomas estrangeiros e internacionais? De outra forma, trata-se de direito fundamental diretamente extraído da tutela da dignidade humana da Constituição Federal de 1988?

Diante do contexto jurídico-constitucional brasileiro, trata-se de proposta acadêmica viável a fim de conjugar, ao mesmo tempo, os direitos da personalidade e a liberdade de expressão à luz da dignidade da pessoa humana? Na Modernidade líquida, seriam tais direitos e liberdades “consumíveis” no ambiente digital (Internet)? Enfim, são muitas indagações que surgem diante da complexidade das relações jurídico-sociais em face das novas tecnologias.

Por derradeiro, algumas reflexões sobre o futuro do direito ao esquecimento na era digital no Brasil são traçadas. Dito de outra forma, qual o futuro do esquecimento no País? De fato, desenvolve-se argumentação sobre a premente necessidade de cooperação regulatória entre os países, antes mesmo de se falar em harmonização entre privacidade e liberdade de expressão. Neste particular, o ambiente *online* ignora as fronteiras rígidas nacionais, não se podendo falar como regra geral e de forma indiscriminada excepcionar a liberdade de

expressão ou o interesse público de maneira transnacional. Por outro lado, embaraços de ordem tecnológica ou de natureza jurídica do direito internacional (reciprocidade, soberania etc) não podem servir de pretextos para o esvaziamento do conteúdo jurídico-valorativo do direito ao esquecimento no Brasil e no mundo civilizado interligado em rede.



## 2 A MODERNIDADE LÍQUIDA E A COMPLEXIDADE DAS RELAÇÕES JURÍDICO-SOCIAIS: A SOCIEDADE EM REDE E O MEIO AMBIENTE DIGITAL

O capítulo inaugural desta pesquisa acadêmica pretende introduzir o primeiro referencial teórico a ser perquirido, qual seja, a ideia de Modernidade Líquida. Neste ponto, a complexidade das relações jurídico-sociais no novíssimo ambiente digital, notadamente na grande rede mundial de computadores, parece indicar o surgimento de uma nova sociedade em rede ou, de outra forma, uma sociedade informacional.

Esta nova sociedade, por sua vez, também parece indicar uma nova relação da ciência jurídica com a internet, ora sedenta por proteção, ora alvissareira por adequada e definida regulamentação. De qualquer forma, este novo contexto moderno-líquido precisa ser delimitado com precisão teórico-científica, e, por via de consequência, o eventual surgimento de novos direitos ou garantias necessita encontrar guarida nos ordenamentos jurídico-constitucionais dos Estados nacionais, sem prejuízo da colaboração do direito estrangeiro ou internacional.

### 2.1 Traços principais da Modernidade Líquida

A chamada modernidade simples ou primeira modernidade caracterizou-se pelo advento da Revolução Industrial, quando os riscos eram considerados como meras externalidades do processo produtivo fabril, ainda incipiente. Por conseguinte, após os bombardeios atômicos em Hiroshima e Nagasaki durante a 2ª guerra mundial, o acidente nuclear de Chernobyl e mais recentemente o desastre nos reatores de Fukushima, dentre outros, a humanidade assistiu estarrecida ao ressurgimento do fantasma nuclear e se viu vítima e refém do próprio progresso<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> “Pobre em catástrofes históricas este século na verdade não foi: duas guerras mundiais, Auschwitz, Nagasaki, logo Harrisburg e Bhopal, e agora Chernobyl. Isso exige precaução na escolha das palavras e aguça o olhar para singularidades históricas. Todo o sofrimento, toda a miséria e toda a violência que seres humanos infligiram a seres humanos eram até então reservados à categoria dos “outros” – judeus, negros, mulheres, refugiados, dissidentes, comunistas etc. De um lado, havia cercas, campos, distritos, blocos militares e, de outro, as próprias quatro paredes – fronteiras reais e simbólicas, atrás das quais aqueles que aparentemente não eram afetados podiam se recolher. Isso tudo continua a existir e, ao mesmo tempo, desde Chernobyl, deixou de existir. É o fim dos “outros”, o fim de todas as nossas bem cultivadas possibilidades de distanciamento, algo que se tornou palpável com a contaminação nuclear. A miséria pode ser segregada, mas não os perigos da era nuclear. E aí reside a novidade de sua força cultural e política. Sua violência do perigo, que suprime todas as zonas de proteção e todas as diferenciações da modernidade”. (BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma nova modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 7)

Desta forma, a antiga crença inabalável no avanço da ciência e no contínuo aperfeiçoamento dos meios produtivos foi substituída pelo temor em face destas novas forças destrutivas, que, por vezes, escapam por completo a qualquer tentativa de controle. A criatura parece revoltar-se contra o próprio Criador. Nesta esteira, têm-se os contornos gerais do que a moderna doutrina, capitaneada pelo sociólogo alemão Ulrich Beck, pactuou a denominar de sociedade de risco<sup>2</sup>, em que os meios produtivos despontam como os principais responsáveis pela criação das ameaças e riscos com os quais a humanidade atualmente se depara.

Com efeito, o momento identificado por Ulrich Beck trata-se da passagem da primeira modernidade para a modernidade reflexiva ou segunda modernidade. Neste ponto, a sociedade de risco gesta os próprios conflitos que, posteriormente, se voltarão contra si mesma. Ergue-se, portanto, um cenário paradoxal: a segunda Modernidade semeia as causas de sua destruição, potencializando os riscos numa escala globalizada<sup>3</sup>.

De qualquer forma, Ulrich Beck ainda apresenta otimismo quanto às oportunidades abertas pela sociedade de risco. Dito de outra forma, a consciência do risco globalizado cria espaços para futuros alternativos, ou seja, para modernidades alternativas. Desta forma, impõe-se o reconhecimento da pluralidade do mundo em contraposição à visão demasiadamente nacionalista. Abrem-se espaços morais e políticos, podendo fazer surgir uma

---

<sup>2</sup> “O conceito de sociedade de risco expressa a acumulação de riscos – ecológicos, financeiros, militares, terroristas, bioquímicos, informacionais –, que tem uma presença esmagadora hoje em nosso mundo. Na medida em que o risco é vivido como algo onipresente, só há três reações possíveis: negação, apatia e transformação. A primeira está fortemente inscrita na cultura moderna, mas ignora o risco político da negação; a segunda se rende a uma veia niilista no pós-modernismo; a terceira destaca a questão levantada por minha teoria sobre a sociedade de risco: de que modo a antecipação de uma multiplicidade de futuros produzidos pelo homem, e de suas consequências, afeta e transforma as percepções, as condições de vida e as instituições das sociedades modernas? É crucial manter em vista a irrevogável indeterminação do futuro e a demanda especificamente moderna de racionalização. Minha hipótese é que a demanda de racionalização aumenta a incerteza. Pois a incerteza produzida pela sociedade industrial não resulta inevitavelmente no caos ou na catástrofe; pelo contrário, a incerteza incalculável também pode ser uma fonte de criatividade, de uma razão para permitir o inesperado e experimentar o novo”. (BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma nova modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 361)

<sup>3</sup> “[...] O que é novo na sociedade mundial de risco? – Minha tese é que as sociedades modernas e seus fundamentos foram abalados pela antecipação de catástrofes globais (mudança climática, crise financeira, terrorismo). Tais percepções dos riscos e incertezas globalmente fabricados caracterizam-se por três aspectos. Primeiro, deslocalização: suas causas e consequências não se limitam a um local ou espaço geográfico; em princípio, elas são onipresentes. Em seguida, incalculabilidade: suas consequências são, em princípio, incalculáveis; no fundo, trata-se de riscos “hipotéticos” ou “virtuais” que se baseiam especialmente em incógnitas cientificamente induzidas e dissensos normativos. Finalmente, não-compensabilidade: o sonho de segurança da modernidade europeia do século XIX se baseava na utopia científica de tornar os perigos de decisão e as consequências arriscadas cada vez mais controláveis; os acidentes podiam ocorrer na medida em que e porque eram considerados compensáveis. Mas se o clima mudou irreversivelmente, se o progresso na genética humana torna possíveis intervenções irreversíveis na existência humana, se os terroristas já têm armas de destruição em massa ao seu alcance, então é tarde demais. Dada a nova classe de ameaças à humanidade, a lógica da compensação entra em colapso e é substituída pelo princípio da “precaução pela prevenção” (François Ewald)”. (BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma nova modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 363-364)

cultura civil de responsabilidade transnacional. De fato, as experiências traumáticas identificam a vulnerabilidade generalizada e o recrudescimento da responsabilidade pelos outros se mostra questão de própria sobrevivência<sup>4</sup>.

Por outro giro, apesar de relevantes as contribuições de Ulrich Beck para as ciências humanas, as nomenclaturas cunhadas pelos teóricos são diversas quanto à identificação da modernidade em que se vive: pós-modernidade, segunda-modernidade, sobremodernidade, hipermodernidade, dentre outros. Nesta pesquisa acadêmica, em face de a missão a se perquirir seja a análise de um possível reconhecimento do direito ao esquecimento no meio ambiente digital, a predileção será pela análise da modernidade fluida ou líquida, quando a hospitalidade à crítica da sociedade contemporânea segue o padrão de acampamento<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> “Os riscos globais evidentemente não são sujeitos ou atores. Eles são efeitos colaterais não intencionais, não desejados e frequentemente imperceptíveis de decisões e ações industriais. Eles desestabilizam a ordem existente, mas também podem ser vistos como uma etapa vital para a construção de novas instituições e redes transnacionais. O risco global tem o poder de confundir os mecanismos de irresponsabilidade organizada e de expô-los à ação (cosmo)política. O risco mundial é o meio de comunicação e cooperação obrigatório – embora não desejado e não intencional – num mundo de diferenças irreconciliáveis, em que cada um gira em torno de seu próprio eixo. Nesse sentido, a percepção pública do risco força pessoas que não gostariam de ter nada a ver uma com as outras a se comunicarem. Ela impõe obrigações e custos àqueles que resistem, mesmo com a lei frequentemente a seu favor. Em outras palavras, os riscos de grande escala atravessam a autossuficiência das culturas, idiomas, religiões e sistemas tanto quanto a agenda política nacional e internacional; eles perturbam suas prioridades e criam contextos para a ação entre posições, partidos e nações conflitantes que não conhecem nada uns sobre os outros, que se rejeitam e se opõem”. (BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma nova modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 364-365)

<sup>5</sup> “Ouve-se algumas vezes a opinião de que a sociedade contemporânea (que aparece sob o nome de última sociedade moderna ou pós-moderna, a sociedade da “segunda modernidade” de Ulrich Beck ou, como prefiro chamá-la, a “sociedade da modernidade fluida”) é inóspita para a crítica. Essa opinião parece perder de vista a natureza da mudança presente, ao supor que o próprio significado de ‘hospitalidade’ permanece invariável em sucessivas fases históricas. A questão é, porém, que a sociedade contemporânea deu à ‘hospitalidade à crítica’ um sentido inteiramente novo e inventou um modo de acomodar o pensamento e a ação críticos, permanecendo imune às consequências dessa acomodação e saindo, assim, intacta e sem cicatrizes – reforçada, e não enfraquecida – das tentativas e testes da ‘política de portas abertas’. O tipo de ‘hospitalidade à crítica’ característico da sociedade moderna em sua forma presente pode ser aproximado do padrão de acampamento. O lugar está aberto a quem quer que venha com seu trailer e dinheiro suficiente para ao aluguel; os hóspedes vêm e vão; nenhum deles presta muita atenção como o lugar é gerido, desde que haja espaço suficiente para estacionar o trailer, as tomadas elétricas e encanamentos estejam em ordem e os donos dos trailers vizinhos não façam muito barulho e mantenham baixo o som de suas TVs portáteis e aparelhos de som depois de escurecer. Os motoristas trazem para o acampamento suas próprias casas, equipadas com todos os aparelhos de que precisam para a estada, que em todo caso pretendem que seja curta. Cada um tem seu próprio itinerário e horário. O que os motoristas querem dos administradores do lugar não é muito mais (mas tampouco menos) do que ser deixado à vontade. Em troca, não pretendem desafiar a autoridade dos administradores e pagam o aluguel no prazo. Como pagam, também demandam. Tendem a ser inflexíveis quando defendem seus direitos aos serviços prometidos, mas em geral querem seguir seu caminho e ficariam irritados se isso não lhes fosse permitido. Ocasionalmente podem reivindicar melhores serviços; se forem bastante incisivos, vociferantes e resolutos, podem até obtê-los. Se se sentirem prejudicados, podem reclamar e cobrar o que lhes é devido – mas nunca lhes ocorreria questionar e negociar a filosofia administrativa do lugar, e muito menos assumir a responsabilidade pelo gerenciamento do mesmo. Podem, no máximo, anotar mentalmente que não devem nunca mais usar o lugar novamente e nem o recomendar a seus amigos. Quando vão embora, seguindo seus próprios itinerários, o lugar fica como era antes de sua chegada, sem ser afetado pelos ocupantes anteriores e esperando por outros no futuro; embora, se algumas queixas continuarem a ser feitas por grupos sucessivos de hóspedes, os serviços oferecidos possam vir a ser modificados para impedir

Neste contexto, a rede mundial de computadores impõe uma mudança radical no arranjo do convívio humano, ou seja, tem-se um local onde o poder – público ou privado - pode se mover com a velocidade do sinal eletrônico. A extraterritorialidade passa então a ser regra, sucumbindo as resistências aos espaços tradicionais bem delimitados. Na verdade, o tempo moderno se tornou a arma na conquista do espaço<sup>6</sup>.

Com efeito, do ponto de vista da sociedade contemporânea pós-1988 que, no Brasil, se identifica com o período de redemocratização e com a chegada da novel Carta Política, vivencia-se atualmente o momento da “modernidade líquida”. Trata-se de expressão cunhada pelo sociólogo polonês Zygmunt Bauman, cuja construção teórica utiliza como principal metáfora a “fluidez” para o estágio presente da era moderna, porquanto os fluidos não fixam o espaço nem se prendem no tempo<sup>7</sup>.

Neste sentido, a “fluidez” seria a qualidade de líquidos e gases que sofrem constantes mudanças, quando submetidos a uma força tangencial ou deformante. Em contraposição, a concretude dos “sólidos”, firmes e inabaláveis, derrete-se irreversivelmente, tomando a amorfabilidade do estado líquido. Assim, a modernidade “líquida” contrapõe-se à ideia de modernidade “sólida”, acabando por identificar o elemento instabilidade para a maioria das relações humanas, quer sejam familiares ou profissionais<sup>8</sup>.

que as queixas sejam novamente manifestadas no futuro”. (BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 34-35)

<sup>6</sup> “A modernidade começa quando o espaço e o tempo são separados da prática da vida e entre si, e assim podem ter teorizados como categorias distintas e mutuamente independentes da estratégia e da ação; quando deixam de ser, como eram ao longo dos séculos pré-modernos, aspectos entrelaçados e dificilmente distinguíveis da experiência vivida, presos numa estável e aparentemente invulnerável correspondência biunívoca. Na modernidade, o tempo tem história, tem história por causa de sua “capacidade de carga”, perpetuamente em expansão – o alongamento dos trechos do espaço que unidades de tempo permitem “passar”, “atravessar”, “cobrir” – ou conquistar. O tempo adquire história uma vez que a velocidade do movimento através do espaço (diferentemente do espaço eminentemente inflexível, que não pode ser esticado e que não encolhe) se torna uma questão de engenho, da imaginação e da capacidade humanas”. (BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 16)

<sup>7</sup> “Os fluidos se movem facilmente. Eles ‘fluem’, ‘escorrem’, ‘esvaem-se’, ‘respingam’, ‘transbordam’, ‘vazam’, ‘inundam’, ‘borrifam’, ‘pingam’; são ‘filtrados’, ‘destilados’; diferentemente dos sólidos, não são facilmente contidos – contornam certos obstáculos, dissolvem outros e invadem ou inundam seu caminho. Do encontro com sólidos emergem intactos, enquanto os sólidos que encontraram, se permanecerem sólidos, são alterados – ficam molhados ou encharcados. A extraordinária mobilidade dos fluidos é o que os associa à ideia de ‘leveza’. Há líquidos que, centímetro cúbico por centímetro cúbico, são mais pesados que muitos sólidos, mas ainda assim tendemos a vê-los como mais leves, menos ‘pesados’ que qualquer sólido. Associamos ‘leveza’ ou ‘ausência de peso’ à mobilidade e à inconstância: sabemos pela prática que quanto mais leves viajamos, com maior facilidade e rapidez nos movemos”. (BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 08-09)

<sup>8</sup> “Se essas tendências entrelaçadas se desenvolvessem sem freios, homens e mulheres seriam reformulados no padrão da toupeira eletrônica, essa orgulhosa invenção dos tempos pioneiros da cibernética imediatamente aclamada como arauto do porvir: um plugue em castores atarantados na desesperada busca de tomadas a que se ligar”. (BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 2)

Neste diapasão, fixar-se ao solo (postura moderna-sólida) não é tão mais importante se este solo pode ser alcançado e abandonado de forma recorrente, à vontade, imediatamente, ou em muito pouco tempo (postura moderna-líquida). Dito de outra forma, em face das novas oportunidades que surgem em diversos lugares, fixar-se muito fortemente poderá sobrecarregar os laços humanos com compromissos mutuamente vinculantes<sup>9</sup>.

Depreende-se da leitura de Zygmunt Bauman e Keith Tester que, a “modernidade líquida” substitui com desenvoltura a expressão “pós-modernidade”. Esta, por sua vez, se trata de vocábulo ambíguo e “guarda-chuva”, pois serve para albergar tudo na sociedade que é novo, emergente e possivelmente transformador da realidade social. De fato, a inquietude e as reiteradas metamorfoses dos tempos atuais não se encontravam ali retratadas<sup>10</sup>.

Outrossim, Zygmunt Bauman e Keith Tester<sup>11</sup> apresentam outra razão substancial para refutar a terminologia da “pós-modernidade”: a nomenclatura pode indicar uma

---

<sup>9</sup> “A desintegração da rede social, a derrocada das agências efetivas de ação coletiva, é recebida muitas vezes com grande ansiedade e lamentada como ‘efeito colateral’ não previsto da nova leveza e fluidez do poder cada vez mais móvel, escorregadio, evasivo e fugitivo. Mas a desintegração social é tanto uma condição quanto um resultado da nova técnica do poder, que tem como ferramentas principais o desengajamento e a arte da fuga. Para que o poder tenha liberdade de fluir, o mundo deve estar livre de cercas, barreiras, fronteiras fortificadas e barricadas. Qualquer rede densa de laços sociais, e em particular uma que esteja territorialmente enraizada, é um obstáculo a ser eliminado. Os poderes globais se inclinam a dismantelar tais redes em proveito de sua contínua e crescente fluidez, principal fonte de sua força e garantia de sua invencibilidade. E são esse derrocar, a fragilidade, o quebradiço, o imediato dos laços e redes humanos que permitem que esses poderes operem”. (BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 23)

<sup>10</sup> No texto original, tem-se: “*Hace un par de años, hablar de la posmodernidad habría sido completamente pertinente, pero, desde mediados de los noventa, se puede percibir en el pensamiento social un alejamiento del concepto de posmodernidad. Y también es bastante evidente que la frecuencia con la que la palabra aparece en su obra ha declinado. Ya no habla de posmodernidad, sino que prefiere hacerlo de modernidad líquida. ¿Por qué este viraje en su trabajo? ¿El concepto de modernidad líquida sustituye, equivale o se sitúa en paralelo respecto al de posmodernidad? Sí, ha dado en el clavo. Durante años, me fui sintiendo más y más incómodo con la <posmodernidad> como un <vocábulo paraguas> aplicado a un amplio abanico de transformaciones que marcaban la sociedad que estaba en trance de emerger, y me gustaría creer que esa inquietud no tenía nada que ver con la notoria volatilidad de las modas entre las clases dedicadas al parloteo, incluyendo su sector socio-científico. Al recurrir al concepto de posmodernidad en tanto que eje alrededor del cual se disponía todo lo que era nuevo y actual en la realidad social, ya tomé mis distancias respecto al concepto de <posmodernismo>, que por aquel entonces hacía furor. A diferencia del <posmodernismo> - que como todos los <ismos> se refería a un programa, a una actitud, más que a algún rasgo particular del <mundo de ahí fuera> - yo esperaba que la <posmodernidad> designara la cualidad de un tipo particular de sociedad que resultaba ser la nuestra, pero que era distinta de la de nuestros padres. Pronto tracé la distinción entre <sociología posmoderna> y <sociología de la posmodernidad> y esperaba sinceramente que tal separación se pudiera establecer y mantener. Hoy parece que no había garantía alguna para mis esperanzas, La confusión entre <posmodernidad> y <posmodernismo> no tiene solución, siendo que muchas veces ambas palabras se usan como verdaderos sinónimos. [...] (grifos nossos)”. (BAUMAN, Zygmunt; TESTER, Keith. **La ambivalencia de la modernidad y otras conversaciones**. Barcelona: Paidós, 2002, p. 133-134)*

<sup>11</sup> No texto original, tem-se: “Hubo otra razón más sustancial para retirarme. Puedes apoyarte en mil razones para negarlo o puedes apilar reservas al respecto, pero no hay nada que hacer: la palabra <posmodernidad> implica en final de la modernidade, dejar la modernidade atrás, estar en otra orilla. Pero esto es patentemente falso. Somos tan modernos como siempre, <modernizando> obsesivamente cuanto cae en nuestras manos”. (BAUMAN, Zygmunt; TESTER, Keith. **La ambivalencia de la modernidad y otras conversaciones**. Barcelona: Paidós, 2002, p. 134)

finalização ou superação da fase da modernidade. De fato, continuamos ainda em franca fase moderna, embora em constante, obsessiva e contínua modernização evolutiva. Neste ponto, “*esto planteaba un dilema: lo mismo, pero diferente, la discontinuidad en la continuidad*”.

Igualmente, refutam Zygmunt Bauman e Keith Tester a expressão cunhada por Anthony Giddens sobre “modernidade tardia”. Neste ponto, não se saberia como provar ou contrapor o que seria de fato a modernidade atual ou tardia. Por sua vez, a “segunda modernidade” de Ulrich Beck, já mencionada nesta pesquisa, também não se mostraria com terminologia inequívoca, porquanto se trataria de expressão vazia na qual caberia qualquer tipo de conteúdo. Assim, não se pode determinar ao certo as delimitações e as diferenças entre primeira e segunda modernidade<sup>12</sup>.

Por conseguinte, em outra obra coletiva de Zygmunt Bauman denominada “*Estado de crisis*”, Carlo Bordoni reitera que, o período pós-moderno já acabou, porquanto representou um breve momento histórico transcorrido entre a década 1970 e o fim do século XX. Tratou-se, então, de período conturbado e caótico quando todos os valores e anteriores certezas da modernidade foram questionados. Assevera o Autor ainda que, “*de hecho, hoy en día, hablar de lo pos-moderno parece, incluso, un anacronismo*”. Ademais, também já enxerga a problemática da tecnologia, pois esta apesar de onipresente, impacta no homem a progressiva sensação de solidão<sup>13</sup>.

Assim, a modernidade líquida ajuda a compreender tanto as mudanças como as continuidades. Dito de outra forma, continua-se na fase moderna, não houve superação absoluta desta fase, apenas transformações recorrentes de estágios ou fases. Portanto, “*apunta tanto hacia lo que resulta continuo (fundir, desarraigar) como a lo que se revela discontinuo (no solidificar el material fundido, no volver a arraigar). De momento, he encontrado el concepto adecuado y útil*”<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> BAUMAN, Zygmunt; TESTER, Keith. **La ambivalencia de la modernidad y otras conversaciones**. Barcelona: Paidós, 2002, p. 135.

<sup>13</sup> “*Hace cuarenta años, a mediados de la década de 1970, aquel parecía ser nuestro más original e innovador intento de superar indemnes la modernidad sin perder las ventajas de esta. Envuelto en un aura rutilante, originó entusiasmos e ilusiones, se abrió paso en el arte, orientó la filosofía, puso de manifiesto la fragilidad de las ideologías y desnudó al individuo. A menudo mal entendido, mal representado o mal interpretado, el posmodernismo se extendió a todos los aspectos de la vida contemporánea e, incluso, pervivió lo suficiente como para fallecer de muerte natural con la llegada del tercer milenio. Y es que el posmoderno – como buen rito de paso que ha sido – ha cumplido su fin de transportarnos a un futuro aún sin nombre y nos ha dejado con sus incertezas y con su falta de valores, los cuales, a su vez, han abierto un gran espacio vacío que solo una nueva ética podrá llenar. Nos seduce cada vez más una tecnología que todo lo penetra y todo lo abarca, pero nos vamos sintiendo progresivamente más y más solos*”. (BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. **Estado de crisis**. 1. ed. Buenos Aires: Paidós, 2016, p. 98-99)

<sup>14</sup> “De momento, he encontrado el concepto adecuado y útil. En el libro titulado así, he tratado de abordar una por una toda serie de cuestiones fundamentales, y muy vivas, que han formado parte del programa social de la época moderna para averiguar qué ha cambiado y qué ha permanecido inalterado con la irrupción de la

Trata-se, portanto, de uma época de liquidez, de volatilidade, de incertezas e de insegurança, ou seja, quando a rigidez e os referenciais morais da época anterior – período denominado por Zygmunt Bauman como “Modernidade Sólida” – são retirados de palco para dar espaço à lógica da hipervalorização do presente, do momento agora, do hiperconsumo, do gozo, do efêmero e da artificialidade.

Nas próximas seções, esta pesquisa se debruçará sobre o contexto moderno-líquido no âmbito do meio ambiente digital. De relevo, portanto, a identificação de alguns conceitos elementares relativos à emancipação e à individualidade do ser humano; a noção de tempo e espaço virtuais; a ideia de trabalho diante das mídias digitais e, por consequência, a formação de uma nova comunidade ou sociedade da informação.

## 2.2 Os reflexos da modernidade líquida sobre as novas tecnologias da informação

A sociedade dos tempos atuais impõe um elemento de desorganização inerente e de forma deliberada: quanto menos sólida e mais fluida melhor. Por outro lado, também se mostra correto asseverar que, a fluidez trará maior instabilidade, ao passo que permanecer na solidez poderá inibir novos horizontes ao homem moderno. Neste sentido, Zygmunt Bauman afirma que, *“la sociedad es el primero de los términos del vocabulario sociológico en ser ridiculizado, y tener que retirarse, para ser reemplazado por la “red”*<sup>15</sup>.

Neste sentido, Zygmunt Bauman afirma que, a sociologia contemporânea tem pelo menos duas novas razões a se adquirir importância, diferentemente das gerações passadas de sociólogos com as quais sequer permitiriam sonhá-las. Nesta esteira, a primeira razão seria a modernidade líquida em si mesma<sup>16</sup>, enquanto que a razão segunda se constituiria no único

---

fase <líquida>. Y me parece que el concepto ayuda a comprender tanto los cambios como las continuidades”. (BAUMAN, Zygmunt; TESTER, Keith. **La ambivalencia de la modernidad y otras conversaciones**. Barcelona: Paidós, 2002, p. 135)

<sup>15</sup> “Es éste el tipo de experiencia de vida – compartido por el 25% más ‘rico’, o más móvil, mejor conectado y más cómodo en la red de comunicación global, así como por un porcentaje algo menor de europeos – que la nueva sociología procesa para trazar la nueva imagen de la realidad social, y que tras su reciclado, da forma a la nueva estrategia de la vocación sociológica. La experiencia de la nueva elite comprende la ligereza y la indiferencia, así como los actos de flotar, saltar, hacer cabriolas, surfear y planear, exigen una nueva red conceptual para dar cuenta de ellos; y ciertamente, no se ha demorado mucho en acuñar una nueva lengua”. (BAUMAN, Zygmunt. **La sociedad sitiada**. 1. ed. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2011, p. 57)

<sup>16</sup> “Los sociólogos han afirmado siempre, la mayoría de las veces contra toda evidencia, que este mundo en que habitamos está ‘hecho por humanos’, por lo que, en principio, los humanos pueden rehacerlo. En ninguna otra época esa proposición fue más verdadera que ahora, cuando los sólidos fundidos se muestran reacios a volver a endurecerse, ofreciendo, gracias a la constante fluidez de las formas, una invitación permanente a la ingenuidad y buena voluntad humanas”. (BAUMAN, Zygmunt. **La sociedad sitiada**. 1. ed. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2011, p. 34)

acordo possível neste mundo exausto: a reconciliação da humanidade com a sua própria e incorrigível diversidade<sup>17</sup>.

Decerto, diante do contexto volátil e inseguro descrito da Modernidade Líquida, não são raros os momentos de possíveis confrontos entre os direitos da personalidade e a liberdade de expressão. A razão é simples: a proposta da internet é realizada pela liberdade de expressão, porquanto se pretende reunir o maior número de informações em sua maior diversidade possível. Por outro lado, o balizamento fundamental desta proposta se constitui a proteção aos direitos da personalidade, dentre os quais relacionados à intimidade e à privacidade do usuário da “Grande Rede”.

Neste contexto, necessitar-se-á do intérprete o necessário cotejo hermenêutico entre os valores constitucionais conflitados, a fim de dirimi-los da forma mais equânime e proporcionalmente adequada ao caso concreto. Sendo certo, ainda, que nenhum princípio ou garantia fundamental tem caráter absoluto, ou seja, em maior ou menor medida poderão ocorrer relativizações ou sopesamentos. A rigor, tal assertiva constitui-se nesta pesquisa acadêmica uma das poucas certezas a se afirmar com segurança sobre a ciência jurídica.

Igualmente, João Costa Neto caminha nesta direção. Destaca o Autor que, há a relativa certeza acerca de determinado direito não será afastado em prol de outro em circunstâncias ordinárias. Desta maneira, impõem-se a compatibilidade e a complementaridade entre a preponderância de apenas um ou a necessidade de sopesamento entre ambos. Neste ponto, socorrendo-se de Judith Jarvis Thomson<sup>18</sup>, reitera a clareza sobre a inexistência de direitos absolutos, sendo redundante falar-se em direitos *prima facie*.

Por seu turno, a temática sobre direitos *prima facie* será novamente explorada em seções posteriores desta pesquisa. Neste momento, toma-se a expressão como sinônimo à ideia de direitos fundamentos absolutos. Conquanto possam eventualmente parecer absolutos, todo direito fundamental é relativo por uma razão óbvia: a magia, as peculiaridades e as

---

<sup>17</sup> “La única posibilidad viable de llegar a un acuerdo se sostiene y recae en nuestra aceptación de que es precisamente de esa diversidad de donde deriva el poder de la humanidad para trascender los horizontes actuales y para trazarse nuevos. Y de que, cualquiera sea la forma que en último término pueda tomar ese acuerdo, llegar hasta él comporta un esfuerzo coherente por reforzar la diversidad humana que es nuestro destino común, para dar como resultado una vocación de solidaridad humana. Igual que en el pasado, la autoafirmación de la humanidad [la persistente *raison d’être* – razón de ser de la sociología] se presenta hoy no sólo como una de las aspiraciones éticas más nobles, sino además como el desiderátum de nuestra supervivencia; y sobre todo, como una propuesta realista contra todos los pronósticos, y como el mismísimo capítulo siguiente de la historia en desarrollo de la humanidad”. [...] (BAUMAN, Zygmunt. **La sociedad sitiada**. 1. ed. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2011, p. 34)

<sup>18</sup> THOMPSON, Judith Jarvis. **The realm of rights**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1990, p. 118 e s. Apud COSTA NETO, João. **Liberdade de expressão: o conflito entre o legislador e o juiz constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 136.



circunstâncias do caso concreto são dinâmicas e podem justificar eventuais afastamentos diante de um novo cotejo hermenêutico a ser revelado<sup>19</sup>.

Com efeito, os eventuais conflitos entre direitos e garantias fundamentais se apresentam potencializados no meio ambiente digital (ou ciberespaço), porquanto se trata de um ambiente predominantemente técnico-científico, desdobrando relações jurídico-sociais complexas. Willis Santiago Guerra Filho<sup>20</sup> defende, inclusive, o surgimento de uma nova disciplina jurídica, qual seja, o direito digital. Este, por sua vez, equivalente ao que aconteceu recentemente com o direito ambiental, deve possuir dentre suas características próprias a transversalidade e a imprescindível aproximação a campos científicos metajurídicos.

Por conseguinte, algumas tarefas desta pesquisa acadêmica se impõem: (1) o reconhecimento da importância do meio ambiente digital diante da complexidade das relações jurídico-sociais no contexto da Modernidade Líquida; e (2) a pretensão dialógica e de convivência harmoniosa entre os direitos da personalidade e as garantias inerentes às liberdades de expressão, de informação e de pensamento no ambiente cibernético.

De fato, o progresso tecnológico, a globalização e a democratização da informação mudaram definitivamente a forma como os dados públicos e privados são coletados, acessados e usados. A mudança do comportamento do homem, por via de consequência, deverá mudar a abordagem jurídico-normativa, inclusive quando realizada por meio dos precedentes judiciais, que serão abordados em seções posteriores. De imediato, à luz da especulação científica, perquire-se: O que é privado? Por outro lado, o que é “arena pública”? E, ainda, quais são as fronteiras limítrofes entre o público e o privado?

---

<sup>19</sup> “A objeção de que o sopesamento não tem precisão matemática, algo que se pode considerar impossível na argumentação jurídica, não é uma crítica significativa. A falta de uma medida uniforme e inconcussa de dedução lógica ou precisão matemática não torna o sopesamento algo irracional. As principais vantagens do sopesamento, conforme MATHIAS JESTAEDT, são: (1) contribuir para a racionalização dos argumentos; (2) alocar ônus de argumentação; (3) assegurar a justiça e a exatidão do caso específico; (4) explicar consistentemente a casuística dos direitos fundamentais”. (COSTA NETO, João. **Liberdade de expressão: o conflito entre o legislador e o juiz constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 273)

<sup>20</sup> “Do que se trata, afinal, é da incidência de normas, jurídicas e outras, no chamado ciberespaço, tanto que em inglês é comumente designado *Cyberlaw*. Em alemão é que se pode encontrar referência a uma *Digitalverfassung* (constituição digital) [...]. Ocorre que o foco em ambos os países, sob essa rubrica, é o direito da Internet, a *lex informática*. Propomos que o direito digital, além da Internet, cuide da regulação, normativa, governamental ou não (*Soft Law*), de tudo que se relacione às mídias eletrônicas. E que ele contemple, ainda um outro aspecto, uma espécie de reverso deste que se vem de mencionar, pois seria a constituição de um campo de estudo no Direito que se dedique a aplicar nele os desenvolvimentos da digitalização eletrônica”. (GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini. Metodologia jurídica político-constitucional e o marco civil da internet: contribuição ao direito digital. In: DEL MASSO, Fabiano; ABRUSIO, Juliana; FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio (coords.). **Marco civil da Internet: Lei 12.965/2014**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 13-14)

Nesta seara, lapidares são os ensinamentos de Mário Losano<sup>21</sup> na sua obra sobre os grandes sistemas jurídicos, discorrendo sobre a história do Direito e, quiçá, da própria humanidade. Têm-se, portanto, 03 (três) revoluções em etapas evolutivas: a escrita, a imprensa e a informática. A primeira (escrita) resolve a problemática da conservação das normas consuetudinárias, exteriorizando-as de forma permanente. A segunda (a imprensa) soluciona o problema da difusão da norma escrita, condição técnica *sine a quo non* para substituição efetiva do direito costumeiro por normas regulamentadoras específicas e atualizadas com o contexto moderno (e líquido, na versão defendida nesta pesquisa).

Já a terceira revolução (informática), aduzida por Mário Losano<sup>22</sup>, diz respeito à distribuição do saber jurídico (*lato sensu*) pela telemática e, mais precisamente, pela grande rede mundial de computadores. Neste ponto, ergue-se então a sociedade da informação que, por sua vez, enfrenta o problema da profusão do conhecimento, de natureza dispersa e difusa. A adequação e a certeza da norma jurídica específica ao caso concreto são subjacentes à ideia da incerteza e, ao mesmo tempo, à regra da *ignorantia legis non excusat*.

Por outro giro, voltando-se às indagações acerca das arenas públicas e privadas e seus limites, faz-se *mister* tentar compreendê-las à luz da transição da modernidade sólida para a modernidade líquida, conforme delineado nesta pesquisa. Assim, Zygmunt Bauman assevera que, “a fronteira que separa assuntos públicos e privados tolera, em geral, o tráfego de mão dupla seletivo; ser livre para qualquer tipo de tráfego desafiaria a própria noção de fronteira e a tornaria redundante”<sup>23</sup>.

Dito de outra forma, manter privado um pensamento, evento ou ação; ou, de forma contrária, tornar público qualquer um deles - principalmente na rede mundial de computadores pelo seu espectro de alcance imediato a um número ilimitado de pessoas - são comportamentos ao mesmo tempo contraditórios, porém interdependentes. Desta maneira, a forma e o conteúdo da divulgação pelo indivíduo, *per si*, já revelam ou determinam alguns

---

<sup>21</sup> LOSANO, Mario. **Os grandes sistemas jurídicos**: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 14-16.

<sup>22</sup> LOSANO, Mario. **Os grandes sistemas jurídicos**: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 14-16.

<sup>23</sup> “O controle e o direito de decidir quem ou que pode passar pela fronteira, quem ou que deve ficar só de um lado, assim como o direito de decidir que itens de informação devem ter a prerrogativa de permanecer privados e quais aqueles a quem é permitido (pressionado ou decretado) se tornar públicos em geral são contestados com vigor. Se você quiser saber qual dos lados está hoje na ofensiva e qual está (tenaz ou tibiamente) tentando defender dos invasores seus diretos herdados ou adquiridos, há coisas piores a fazer que meditar sobre o profético pressentimento de Peter Ustinov (expresso em 1956): **‘Este é um país livre, madame. Nós temos o direito de compartilhar a sua privacidade no espaço público’** (grifos nossos)”. (BAUMAN, Zygmunt. **Danos colaterais**: desigualdades sociais numa era global. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, p. 110)

limites nesta conflituosa e imbricada relação entre o público e o privado. Para cada uma destas arenas, os atos de autodefinição e autoafirmação são realizados em oposição ao outro<sup>24</sup>.

Com efeito, reitera-se: o núcleo central desta tese se refere à caracterização do direito ao esquecimento na internet em época de tempos modernos-líquidos e à luz da teoria dos precedentes judiciais. De imediato, pressupõe-se para tal desiderato a inviolabilidade da privacidade no ambiente digital, a ser conjugada com as liberdades de expressão, de informação e de pensamento. Esta conjugação, por sua vez, perpassa naturalmente em diversas teorias ora refutadas, ora consolidadas ou em fase de consolidação pela doutrina, legislação e jurisprudência nacional e estrangeiras.

Inicialmente, registra-se a tentativa pioneira em 1890 de artigo da lavra de Samuel Warren e Louis Brandeis<sup>25</sup>, quando pretenderam priorizar a proteção à privacidade em face do surgimento de novas tecnologias à época (câmera fotográfica e circulação de jornais em massa). De qualquer sorte, a tese inovadora proposta pelos Autores jamais chegou a ser incorporada pelos tribunais norte-americanos. De fato, a primeira emenda à Constituição americana privilegia fortemente a liberdade de expressão e de pensamento livre, o que, ainda hoje, criam-se vários embaraços à concretização do direito ao esquecimento no país Ianque. Nesta esteira, nos eventuais conflitos entre o resguardo à privacidade e a promoção do interesse público na divulgação de informação verdadeira, não surge espaço teórico-valorativo para priorização da intimidade no meio ambiente digital.

Depreende-se, portanto, a indicação de tratamento diferenciado nos sistemas jurídicos do *common law*<sup>26</sup> e do *civil law*<sup>27</sup>, tradições jurídicas que serão abordadas de forma

---

<sup>24</sup> “Em geral, os campos semânticos das duas noções não são separados por linhas divisórias que estimulem ou permitam o tráfego nos dois sentidos, mas por fronteiras; de preferência, elas devem estar fechadas e superfortificadas de ambos os lados, contra os violadores e os renegados, assim como contra os indiferentes que preferem sentar-se sobre as barricadas; porém, de modo mais específico, contra os desertores de ambos os lados”. (BAUMAN, Zygmunt. **Danos colaterais: desigualdades sociais numa era global**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, p. 110)

<sup>25</sup> “Nesse ponto, cabe lembrar o famoso e pioneiro artigo escrito por Brandeis e Warren, ainda em 1890, por meio do qual pretenderam os autores precisamente quebrar a resistência do direito norte-americano em relação a uma proteção mais efetiva do direito à privacidade e intimidade, principalmente em razão dos intensos avanços tecnológicos daquele período, os quais estariam, para os padrões da época, criando uma inédita forma de exposição pública dos particulares. As inovações tecnológicas daquele período foram a câmera fotográfica da Kodak e a circulação em massa de jornais, o que iria, segundo os autores, provocar uma nova forma de escrutínio público da vida íntima dos indivíduos, exigindo assim uma reconfiguração inédita do direito à privacidade agora pautado, não apenas em questões de responsabilidade civil, mas com base no princípio da confiança e em bases contratuais que não poderiam ser violadas unilateralmente por aquele interessado em divulgar informações (mesmo que verdadeiras)”. (SARLET, Ingo Wolfgang; FERREIRA NETO, Arthur M. **O direito ao “esquecimento” na sociedade da informação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 117-118)

<sup>26</sup> “O reconhecimento e a aplicação do direito ao ‘esquecimento’ encontram alguma resistência em países do *Common Law*. Em tais realidades jurídicas, o direito ao ‘esquecimento’ ou não possui uma caracterização expressa e autônoma, sendo apenas derivado indiretamente de outros atos normativos, ou segue a tendência

minudente em seções posteriores. De qualquer forma, destaca-se *a priori* como referência já consolidada (embora com reflexos apenas no direito penal) - o direito de ser deixado em paz ou o direito de estar só - “*the right to be let alone*”, do direito judiciário penal norte-americano<sup>28</sup>. Por sua vez, como referência em fase de consolidação, destaca-se a teoria engendrada pelo direito ao esquecimento - decorrente do direito à autodeterminação da informação - do direito judiciário germânico<sup>29</sup>.

Após se investigar alguns reflexos da modernidade líquida sobre as novas tecnologias da informação, a pesquisa agora se dirige ao estudo dos contornos da sociedade informacional diante dos direitos e liberdades fundamentais. Trata-se, pois, de matéria de relevo aos propósitos desta investigação, porquanto a temática dos direitos humanos no plano nacional e estrangeiro se apresentam subjacentes aos propósitos acadêmicos ora delimitados.

### 2.3 A sociedade em rede diante dos direitos e liberdades fundamentais

Os direitos e liberdades fundamentais, que sempre motivaram reflexões profundas, assumem especial relevo com a inauguração da “sociedade da informação”, “sociedade do conhecimento” ou “sociedade em rede”, sendo esta última a expressão preferida por Manuel

---

de ser rejeitado como uma pretensão jurídica legítima, sendo acusado de afrontar outras garantias constitucionais”. (SARLET, Ingo Wolfgang; FERREIRA NETO, Arthur M. **O direito ao “esquecimento” na sociedade da informação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 114)

<sup>27</sup> No sistema jurídico continental ou *civil law*, por sua vez, o direito ao esquecimento já foi objeto de significativo reconhecimento, seja no plano legislativo, administrativo ou jurisdicional. Aliás, o referido direito foi gestado por precedente judicial do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE). Em seções posteriores, tais temas serão investigados detalhadamente.

<sup>28</sup> “Aceita-se hoje, com surpreendente passividade, que o nosso passado e o nosso presente, os aspectos personalíssimos de nossa vida, até mesmo sejam objeto de investigação e todas as informações arquivadas e livremente comercializadas. O conceito de vida privada como algo precioso, parece estar sofrendo uma deformação progressiva em muitas camadas da população. Realmente, na moderna sociedade de massas, a existência da intimidade, privacidade, contemplação e interiorização vêm sendo posta em xeque, numa escala de assédio crescente, sem que reações proporcionais possam ser notadas”. (COSTA JUNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só: tutela penal e intimidade**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 16-17)

<sup>29</sup> “Em relação ao poder de autodeterminação, o Supremo Tribunal Alemão entendeu que diante das condições automáticas do processamento de dados, surge a necessidade de uma proteção efetiva ao livre direito da personalidade, uma vez que com ajuda do processamento eletrônico de dados, informações detalhadas sobre relações pessoais ou objetivas de determinada pessoa, podem ser ilimitadamente armazenados e consultadas a qualquer momento, a qualquer distância e em segundos. Além disso, com a estruturação de sistemas de informação interligados com outros bancos de dados, resulta na criação de um quadro da personalidade relativamente completo, sem que a pessoa atingida possa controlar sua exatidão e seu uso. Além disso, esses sistemas poderiam atuar sobre o comportamento do indivíduo em função da pressão psíquica causada pela participação pública em suas informações privadas”. (AMARAL, Sérgio Tibiriçá; LIMA, Aline Aparecida Novais Silva. O direito ao esquecimento na sociedade do superinformacionismo. **ETIC – Encontro de Iniciação Científica**: Anais do Encontro de Iniciação Científica das Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, v. 9, n. 9, 2013)

Castells<sup>30</sup>. Segundo o Autor, estas designações passaram a ser utilizadas como substitutas para o conceito complexo de “sociedade pós-industrial” e como forma de transmitir o conteúdo específico do novo paradigma técnico-econômico. Neste contexto, sob o rótulo da globalização, ergue-se o informacionalismo como nova modalidade de desenvolvimento econômico e social, sendo-lhe a criação de redes atributo fundamental<sup>31</sup>.

De imediato, então perquire-se: o que é sociedade em rede? Nesta temática, toma-se como referência importante obra acadêmica coletiva, intitulada “a sociedade em rede, do conhecimento à ação política”. De relevo, esta obra foi fomentada por conferência do presidente da república portuguesa à época - Jorge Sampaio – e organizada por Manuel

---

<sup>30</sup> As contestações de Manuel Castells às expressões “sociedade da informação” ou “sociedade do conhecimento” se mostram a seguir: **“Frequentemente, a sociedade emergente tem sido caracterizada como sociedade de informação ou sociedade do conhecimento. Eu não concordo com esta terminologia.** Não porque conhecimento e informação não sejam centrais na nossa sociedade. Mas porque eles sempre o foram, em todas as sociedades historicamente conhecidas. O que é novo é o facto de serem de base microelectrónica, através de redes tecnológicas que fornecem novas capacidades a uma velha forma de organização social: as redes. As redes ao longo da história têm constituído uma grande vantagem e um grande problema por oposição a outras formas de organização social. Por um lado, são as formas de organização mais flexíveis e adaptáveis, seguindo de um modo muito eficiente o caminho evolutivo dos esquemas sociais humanos. Por outro lado, muitas vezes não conseguiram maximizar e coordenar os recursos necessários para um trabalho ou projecto que fosse para além de um determinado tamanho e complexidade de organização necessária para a concretização de uma tarefa. Assim, em termos históricos, as redes eram algo do domínio da vida privada, enquanto o mundo da produção, do poder e da guerra estava ocupado por organizações grandes e verticais, como os estados, as igrejas, os exércitos e as empresas que conseguiam dominar vastos pólos de recursos com um objetivo definido por uma autoridade central. As redes de tecnologias digitais permitem a existência de redes que ultrapassem os seus limites históricos. E podem, ao mesmo tempo, ser flexíveis e adaptáveis graças à sua capacidade de descentralizar a sua *performance* ao longo de uma rede de componentes autónomos, enquanto se mantêm capazes de coordenar toda esta actividade descentralizada com a possibilidade de partilhar a tomada de decisões. As redes de comunicação digital são a coluna vertebral da sociedade em rede, tal como as redes de potência (ou redes energéticas) eram as infra-estruturas sobre as quais a sociedade industrial foi construída, [...]” (grifos nossos). (CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo. **A sociedade em rede**. Do conhecimento à acção política. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2006, p. 17-18)

<sup>31</sup> “Em condições de alta produtividade, inovação tecnológica, criação de redes e globalização, parece que a nova economia é capaz de induzir um período prolongado de grande crescimento económico, inflação baixa e baixo desemprego nas economias capazes de se transformar completamente para essa nova modalidade de desenvolvimento. Contudo, a nova economia não deixa de ter falhas e riscos. Sua expansão é muito desigual, em todo o planeta, e dentro dos países, [...]. A nova economia afeta a tudo e a todos, mas é inclusiva e exclusiva ao mesmo tempo; os limites da inclusão variam em todas as sociedades, dependendo das instituições, das políticas e dos regulamentos. Por outro lado, a volatilidade financeira sistêmica traz consigo a possibilidade de repetidas crises financeiras com efeitos devastadores nas economias e nas sociedades. Embora a nova economia tenha tido origem principalmente nos Estados Unidos, está se espalhando rapidamente na Europa, no Japão, no Pacífico asiático, e em áreas seletas em desenvolvimento ao redor do mundo, induzindo reestruturação, prosperidade e crise, num processo percebido sob o rótulo de globalização – e quase sempre temido e combatido por muita gente. Esse processo, de fato, na diversidade de suas manifestações, expressa uma grande mudança estrutural, enquanto as economias e sociedades procuram seus caminhos específicos para realizar a transição para essa nova modalidade de desenvolvimento, o informacionalismo, do qual a criação de redes é atributo fundamental. [...]”. (CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Tradução Roneide Venâncio Majer. Volume I. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 202-203)

Castells e Gustavo Cardoso, quando se convidaram diversos acadêmicos e políticos de diferentes países do mundo para este promissor debate atual<sup>32</sup>.

Neste contexto, ao se analisar os padrões e as dinâmicas da sociedade em rede nas suas diversas dimensões política, econômica, tecnológica, organizacional, dentre outras, tem-se a ilação de que este é o modelo da sociedade atual, contemporânea, dinâmica, informacional, constituída por indivíduos, empresas e pelo Estado. Por sua vez, a modulação de operação por estes três protagonistas ocorre no campo local, nacional e internacional, observando-se entre as sociedades em rede consolidadas ou em fase de consolidação pontos em comum e divergências, que são frutos de escolhas e identidades históricas<sup>33</sup>.

Por outro giro, na sociedade em rede há bônus, porém há ônus. Dito de outra forma, as promessas desta sociedade que se concretizam com as potencialidades desenvolvidas pela internet também recrudesce as desigualdades entre aqueles que não detêm o acesso aos benefícios da tecnologia. Paradoxalmente, o avanço tecnológico massificante faz surgir uma nova dimensão de pobreza em escala mundial, qual seja, a pobreza da informação e do conhecimento digital, gerando a categoria humana dos excluídos digitais<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> “Este livro tem por base uma troca de conhecimentos e partilha cultural entre intervenientes de diferentes percursos académicos. A perspectiva aqui oferecida ao leitor é, pois, produto, não apenas da diversidade das origens dos seus participantes, mas também das próprias temáticas e da extensão geográfica que tentámos abarcar. Tal como as redes nos permitem interligar diferentes realidades e espaços este é também um livro que procura identificar pontos comuns e diversidades entre sociedades em transição como Portugal, Espanha — e as suas diferentes autonomias, Itália, Grécia, Polónia, Hungria, República Checa, Eslováquia, Brasil, Argentina, Uruguai e Chile. No entanto, este é também um livro onde se procura conhecer o que diferencia essas sociedades em transição de sociedades onde as relações em rede, que caracterizam as sociedades informacionais, estão já fortemente implantadas. Este é um espaço onde se questionam e analisam também sociedades informacionais como os EUA, Finlândia, Reino Unido e alguns outros membros da União Europeia e como as políticas tendentes ao desenvolvimento da sociedade em rede e economia do conhecimento têm aí vindo a ser desenvolvidas.” (CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo. **A sociedade em rede. Do conhecimento à acção política**. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2006, p. 09-10)

<sup>33</sup> “Vivemos num período histórico caracterizado como a «era da informação», onde nos deparamos com a possibilidade de interação com novos aparatos tecnológicos, que estabelecem novas formas de comunicação entre as pessoas e das pessoas com coisas. Estamos vivenciando uma revolução, que tem como elemento central a tecnologia da informação e da comunicação. Por consequência, estamos presenciando uma profunda alteração nas relações sociais, políticas e econômicas, impulsionadas por uma expansão permanente de hardware, software, aplicações de comunicações que prometem melhorar os resultados na economia, provocar novos estímulos culturais e incentivar o aperfeiçoamento pessoal, através do uso da tecnologia para a prática educativa [...]”. (BRANCO, Marcelo. Software livre e desenvolvimento social e económico. In: CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo. **A sociedade em rede. Do conhecimento à acção política**. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2006, p. 227)

<sup>34</sup> “Exclusão Digital. [...] Nesta nova ordem econômica resultante do declínio da manufatura e da expansão do setor de serviços, vimos nascer a era da informação e sua importância crescente como fonte de produtos, de crescimento e de criação de riquezas. «Movimentar bits em vez de átomos custa muito menos». O valor do conhecimento como um «bem universal», perdeu espaço para a mercantilização do conhecimento. O conhecimento e a informação passam a ser mais um produto no mercado globalizado. Esse novo patamar tecnológico da acumulação capitalista está trazendo implicações para os padrões de emprego, contribuindo decisivamente para o alto grau de obsolescência dos empregos na indústria, e de forma mais aguda para o setor de serviços. Surgem novos atores sociais, novas relações de trabalho, novas profissões. A possibilidade de colocarmos a produção mais próxima das fontes mais baratas de trabalho, propicia novas divisões

Com efeito, a compreensão e as reflexões necessárias sobre as potencialidades contraditórias deste novo período histórico-tecnológico tornam-se pauta de primeira ordem, reclamando-se a elaboração de teorias e práticas dos gestores públicos e privados para promoção da inclusão digital. Neste ponto, esta nova dinâmica econômica, política e social – simplesmente chamada de relação virtual – desconhece as identidades físicas ou espaços geográficos, fazendo-se presente no cotidiano das pessoas que convivem no *ciberespaço*<sup>35</sup>.

Nada obstante, Manuel Castells adverte que, não é a tecnologia que determina a sociedade, mas, de forma contrária, a sociedade que conforma ou delimita a tecnologia de acordo com as suas necessidades, os seus valores e os interesses dos indivíduos-usuários do aparato tecnológico. Neste ponto, corrobora-se das ideias do Autor, na medida em que a tecnologia não se mostra, *per si*, como condição suficiente para o surgimento de uma organização social baseada em redes.

Assim, a interação do paradigma da nova tecnologia juntamente com a ideia de organização social num plano geral se faz necessária para caracterização da sociedade em rede. De fato, a sociedade em rede não se resume à sociedade da era tecnológica,

---

internacionais do trabalho, novas formas de controle e aumento da competição. O capital navega neste ciberespaço para onde possa, com maior produtividade, encontrar novos negócios e construir novos mercados. O Brasil e parte dos países periféricos são vistos pelos controladores do mercado internacional como um vasto mercado para o consumo de tecnologias proprietárias e conteúdos oriundos de países do Norte. Essa dinâmica nos coloca como simples consumidores de tecnologia e conteúdos e não como sujeitos, nesse novo cenário global. Entramos no cenário digital de forma subordinada aos interesses das políticas dos países centrais e das corporações globais. Nosso desenvolvimento científico, tecnológico e econômico também se coloca de forma subordinada, e no plano social aumenta a exclusão digital ao invés de diminuir”. (BRANCO, Marcelo. Software livre e desenvolvimento social e econômico. In: CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo. **A sociedade em rede**. Do conhecimento à ação política. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2006, p. 228)

<sup>35</sup> “Nossa Vida no Ciberespaço. [...] Os até então hegemônicos aparatos de fornecimento de informação, comunicação, entretenimento e de formas de fazer negócios, estão sendo substituídos por uma segunda geração tecnológica, não mais de faixa estreita, mas de faixa larga. O objetivo é fornecer um maior volume de informações multimodais, (sons, imagens e textos) de forma simultânea, multiplexados e transmitidos a uma velocidade cada vez maior. A codificação digital é o processo que faz com que as informações armazenadas em um computador (dados), produtos culturais (músicas, filmes, livros), as telecomunicações e os processos de transmissão de rádio e televisão, convirjam para o mesmo formato. A tecnologia convergente combina as capacidades tecnológicas que andavam separadas e anuncia que o telefone, o computador, a TV e o aparelho de som irão operar como uma única unidade, muito mais poderosa e com muito mais incidência nas nossas vidas do que poderíamos imaginar. A Internet é a materialização deste novo cenário, impulsionada pelo esforço de fabricantes, investidores, pesquisadores acadêmicos, «hackers» e de políticas Governamentais. Antes do surgimento da rede das redes (a Internet), as comunicações tradicionais se dividiam em duas categorias: uma a um ou um-a-alguns (fax e telefone) e um-a-muitos (TV, rádio, jornal impresso e cinema). No novo ambiente, além das categorias anteriores, surge a possibilidade de comunicação do tipo muitos-a-muitos. Isto não significa apenas acessar a maior quantidade de informações, mas transformar as relações econômicas e sociais — que interagem em todos os ramos da produção capitalista, procurando ajustar-se a esta maneira «mais econômica» de fazer negócios e de se relacionar com as pessoas. Surgem novas formas de relacionamento e novas comunidades não enraizadas geograficamente, novos produtores, novos distribuidores e novos consumidores posicionados na esfera global e não mais de forma local ou regional”. (BRANCO, Marcelo. Software livre e desenvolvimento social e econômico. In: CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo. **A sociedade em rede**. Do conhecimento à ação política. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2006, p. 227-228)

manifestando-se de diversas formas, conforme a cultura em rede, as instituições em rede, a economia em rede<sup>36</sup>, a trajetória histórica em rede, a transformação da sociabilidade (sociedade de indivíduos em rede)<sup>37</sup>, dentre outros, em cada organização social<sup>38</sup>.

De outro giro, Manuel Castells enfatiza ainda uma outra transformação mais profunda da sociedade em rede, quer dizer, relacionada às instituições políticas e à própria noção de democracia da comunicação<sup>39</sup>. Em outras palavras, trata-se do aparecimento de uma

---

<sup>36</sup> “A economia em rede (conhecida até esta altura como a «nova economia») é uma nova e eficiente forma de organização da produção, distribuição e gestão, que está na base do aumento substancial da taxa de crescimento da produtividade nos EUA, e em outras economias que adoptaram estas novas formas de organização. A taxa de crescimento da produtividade nos EUA entre 1996-2005 mais do que duplicou em relação ao período de 1975-95. Uma observação semelhante pode ser aplicada a algumas economias europeias, como a Finlândia e a Irlanda, que rapidamente adoptaram uma forma similar de organização tecno-económica, apesar de o terem feito em contextos institucionais muito diferentes (por exemplo, mantendo o *welfare state* — o estado-providência)”. (CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo. **A sociedade em rede**. Do conhecimento à acção política. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2006, p. 20)

<sup>37</sup> “A sociedade em rede também se manifesta na transformação da sociabilidade. O que nós observamos, não é ao desaparecimento da interacção face a face ou ao acréscimo do isolamento das pessoas em frente dos seus computadores. Sabemos, pelos estudos em diferentes sociedades, que a maior parte das vezes os utilizadores de Internet são mais sociáveis, têm mais amigos e contactos e são social e politicamente mais activos do que os não utilizadores. Além disso, quanto mais usam a Internet, mais se envolvem, simultaneamente, em interacções, face a face, em todos os domínios das suas vidas. Da mesma maneira, as novas formas de comunicação sem fios, desde o telefone móvel aos SMS, o *WiFi* e o *WiMax*, fazem aumentar substancialmente a sociabilidade, particularmente nos grupos mais jovens da população. A sociedade em rede é uma sociedade hipersocial, não uma sociedade de isolamento. As pessoas, na sua maioria, não disfarçam a sua identidade na Internet, excepto alguns adolescentes a fazer experiências de vida. As pessoas integraram as tecnologias nas suas vidas, ligando a realidade virtual com a virtualidade real, vivendo em várias formas tecnológicas de comunicação, articulando-as conforme as suas necessidades. Contudo, existe uma enorme mudança na sociabilidade, que não é uma consequência da Internet ou das novas tecnologias de comunicação, mas uma mudança que é totalmente suportada pela lógica própria das redes de comunicação. É a emergência do individualismo em rede (enquanto a estrutura social e a evolução histórica induzem a emergência do individualismo como cultura dominante das nossas sociedades) e as novas tecnologias de comunicação adaptam-se perfeitamente na forma de construir sociabilidades em redes de comunicação auto-seletivas, ligadas ou desligadas dependendo das necessidades ou disposições de cada indivíduo. Então, a sociedade em rede é a sociedade de indivíduos em rede”. (CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo. **A sociedade em rede**. Do conhecimento à acção política. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2006, p. 23)

<sup>38</sup> “Além disso, a comunicação em rede transcende fronteiras, a sociedade em rede é global, é baseada em redes globais. Então, a sua lógica chega a países de todo o planeta e difunde-se através do poder integrado nas redes globais de capital, bens, serviços, comunicação, informação, ciência e tecnologia. Aquilo a que chamamos globalização é outra maneira de nos referirmos à sociedade em rede, ainda que de forma mais descritiva e menos analítica do que o conceito de sociedade em rede implica. Porém, como as redes são selectivas de acordo com os seus programas específicos, e porque conseguem, simultaneamente, comunicar e não comunicar, a sociedade em rede difunde-se por todo o mundo, mas não inclui todas as pessoas. De facto, neste início de século, ela exclui a maior parte da humanidade, embora toda a humanidade seja afectada pela sua lógica, e pelas relações de poder que interagem nas redes globais da organização social”. (CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo. **A sociedade em rede**. Do conhecimento à acção política. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2006, p. 18)

<sup>39</sup> “Aderindo à democracia da comunicação concorda-se com a democracia directa, algo que nenhum estado aceitou ao longo da história. Admitir o debate para redefinir os direitos de propriedade acerta em cheio no coração da legitimidade capitalista. Aceitar que os utilizadores são produtores de tecnologia desafia o poder do especialista. Então, uma política inovadora, mas pragmática, terá de encontrar o meio caminho entre o que é social e politicamente exequível, em cada contexto, e a promoção das condições culturais e organizacionais para a criatividade na qual a inovação, o poder, a riqueza e a cultura se alicerçam, na sociedade em rede”.



nova forma de Estado substitutivo à ideia de Estado-nação, típico da era industrial. Neste ponto, a globalização (sociedade em rede global) impõe o surgimento do Estado-da-sociedade-em-rede<sup>40</sup>, típico da era pós-industrial, que não mais funciona, tão somente, no contexto nacional.

Por sua vez, Gustavo Cardoso<sup>41</sup> toma como ponto de partida a individualização de quatro dimensões (tecnologia, economia, bem-estar e valores) através das quais se pode compreender melhor a posição relativa de cada sociedade no contexto global das sociedades informacionais. Ato contínuo, o Autor analisou diversas sociedades de diversos países, p. ex., Portugal, Espanha, Grécia, República Tcheca, Eslováquia, Hungria, Polônia, Argentina, Chile, Uruguai e Brasil, procurando identificar características comuns que identifiquem um modelo de sociedade em transição para a sociedade em rede.

Com efeito, Gustavo Cardoso<sup>42</sup> conclui que, as sociedades informacionais já consolidadas (p.ex. EUA, Finlândia) se caracterizam não somente pela apropriação da tecnologia, mas também pela abertura interna (sociedades abertas e democráticas) e pelo desenvolvimento do bem-estar social. De outra forma, as sociedades em transição analisadas pelo Autor, embora todas se destaquem pela ausência de regimes totalitários, ainda procuram autoafirmação nas dimensões de infraestrutura e produção tecnológica.

Depreendem-se, de forma inequívoca, algumas ilações parciais: (1) a tecnologia realmente não é o único critério a ser considerado para a transição de uma sociedade em rede; (2) a economia, o bem-estar e seus valores subjacentes são elementos preponderantes para

(CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo. **A sociedade em rede**. Do conhecimento à acção política. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2006, p. 29)

<sup>40</sup> “A sociedade em rede não é o futuro que devemos alcançar como o próximo estádio do progresso humano, ao adoptarmos o paradigma das novas tecnologias. É a nossa sociedade, em diferentes graus, e com diferentes formas dependendo dos países e das culturas. Qualquer política, estratégia, projeto humano, tem que partir desta base. Não é o nosso destino, mas o nosso ponto de partida para qualquer que seja o «nosso» caminho, seja o céu, o inferno ou, apenas, uma casa remodelada”. (CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo. **A sociedade em rede**. Do conhecimento à ação política. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2006, p. 26)

<sup>41</sup> CARDOSO, Gustavo. Sociedades em transição para a sociedade em rede. In: CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo. **A sociedade em rede**. Do conhecimento à ação política. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2006, p. 31-61.

<sup>42</sup> “A sociedade em que vivemos não é uma sociedade em cisão social. É sim assente num modelo de desenvolvimento informacional em que há competências cognitivas mais valorizadas do que outras, nomeadamente: a escolaridade mais elevada, a literacia formal e as literacias tecnológicas. Todas elas são competências adquiridas e não inatas, como tal não há lugar a uma inevitabilidade de cisão social, antes existe um processo de transição em que os protagonistas são os que dominam essas competências mais facilmente. [...] No entanto, embora partilhando redes globais, cada realidade social é única e só uma análise mais aprofundada de cada nação nos pode dar a conhecer os sinais de evolução futura em cada uma das nossas sociedades: é esse o desafio para compreender as transições, em curso nas nossas sociedades, para a sociedade em rede”. (CARDOSO, Gustavo. Sociedades em transição para a sociedade em rede. In: CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo. **A sociedade em rede**. Do conhecimento à ação política. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2006, p. 58-59)

constituição de uma sociedade em rede; (3) há necessidade de gestões públicas e privadas para fins de consolidação efetiva da sociedade em rede; (4) A concretização do modelo de Estado que respeite, proteja e promova os direitos e liberdades fundamentais em todas as suas dimensões se trata de condição *sine a quo non* para fins de manutenção da sociedade em rede.

Manuel Castells<sup>43</sup>, desenvolvendo raciocínio em Calderon e Laserna, assevera que, a questão principal em um mundo simultaneamente globalizado e fragmentado diz respeito a se perquirir respostas para convivência pacífica entre: novas tecnologias e memória coletiva (?); ciência universal e culturas comunitárias (?); ciência universal e culturas comunitárias (?); paixão e razão (?). Nesta esteira, embora ainda distantes de seguras conclusões, pode-se afirmar que, *a priori*, há uma tendência oposta universal, isto é, um crescente distanciamento entre globalização e identidade, entre a Rede e o Ser.

Por conseguinte, sobre o novo papel “do ser” na sociedade em rede, o Autor desenvolve que, parece existir uma lógica de excluir os agentes da exclusão, bem como redefinir os critérios de valor e significado diante deste novo paradigma tecnológico-econômico. Em outras palavras, a sociedade contemporânea (informacional) acaba por dedicar pouquíssimo espaço para os não-iniciados (ou incrédulos) do mundo digital, para os grupos indiferentes ao consumismo, assim como para os territórios desatualizados em matéria de comunicação em massa<sup>44</sup>.

De fato, a realidade que os conceitos das ciências sociais procuram expressar referem-se às transformações técnicas, organizacionais e administrativas que têm como “fator-chave” não mais os insumos baratos de energia – como na sociedade industrial– mas os insumos baratos da informação propiciados pelos avanços tecnológicos na microeletrônica e telecomunicações. Nesta medida, embora a forma de organização social em redes tenha

---

<sup>43</sup> CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Tradução Roneide Venâncio Majer. Volume I. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 58.

<sup>44</sup> “As novas tecnologias da informação estão integrando o mundo em redes globais de instrumentalidade. A comunicação mediada por computadores gera uma gama enorme de comunidades virtuais. Mas a tendência social e política característica da década de 1990 era a construção da ação social e das políticas em torno de identidades primárias – ou atribuídas, enraizadas na história e geografia, ou recém-construídas, em busca ansiosa por significado e espiritualidade. Os primeiros passos históricos das sociedades informacionais parecem caracterizá-las pela preeminência da identidade como seu princípio organizacional. Por identidade, entendo o processo pelo qual um ator social se reconhece e constrói significado principalmente com base em determinado atributo cultural ou conjunto de atributos, a ponto de excluir uma referência mais ampla a outras estruturas sociais. [...]. Quando a Rede desliga o Ser, o Ser, individual ou coletivo, constrói seu significado sem a referência instrumental global: o processo de desconexão torna-se recíproco após a recusa, pelos excluídos, da lógica unilateral de dominação estrutural e exclusão social”. (CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Tradução Roneide Venâncio Majer. Volume I. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 57-60)

existido em outros tempos e espaços, o novo paradigma da tecnologia da informação oferece o suporte material adequado para sua expansão em toda a estrutura social<sup>45</sup>.

Por sua vez, a sociedade pós-industrial está ligada à expansão e à reestruturação do capitalismo desde a década de 80 do século passado (sec. XX). As novas tecnologias e a ênfase na flexibilidade – ideia central das transformações organizacionais – têm permitido realizar com rapidez e eficiência os processos de desregulamentação, privatização e ruptura do modelo de contrato social entre capital e trabalho<sup>46</sup>.

Defende-se, entretanto, que isto não significa necessariamente aderência da sociedade em rede à ideia de Estado mínimo; de proteção jusfundamental relativizada; de privações às liberdades fundamentais; de capital meramente especulativo. De modo contrário, a sociedade alicerçada na informação perpassa pela ideia de um capitalismo sócio-ético, promovedor dos direitos e liberdades fundamentais. Não há de se falar em difusão e propagação do capital-informação em *ciberespaços* inóspitos e completamente desregulamentados.

---

<sup>45</sup> “Redes constituem a nova morfologia social de nossas sociedades e a difusão da lógica de redes modifica de forma substancial a operação e os resultados dos processos produtivos e de experiência, poder e cultura. [...]. Eu afirmaria que essa lógica de redes gera uma determinação social em nível mais alto que a dos interesses sociais específicos expressos por meio das redes: o poder dos fluxos é mais importante que os fluxos do poder. A presença na rede ou a ausência dela e a dinâmica de cada rede em relação às outras são fontes cruciais de dominação e transformação de nossa sociedade: uma sociedade que, portanto, podemos apropriadamente chamar de sociedade em rede, caracterizada pela primazia da morfologia social sobre a ação social”. (CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Tradução Roneide Venâncio Majer. Volume I. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 565)

<sup>46</sup> “**O que acontece à mão-de-obra e às relações sociais de produção neste admirável mundo novo do capitalismo informacional global?** Trabalhadores não desaparecem no espaço de fluxos e, do ponto de vista prático, há muito trabalho. Na verdade, contradizendo profecias apocalípticas de análises simplistas, há mais empregos e uma proporção maior de pessoas com idade para o trabalho empregadas que em qualquer outra época da história. Isso ocorre principalmente por causa da incorporação maciça das mulheres no mercado de trabalho remunerado em todas as sociedades industrializadas, incorporação que, em geral, tem sido absorvida e, em grande medida, induzida pelo mercado de trabalho sem maiores rupturas. Portanto, a difusão das tecnologias da informação, embora, sem dúvida, dispense trabalhadores e elimine alguns postos de trabalho, não resultou e provavelmente não resultará em desemprego em massa no futuro previsível. Isto, apesar do aumento de desemprego nas economias europeias, tendências mais relacionadas com as instituições sociais que com o novo sistema produtivo. Mas, se trabalho, trabalhadores e classes trabalhadoras existem e até se expandem em todo o mundo, as relações sociais entre capital e trabalho sofreram uma transformação profunda. Na essência, o capital é global. Via de regra, o trabalho é local. O informacionalismo, em sua realidade histórica, leva à concentração e globalização do capital exatamente pelo emprego do poder descentralizador das redes. A mão-de-obra está desagregada em seu desempenho, fragmentada em sua organização, diversificada em sua existência, dividida em sua ação coletiva. As redes convergem para uma meta-rede de capital que integra os interesses capitalistas em âmbito global e por setores e esferas de atividades: não sem conflito, mas sob a mesma lógica abrangente. Os trabalhadores perdem sua identidade coletiva, tornam-se cada vez mais individualizados quanto a suas capacidades, condições de trabalho, interesses e projetos. Distinguir quem são os proprietários, os produtores, os administradores e os empregados está ficando cada vez mais difícil em um sistema produtivo de geometria variável, trabalho em equipe, atuação em redes, terceirização e subcontratação.” (grifos nossos). (CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Tradução Roneide Venâncio Majer. Volume I. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 570-571)

Neste contexto, não se desconhece que, a massificação das relações sociais e de consumo; o surgimento de novas tecnologias de informação e de armazenamento de dados podem ocasionar o surgimento das mais variadas situações conflitantes em que são impostas a discussão do conteúdo e dos limites dos direitos e liberdades fundamentais. Neste ponto, trata-se de tema relevante para conjugação do direito ao esquecimento na rede mundial de computadores, fazendo-se *mister* algumas reflexões na próxima seção sobre o “palco” preponderante destes conflitos, qual seja, o meio ambiente digital e a ideia de memória na sociedade em rede.

#### 2.4 Aspectos relevantes do meio ambiente digital e memória

A denominação “meio ambiente” (*milieu ambient*) surgiu pela primeira vez na obra *Études progressives d'un naturalista*, datada de 1835, pelo francês Geoffroy de Saint-Hilaire, ganhando notoriedade quando utilizada por Augusto Comte em sua obra *Curso de Filosofia positiva*.<sup>47</sup> A despeito disto, alguns autores argumentam que, a expressão “meio ambiente” seria redundante ou pleonástica, na medida em que a palavra “ambiente” já contém o sentido da palavra “meio”<sup>48</sup>.

Em sentido contrário, José Afonso da Silva defende a utilização do conjunto “meio ambiente”, asseverando que se manifesta mais rico de sentido ao se expressar como conexão de valores do que a simplesmente a palavra “ambiente”. Desta forma, o Autor conceitua o meio ambiente como, “a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas. A integração busca assumir uma concepção unitária do ambiente, compreensiva dos recursos naturais e culturais”.<sup>49</sup>

<sup>47</sup> MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 133.

<sup>48</sup> “A palavra ‘ambiente’ indica a esfera, o círculo, o âmbito que nos cerca, em que vivemos. [...]. Por isso, até se pode reconhecer que na expressão ‘meio ambiente’ se denota certa redundância, advertida por Ramón Martín Mateo, ao observar que ‘se utiliza decididamente a rubrica *Derecho Ambiental* em vez de *Derecho del Medio Ambiente*, abandonando uma prática linguística pouco ortodoxa que utiliza cumulativamente expressões sinônimas ou, ao menos, redundantes, no que incide o próprio legislador. Em Português também ocorre o mesmo fenômeno, mas essa necessidade de reforçar o sentido significativo de determinados termos, em expressões compostas, é uma prática que deriva do fato de o termo reforçado ter sofrido enfraquecimento no sentido a destacar, ou, então, porque sua expressividade é mais ampla ou mais difusa, de sorte a não satisfazer mais, psicologicamente, a ideia que a linguagem quer expressar. Esse fenômeno influencia o legislador, que sente a imperiosa necessidade de dar aos textos legislativos a maior precisão significativa possível; daí por que a legislação brasileira, incluindo normas constitucionais, também vem empregando a expressão ‘meio ambiente’, em vez de ‘ambiente’, apenas”. (SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 19-20)

<sup>49</sup> “O conceito de meio ambiente há de ser, pois, globalizante, abrangente de toda a Natureza original e artificial, bem como os bens culturais correlatos, compreendendo, portanto, o solo, a água, o ar, a flora, as

De imediato, registra-se o fato de que, José Afonso da Silva traz no seu conceito de meio ambiente apenas três macro-aspectos, quais sejam: o meio ambiente artificial, o meio ambiente cultural e o meio ambiente natural. Desta forma, não individualiza o meio ambiente do trabalho enquanto quarto aspecto em apartado, mas tão somente “espécie” do “gênero” meio ambiente artificial. Apesar disto, defende-lhe o Autor tratamento especial em face de ser o local onde se desenrola boa parte da vida do trabalhador.<sup>50</sup>

Igualmente, José Afonso da Silva também não faz qualquer menção ao novo ambiente (digital) habitado pelo homem, quer seja como categoria em apartado, ou mesmo como desdobramento de algum aspecto já existente (artificial, cultural ou natural). Aliás, a temática sobre o *ciberespaço* se trata de recente aspecto a ser analisado na evolução histórico-científica do direito ambiental. Por razões de avanço tecnológico e da formatação da sociedade em rede, tal desiderato se impõe como nova fronteira ao direito ambiental, qual seja, o reconhecimento, a proteção e a promoção do meio ambiente digital.

De fato, quando se fala em meio ambiente ou direito ambiental, há uma associação direta e imediata ao “logotipo verde”, aos bens naturais, às florestas tropicais etc, não se desconhecendo a necessidade de proteção jurídica qualificada ao ambiente natural. O cerne da questão é que a potencialização do risco – a ideia de sociedade de risco de Ulrich Beck já tratada nesta pesquisa – encontrou o seu primeiro debate no aspecto natural no meio ambiente. Aliás, a professora portuguesa Carla Amado Gomes anota que, mesmo a temática ambiental de cor predominantemente verde somente veio à tona no mundo jurídico na década de 70 e pelos piores motivos<sup>51</sup>.

---

belezas naturais, o patrimônio histórico, artístico, turístico, paisagístico e arqueológico”. (SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 20)

<sup>50</sup> A defesa do meio ambiente do trabalho em apartado (enquanto quarto aspecto do meio ambiente gênero), por lhe conferir maior autonomia e, conseqüentemente, maior proteção teórico-valorativa, é defendida exaustivamente na obra: DIAS NETO, Pedro Miron de Vasconcelos Dias Neto. **A segurança social e o meio ambiente do trabalho na sociedade de risco**. Acidente do trabalho, ações regressivas acidentárias e fator acidentário de prevenção. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014.

<sup>51</sup> “O ambiente é um assunto que, pelas piores razões, entrou no mundo jurídico nos anos 70 do século passado e tem-se mantido “na moda” desde então. Debatem-se à saciedade problemas como a destruição da camada de ozono, a gestão da água potável, a desertificação dos solos, o desaparecimento de milhares de espécies, animais e vegetais. Realizam-se conferências, promovem-se manifestações, celebram-se convenções sobre proteção do ambiente. Criam-se Ministérios e serviços especializados com vista à prossecução de políticas de conservação da natureza, gestão de recursos naturais, de promoção dos valores ambientais. Não há jornal, diário ou semanário, nem revista de atualidades que dispense uma rubrica sobre proteção do ambiente. Até a indústria cinematográfica se vem rendendo ao tema, com filmes mais intimistas (como *Gorillas in the mist*, 1989) ou mais populares (*The day after tomorrow*, 2004). Os juristas, na dupla qualidade de profissionais do Direito e de cidadãos, não lhe poderiam ser indiferentes”. (GOMES, Carla Amado. **Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente**. Coimbra: Editora Coimbra, 2007, p. 13)

Neste contexto, Paulo Afonso Leme propõe a autonomia científica do Direito Ambiental, além de sua interdisciplinaridade com os demais ramos do Direito, conceituando ambiente de forma mais ampla, isto é, como uma expressão de uma visão global das intenções e das relações dos seres vivos entre eles e com o seu meio<sup>52</sup>. Neste ponto, *a priori*, de acordo com esta doutrina, ora se defende que, não se deve ilidir a possibilidade de objeto de estudo do direito ambiental a interação do homem com o espaço virtual e, por via de consequência, com a sociedade em rede atual.

Na perspectiva do direito ambiental econômico, Cristiani Derani ressalta que, o conceito de meio ambiente não se reduz ao ar, à água, à terra ou aos demais elementos do meio ambiente físico ou facilmente perceptível. Defende a Autora a visão antropocêntrica do meio ambiente, embora o homem não integre formalmente o seu conceito<sup>53</sup>. Igualmente, analisando-se o pensamento da Autora, tem-se a ilação de que, a robusta perspectiva econômico-financeira subjacente aos espaços de convivência e interações digitais, assim como a imperiosa presença do homem neste ambiente em rede se mostram elementos receptivos ao estudo do *ciberespaço* pelo direito ambiental.

Ao encontro desta tese, na defesa de um novo aspecto do meio ambiente, Celso Antônio Pacheco Fiorillo aduz o respeito à dignidade da pessoa humana no denominado meio ambiente digital, que seria a mais nova faceta revelada pelo aspecto do meio ambiente cultural. Neste ponto, assevera o Autor que, há a necessidade de se interpretar a “cultura

---

<sup>52</sup> “A expressão de uma visão global das intenções e das relações dos seres vivos entre eles e com seu meio, não é surpreendente que o Direito do Ambiente seja um direito de caráter horizontal, que recubra os diferentes ramos clássicos do Direito (Direito Civil, Direito Administrativo, Direito Penal, Direito Internacional), e um Direito de interações, que se encontra disperso nas várias regulamentações. Mais do que um novo ramo do Direito com seu próprio corpo de regras, o Direito do Ambiente tende a penetrar todos os sistemas jurídicos existentes para orientá-los num sentido ambientalista”. (MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito Ambiental brasileiro**. 12. ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 139)

<sup>53</sup> “Como o conjunto das condições de existência humana, que integra e influencia o relacionamento entre os homens, sua saúde e seu desenvolvimento. O conceito de meio ambiente deriva do movimento da natureza dentro da sociedade moderna: como recurso-elemento e como recurso-local. Sintetizando, este conceito, extremamente novo, tem sua base na contemporânea relação social com a natureza. [...] Em resumo, um ponto em comum de onde parte toda sociedade contemporânea seria o seguinte: natureza é recurso (matéria a ser apropriada) natural, e o homem, sujeito apartado do objeto a ser apropriado, não é mais natureza. Sujeito e objeto vivem dois mundos: mundo social e mundo natural. Meio ambiente seria toda a *entourage* deste solitário sujeito. Não somente a natureza “bruta” em sua forma primitiva é meio ambiente, porém todo o momento de transformação do recurso natural, ou seja, todo movimento deste objeto que circunda o homem, quem sobre ele age com seu poder, querer e saber, construindo o meio ambiente. Meio ambiente é um conceito que deriva do homem e a ele está ligado, porém o homem não o integra. O fato de o homem não constituir o conceito de meio ambiente não significa que este conceito seja menos antropocêntrico, muito pelo contrário, ele mostra exatamente o poder de subordinação e dominação do “mundo exterior” objeto de ação do “eu ativo”. Isto significa que o tratamento legal destinado ao meio ambiente permanece necessariamente numa visão antropocêntrica, porque essa visão está no cerne do conceito de meio ambiente”. (DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 52-53)

digital” à luz da Constituição Federal de 1988, consoante os artigos 215 e 216, que tratam da educação e da responsabilidade estatal de assegurar a todos o acesso à cultura<sup>54</sup>.

Assim, o meio ambiente cultural, por intermédio do ambiente digital, manifesta-se no século XXI em face de uma cultura digital permeada por diversos veículos reveladores de um novo processo civilizatório, adaptado intrinsecamente à sociedade da informação (a sociedade em rede, de Manuel Castells). Trata-se, indiscutivelmente, o ambiente digital de um dos mais importantes aspectos do direito ambiental brasileiro destinado às presentes e futuras gerações (art. 225, CF), constituindo-se em verdadeiro objetivo fundamental da república (art. 3º, CF), notadamente em face do “abismo digital” que ainda se vivencia no Brasil<sup>55</sup>.

Em outras palavras, o direito ambiental não pode desconhecer ou ignorar o novo espaço de ocupação humana: o espaço digital. A convivência neste espaço é marcada preponderantemente pelas chamadas redes virtuais (ou redes sociais) e se constituem em palcos acalorados de debates públicos (e privados). Ali, apesar de se acentuar o caráter difuso das manifestações e a regra da temporalidade aberta (ideia de permanência indefinida no espaço digital), as consequências jurídicas são diversas (cíveis, penais etc), inclusive quanto aos conteúdos aos quais se pretendem publicá-los ou, posteriormente, esquecê-los de forma permanente da memória coletiva virtual<sup>56</sup>.

Apesar de o meio ambiente digital não se resumir propriamente à internet, não se pode olvidar que o percurso de criação<sup>57</sup> da rede mundial de computadores multiplicou

---

<sup>54</sup> “Daí ficar bem caracterizado que as formas de expressão, assim como manifestações das culturas populares bem como dos grupos participantes de nosso processo civilizatório nacional, estão tutelados pelo meio ambiente cultural no plano constitucional, a saber, a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação sob qualquer forma, processo ou veículo (art. 220 da CF) nada mais refletem que as formas, os processos e veículos usados pela pessoa humana, em face de seu atual estágio cultural (processo civilizatório nacional em que se encontram) destinada a satisfazer suas necessidades dentro de um padrão cultural vinculado à sua dignidade (art. 1º, III, da CF) diante da ordem jurídico do capitalismo (art. 1º, IV, da CF) e adaptada à tutela jurídica do meio ambiente cultural (arts. 215 e 216 da CF).” (FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 60)

<sup>55</sup> Para Celso Antônio Pacheco Fiorillo, o meio ambiente digital, por via de consequência, fixa no âmbito de nosso direito positivo, os deveres, direitos, obrigações e regime de responsabilidades inerentes à manifestação de pensamento, criação, expressão e informação realizados pela pessoa humana com a ajuda de computadores, do rádio, da TV, bem como, dos demais meios de comunicação existentes no século XXI, conforme assegura a Constituição Federal nos artigos 220 e 224. (FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 518)

<sup>56</sup> “Tal passo, a partir do primeiro estágio que envolvia o aprendizado para o uso das redes, formou um ciclo de realimentação a partir de quando passou a estimular o desenvolvimento de novos processos, nos quais os próprios usuários poderiam assumir o controle da tecnologia. [...]. Assim, a capacidade criativa da mente humana passa a assumir um papel diferente que marca o espaço contemporâneo.” (FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 499-500)

<sup>57</sup> “A internet tem sua origem a partir de um projeto militar do período da guerra fria envolvendo Estados Unidos e antiga União Soviética. Em 1969, temendo um ataque soviético, os americanos desenvolveram um sistema que permitia o deslocamento rápido de informações de um computador para outro. Seu Departamento de Defesa, por meio da Arpanet (*Advanced Research Projects Agency*), criou pequenas redes sociais (LAN) posicionadas em locais estratégicos do país e coligadas por meio de redes de telecomunicação

exponencialmente as possibilidades de comunicações e, por via de consequência, os conflitos existentes no espaço virtual da sociedade em rede. Guardadas as proporções, vislumbra-se a internet como a etapa evolutiva do homem após a descoberta do avião, isto é, agora de forma mais rápida (e segura), finalmente se pode desbravar o mundo em frações de segundo. Nesta medida, a internet propõe alçar voos de forma instantânea<sup>58</sup>.

Com efeito, Celso Antônio Pacheco Fiorillo afirma que, trata-se a internet de criação da inteligência humana, oferecendo possibilidades diversas de expressão, sendo um espaço de manifestação multicultural. Neste ponto, a passividade dos indivíduos e o poder de dominação da mídia devem ser repensados no contexto das novas tecnologias de comunicação da contemporaneidade. O reconhecimento desses diversos processos de globalização atua como reforço à noção de cidadania (espaço virtual é democrático)<sup>59</sup>, fundamento essencial do direito ambiental para a busca de uma sadia qualidade de vida<sup>60</sup>.

Apesar de ser didaticamente válida a divisão do ambiente em aspectos (natural, artificial, cultural, do trabalho) e sub-aspectos (p.ex., o digital como desdobramento do meio ambiente cultural), reitera-se a ideia de que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado deve ser encarado de forma una e indivisível. Ademais, também deve ser tratado como interdependente em relação aos demais direitos fundamentais (p.ex. direito à saúde,

---

geográfica (WAN) que possibilitavam a troca de informações de máquina para máquina. Com o fim da guerra fria, os militares repassaram a tecnologia para o uso das universidades americanas, que inicialmente a utilizavam apenas para troca de pesquisas e trabalhos acadêmicos. [...] O aperfeiçoamento do sistema foi contínuo e a interligação dos diversos sistemas existentes tornou-se definitiva com a criação por Robert Kahn do TCP/IP – *Transmission Control Protocol/Internet Protocol*. No ano de 1989 surgiu em Genebra, Suíça, a *World Wide Web* (ou *www*, como é mundialmente conhecida), que permite ao usuário o acesso a uma infinidade de serviços e informações sem a necessidade de conhecimento dos protocolos de acesso correspondentes. A partir de 1993 o desenvolvimento da tecnologia passou a ampliar essa comunicação por meio de uma linha telefônica comum, tornando-a mais rápida e acessível e permitindo o uso particular e individual. A transmissão de dados por banda larga, via cabo e por ondas de frequência de rádio posteriormente ampliaram ainda mais o potencial e alcance dessa tecnologia”. (FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 501-502)

<sup>58</sup> “A internet, uma das mais poderosas ferramentas dessa sociedade, é caracterizada como um espaço aberto e sem fronteiras e atualmente demonstra seu potencial positivo entre processos sociais e intervenções tecnológicas que, de modo interligado, estimulam a mudança de determinados padrões de desenvolvimento”. (FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 503)

<sup>59</sup> “Disso decorre a dimensão funcional da comunicação – e de suas tecnologias – para promover uma ressignificação intersubjetiva que ressalte a participação como fundamento da democracia. Isso porque a verdadeira democracia exige o antagonismo, [...]. Assim, ao admitir a exigência de uma pluralidade de interesses e posições divergentes na sociedade, o Estado deve oportunizar o espaço para tais manifestações”. (FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 508)

<sup>60</sup> “O uso de ferramentas tecnológicas como a internet pode conferir suporte para manifestações de diferentes ordens, tais como as realizadas por comunidades indígenas, quilombolas e outros atores individuais e coletivos. Ao mesmo tempo iniciativas estatais ou ainda promovidas a partir das corporações podem ser divulgadas de modo a facilitar o diálogo interno e externo de cada nação”. (FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 501)



direito à vida, direito à liberdade, direito à igualdade, dentre outros), interagindo com o ser humano simbioticamente, ou seja, implicando em uma inter-relação íntima e obrigatória<sup>61</sup>.

De fato, sob a égide da sociedade em rede, reitera-se que, o palco perfeito para ocorrência de discussões e conflitos entre direitos e garantias fundamentais tornou-se o meio ambiente digital, notadamente, após o advento da Internet ou ciberespaço<sup>62</sup>. Neste ponto, a ideia clássica de território se transfigurou, possibilitando o tráfego rápido e eficiente de informações, bem como a interação em um espaço que desconhece os limites impostos por fronteiras meramente lineares ou geográficas<sup>63</sup>.

Quanto à memória na sociedade em rede, o advento da internet impõe a necessidade de se reinventar a forma com a qual o indivíduo lida com aquelas. Dito de outra maneira, os álbuns de fotografia, os relatos de viagens, os diários, enfim, tudo que outrora girava em torno das memórias privadas, agora deram lugar à exposição pública por redes sociais. A memória privada é publicizada (com ou sem autorização) para ser deglutida (consumida) de forma instantânea e, ao mesmo tempo, perpetuada na memória coletiva da grande rede.

---

<sup>61</sup> “**No ha sido suficiente, por tanto, la proclamación de la universalidad e interdependencia a través de la Declaración y Programa de Acción de Viena de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993 (ONU, 1993b)**. Ello a pesar del reconocimiento que se hace de la necesidad de un papel activo de los seres humanos y de la comunidad internacional en la construcción y protección de los derechos. Esto es, que suma al normativo<sup>2</sup>, una necesidad de transformación filosófica y política en la consideración de los derechos humanos, para recuperarlos en tanto potencial y presente. Finalmente, la Declaración y Programa de Acción de Viena tiene dos lecturas: una en términos de universalismo concreto y otra en lógica individualista. La primera reconoce que los derechos son universales, interdependientes e indivisibles, e incluso desde su Preámbulo precisa del “progreso económico y social de todos los pueblos”, de la vigencia de los Pactos Internacionales, y de la realización de los derechos de los pueblos indígenas. Esto no solo podría entenderse como expresión de un particularismo no individualista: el sujeto colectivo, sino que además exigiría un modelo de Estado Social de Derecho, único espacio [...] para que los derechos sociales tengan realización. El *Programa de Acción* también subraya el derecho al desarrollo, rechaza la dominación de los pueblos y resalta el derecho a la libre determinación considerando su vulneración como “una violación de los derechos humanos. Pero, por otro lado, también desde el preámbulo insiste en que el sujeto central de los derechos humanos es la persona y en defensa de un universalismo abstracto afirma que son de menor importancia las particularidades históricas, culturales y religiosas de los pueblos. La contradicción inicia en el terreno normativo y debe ser remontada a partir de una práctica de efectividad de los derechos humanos. Solo ella permite colegir la realización de los derechos como lo han enseñado las luchas feministas (Flórez, 2007) y las demandas sociales bajo la idea de ciudadanía social (Jelin, 1996) que se consideraron en su momento, utópicas” (grifos nossos). (PRONER, Carol; OLASOLO, Héctor; DURÁN, Carlos Villán; RICOBOM, Gisele; BACK, Charlott (coords.). **70º Aniversário de la declaración universal de derechos humanos**. La protección internacional de los derechos humanos en cuestión. Valencia-España: Tirant to blanch, 2018, p. 596-597)

<sup>62</sup> “No início da década de 90, a Internet recebeu seu impulso máximo rumo à popularização. O programador inglês Tim Berners-Lee, do laboratório europeu para a Física de partículas de Genebra, desenvolveu um sistema que chamou de Hipertexto de World Wide Web (WWW). Com o desenvolvimento de alguns softwares fáceis de usar e de adquirir, a rede “www” cresceu até tornar-se uma rede mundial de computadores na forma que hoje concebemos”. (FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; CONTE, Christiany Pegorari. **Crimes no meio ambiente digital**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 14)

<sup>63</sup> “Vivemos numa sociedade marcada pela denominada Revolução Digital. Conceitos como Internet, aldeia global, espaço virtual e eliminação de fronteiras marcam a realidade social do século XXI. Nesse contexto de realidade virtual, novas relações se consolidam e cada instante, necessitando, dessa maneira, de tutela jurídica, a fim de garantir efetividade e segurança para tais relações”. (FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; CONTE, Christiany Pegorari. **Crimes no meio ambiente digital**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 15)

Por outro giro, o espaço digital se trata do lugar da contemporaneidade onde todos indistintamente são convidados a deixar seus registros na memória deste meio ambiente, notadamente no âmbito das redes sociais da Internet. Neste ponto, as narrativas escritas ou fotográficas não são mais restritas à elite detentora do conhecimento e dos recursos tecnológicos. De forma paradoxal, a tecnologia pode ser um instrumento de (re)distribuição de riquezas (materiais e culturais).

Neste contexto, indaga-se se as comunidades virtuais também poderiam ser consideradas comunidades reais? De imediato, afirma-se positivamente à formulação proposta, porquanto não o são irreais (aprioristicamente). Aduz-se, entretanto, que não seguem os mesmos modelos de comunicação e interação das comunidades físicas, porque funcionariam em outro plano de realidade. Neste ponto, apesar de as redes sociais serem em sua maioria baseadas em laços fracos, diversificados e especializados, também são capazes de gerar reciprocidade e apoio por intermédio da dinâmica sustentada. Em outras palavras, a solidariedade recíproca de uma rede (física ou virtual) depende em maior medida (preponderantemente) do ser humano em si do que propriamente do meio no qual ele interage com a comunidade<sup>64</sup>.

Por conseguinte, se por um lado houve a democratização de acesso a meios tecnológicos (em contínuo processo de transição), também se potencializaram na internet os conflitos entre os direitos da personalidade – privacidade e intimidade – e a liberdade de expressão em sentido amplo. Verifica-se, inequivocamente, a complexidade das relações jurídico-sociais que norteiam o ambiente virtual democratizado. A questão essencial é saber: qual o limite da sua liberdade de expressão de se manifestar na sociedade de rede sem, contudo, incorrer em malferimentos à intimidade e à privacidade de outros usuários?!

Com efeito, Sérgio Branco propõe um olhar acurado das ciências sociais sobre como se criam as memórias *on line*, quais as consequências dessas mudanças comportamentais para o surgimento de uma memória coletiva, bem como quais seriam os legados deixados para as

---

<sup>64</sup> “Nesse sentido, a Internet pode contribuir para a expansão dos vínculos sociais numa sociedade que parece estar passando por uma rápida individualização e uma ruptura cívica. Parece que as comunidades virtuais são mais fortes do que os observadores em geral acreditam. Existem indícios substanciais de solidariedade recíproca na Rede, mesmo entre usuários com laços fracos entre si. De fato, a comunicação *on-line* incentiva discussões desinibidas, permitindo assim a sinceridade. **O preço, porém, é o alto índice de mortalidade das amizades *on-line*, pois um palpite infeliz pode ser sancionado pelo clique na desconexão-eterna.** [...] A Internet favorece a expansão e a intensidade dessas centenas de laços fracos que geram uma camada fundamental de interação social para as pessoas que vivem num mundo tecnologicamente desenvolvido.” (grifos nossos). (CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Tradução Roneide Venâncio Majer. Volume I. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 445)

gerações futuras. Nesta esteira, afirma o Autor que, as memórias *on line* se aproximam mais da ideia de um palimpsesto (eternamente reescrito), ante aos meios consagrados de registro<sup>65</sup>.

De fato, trata-se de feliz metáfora a utilizada por Sérgio Branco para comparar as memórias *on line* ao eterno palimpsesto<sup>66</sup>, ou seja, à prática da antiguidade de se limpar ou lavar o pergaminho (ou papiro) a fim de se permitir a sua contínua reutilização. Em outras palavras, somente se existia controle quase absoluto sobre os registros da memória, quando esta era coletada em meios analógicos. De outra forma, com o advento dos suportes digitais, tudo definitivamente mudou: nada na internet está condenado à permanência (poderá ser reescrito, reeditado, atualizado), embora, contraditoriamente, muito difícil ser deletado (ou esquecido) em definitivo aquele conteúdo já publicado<sup>67</sup>.

Igualmente, recorre-se novamente a Zygmunt Bauman e sua metáfora da liquidez. Desta vez, ao invés da modernidade, aduz-se à própria vida líquida que pressupõe ser vivida diante de incertezas constantes. A memória analógica estaria para a modernidade-sólida, com causas e consequências previsíveis, enquanto que a memória digital estaria para a modernidade-líquida e para a vida líquido-moderna, com causas e consequências imprevisíveis<sup>68</sup>.

Outrossim, registra-se que, até o término do século XX (aproximadamente), apenas as pessoas que gozavam de prestígio social ou relevante papel público tinham suas vidas convertidas em bens acessíveis ao público (diários, autobiografias, produção audiovisual etc). Nesta medida, a regra geral da sociedade das pessoas comuns era o anonimato e o esquecimento<sup>69</sup>.

Por outro giro, o advento da internet e a ascensão das redes sociais permitiram a expansão da memória e de seus respectivos registros. Assim, se antes os diários e as fotos de família eram destinados a serem guardados em gavetas ou armários, hoje estão superexpostos

---

<sup>65</sup> BRANCO, Sérgio. **Memória e esquecimento na internet**. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2017, p. 12.

<sup>66</sup> PALIMPSESTO. **Wikipédia, a enciclopédia livre**, 2018.

<sup>67</sup> “*posts do Facebook*. Também eles têm prazo de validade; também eles se esgotam depois que saem da *timeline* dos ‘amigos’ de quem os postou; também o conteúdo postado precisa ser substituído para conservar, na página dos amigos virtuais de seu autor, a lembrança de sua existência de modo que ele possa ratificar sua aceitação e popularidade por meio de novas ‘curtidas’ e novos ‘compartilhamentos’. A substituição pela próxima novidade da *timeline* não é a única forma de reciclagem do material disponibilizado na rede. É possível excluir propositalmente determinado conteúdo. É possível editar a postagem, remover a foto, reescrever o texto, apagar os comentários”. (BRANCO, Sérgio. **Memória e esquecimento na internet**. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2017, p. 57)

<sup>68</sup> A vida líquida “é uma sucessão de reinícios, e precisamente por isso é que os finais rápidos e indolores, sem os quais reiniciar seria inimaginável, tendem a ser os momentos mais desafiadores e as dores de cabeça mais inquietantes. Entra as artes da vida líquido-moderna e as habilidades necessárias para praticá-las, livrar-se das coisas tem prioridade sobre adquiri-las”. (BAUMAN, Zygmunt. **Vida líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2009, p. 08)

<sup>69</sup> BRANCO, Sérgio. **Memória e esquecimento na internet**. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2017, p. 35.

em *blogs* e comunidades digitais. De imediato, surge então uma zona intermediária de difícil delimitação: como distinguir as lembranças públicas e privadas?<sup>70</sup>

Depreende-se, portanto, que ao lado da memória e seus registros, se mostra indissociável a ideia de esquecimento. De imediato, algumas reflexões surgem: Como proceder com o registro da memória quando uma mudança no comportamento da própria pessoa suscita nela a vontade de se afastar de seu passado, projetando uma imagem atual desvinculada daquela que correu o ambiente virtual? Em outras palavras, até que ponto precisamos conviver com circunstâncias de nosso passado? Estas e outras indagações pretendem ser respondidas no decorrer desta pesquisa acadêmica.

## 2.5 O legado digital e os marcos regulatórios da internet

O legado digital pressupõe a transição da atmosfera privada para a pública, surgindo vários desdobramentos de natureza ética e jurídica no que diz respeito às memórias privadas compartilhadas (textos, fotos, vídeos etc). Nesta seção, dedicar-se-á a pesquisa sobre a intrincada rede de direitos e deveres relacionados aos registros de memórias no ambiente virtual da sociedade em rede em busca de seus marcos regulatórios<sup>71</sup>.

O “problema da internet” passa a ser identificado quando a tecnologia inicia a ingerência nas relações sociais pacíficas e controladas. Neste ponto, torna-se terreno fértil a fim de possibilitar práticas socialmente desagradáveis e indesejadas. Ergue-se, nesta nova dinâmica social, o binômio perene entre direito e internet, realidade ainda pouco explorada,

---

<sup>70</sup> “Com a superexposição a que estamos nos acostumando nas redes sociais, necessariamente se modifica o padrão de proteção a direitos como imagem e privacidade. Se pela teoria mais conservadora dos direitos de personalidade a divulgação não autorizada da imagem de alguém acarreta, em si mesma, uma violação, certamente não é esse o entendimento de quem participa de redes sociais e que consentem, implicitamente, com a divulgação de suas imagens por parte de parentes e amigos, inclusive para desconhecidos. Talvez sejamos obrigados no futuro a mudar nosso comportamento acerca de como lidamos com nosso passado”. (BRANCO, Sérgio. **Memória e esquecimento na internet**. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2017, p. 192-193)

<sup>71</sup> “A comunicação de dados entre computadores ou quaisquer outros dispositivos nada mais é do que a interação, intercâmbio, troca de informações e mesmo de mensagens realizadas entre as pessoas humanas de forma individual ou coletiva, ou seja, a troca de informações na forma de arquivos de textos, sons e imagens digitalizadas, software, correspondência (e-mail) etc. é o conteúdo substancial da internet. Trata-se por via de consequência de tema adstrito ao meio ambiente digital no âmbito do meio ambiente cultural matéria inserida na sociedade da informação. [...]. Para facilitar o trânsito no âmbito da internet surgiram os denominados ‘navegadores’ (browsers), provedores de acesso e portais de serviços *online* que contribuíram para esse crescimento. Destarte, a internet passou a ser utilizada por vários segmentos sociais, sendo certo que as empresas descobriram na internet um excelente caminho para melhorar seus lucros com as vendas *online*, evoluindo muito e transformando a internet em verdadeiros centros de consumo virtuais”. (FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **O marco civil da internet e o meio ambiente digital na sociedade da informação: comentários à lei n. 12.965/2014**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 14-15)

entretanto, indispensável a fim de garantir novos direitos fundamentais, bem como a efetivação dos já existentes<sup>72</sup>.

À luz da recente legislação vigente no Brasil (sob a alcunha de “marco civil da internet”, Lei n. 12.965/2014), observa-se importante passo (por enquanto ainda simbólico<sup>73</sup>) para afirmar os direitos e garantias dos usuários da internet e reiterar as obrigações dos provedores na rede mundial de computadores. De imediato, entretanto, registra-se com relativa segurança que, o uso da internet no Brasil deve ser preliminarmente interpretado em face dos princípios fundamentais elencados na Constituição Federal de 1988, enquadrando-se a ordem econômica do capitalismo e o meio ambiente cultural (inclusive, o meio ambiente digital) à luz da dignidade da pessoa humana<sup>74</sup>.

---

<sup>72</sup> “No Brasil, a utilização da Internet ocorreu inicialmente no meio acadêmico, especificamente na Universidade de São Paulo. No ano de 1988, Oscar Sala, professor da USP, desenvolveu um projeto de interação entre universidades, em âmbito internacional, para que houvesse a troca de informação por meio de uma rede de computadores. Contudo, a autorização da disseminação da Internet para a população, autorizando-se o uso comercial da rede, só foi dado pelos Ministérios das Comunicações e da Ciência e Tecnologia sete anos depois. A incidência direta da Internet nas relações humanas exige a tutela jurisdicional para as informações veiculadas na rede, bem como para as mais diversas relações jurídicas realizadas por meio virtual, mas dotadas de todos os riscos e garantias das relações firmadas no ‘mundo real’. [...]. A internet permite conectar computadores de qualquer parte do mundo sempre que estes se encontrem na rede, através de sistemas de comunicação que interagem por um conjunto de regras conhecidas como Protocolo. A internet não se apresenta, nessa esteira, como entidade física ou tangível, mas configura uma rede de redes interligadas. [...]. **Essas características fazem com que a Internet tenha maior dificuldade em estabelecer um ‘centro de comando’ tal como na versão tradicional de território físico delimitado. É nesse contexto que surge a necessidade de tratar e analisar o chamado meio ambiente digital e a sua regulamentação jurídica.**” (grifos nossos). (FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; CONTE, Christiany Pegorari. **Crimes no meio ambiente digital**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 14-15)

<sup>73</sup> Neste sentido, tem-se: [...]. O grande problema é que se a Lei 12.965/2014 não for aplicada será mais uma lei de caráter simbólico. Caberá às autoridades públicas instituir ações de educação digital e, necessariamente, de inclusão digital para que o cidadão possa ser inserido também nesta sociedade da informação. Certamente, não é enganoso afirmar que com tanta informação o que se está a prestar é uma (des)informação. Nesse caminhar tem-se que a política legislativa faz com que se editem tantas normas que não se saiba mais quais normas estão em vigor e quais estão revogadas. (FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio. Apontamentos sobre a liberdade de expressão e a violação da privacidade no marco civil da internet. In: DEL MASSO, Fabiano; ABRUSIO, Juliana; FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio (coords.). **Marco civil da Internet: Lei 12.965/2014**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 40)

<sup>74</sup> “Verifica-se, portanto, com relativa facilidade, que a Lei n. 12.965/2014 é despicienda no que se refere às ‘fundamentais inovações’ que teria criado em proveito dos direitos e garantias dos chamados usuários e mesmo em face da elaboração normativa de uma moderna ‘ciberdemocracia’. Dessa maneira, mais assemelhado a uma peça publicitária, o denominado Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014), ao pretender estabelecer princípios, garantias, direitos e deveres vinculados à manifestação do pensamento, à criação, à expressão e à informação (meio ambiente cultural), por meio do uso da internet no Brasil (meio ambiente digital), procura de qualquer forma tentar organizar parâmetros jurídicos específicos no âmbito infraconstitucional destinados a tutelar o conteúdo da comunicação social e mesmo direitos e deveres fundamentais da pessoa humana por meio do uso de computadores no Brasil em redes interligadas visando, ao que tudo indica, destacar a importância da tutela jurídica da internet no século XXI em nosso País”. (FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **O marco civil da internet e o meio ambiente digital na sociedade da informação: comentários à lei n. 12.965/2014**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 17)

Fundamenta-se o “marco civil da internet” em três pilares: (a) *a neutralidade da rede*<sup>75</sup>, significando em regra que, o provedor de conexão não pode escolher pelo usuário-consumidor o conteúdo a ser acessado, discriminando as informações a serem circuladas por qualquer questão de natureza política, religiosa, ideológica, comercial etc, como, p. ex., ocorre na Rússia ou na China, dentre outros; (b) *a privacidade de usuários* e (c) *a liberdade de expressão*, sendo a garantia de que ambas constituem verdadeira condição *sine a quo non* para o pleno exercício do direito de acesso à internet no Brasil, conforme demonstram vários artigos da Lei n. 12.965/2014 (art. 3<sup>o76</sup>, art. 7<sup>o77</sup>, art. 8<sup>o78</sup>, dentre outros).

<sup>75</sup> “Ela representa a espécie de uma garantia de que os pacotes de dados que circulam na Internet sejam tratados de forma isonômica, sem qualquer distinção de conteúdo – seja ele religioso, político, de gênero ou outros -, origem – se vem de um sistema operacional ou de determinado computador-, destino – se é destinado a um determinado sistema operacional ou computador – ou serviço – e-mail, música, Skype ou outros. [...]. No Marco Civil, tudo que trafega na Internet deve ser tratado sem discriminação, nesse caso, os provedores poderiam também vender planos de utilização como, de modo análogo, fazem as TVs por assinatura. **De modo enfático, sem a neutralidade garantida, os provedores poderiam analisar e discriminar o conteúdo acessado pelo consumidor, podendo até mesmo restringir e comprometer o conteúdo que o internauta gostaria de acessar. Essa prática é conhecida e feita em outros países como China e Rússia, dentre outros, e tem como fundamento a importância de se garantir que a Internet seja – ou o qual se pretenda que seja – democrática, livre e aberta, de tal forma que não a ter garantida comprometeria a liberdade de manifestação do pensamento, livre concorrência na rede, escolha o usuário e a possibilidade de inovação.**” (grifos nossos). (GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini. Metodologia jurídica político-constitucional e o marco civil da internet: contribuição ao direito digital. In: DEL MASSO, Fabiano; ABRUSIO, Juliana; FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio (coords.). **Marco civil da Internet: Lei 12.965/2014**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 24)

<sup>76</sup> “Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios: **I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal; II - proteção da privacidade** [...]; (grifos nossos)”. (BRASIL Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Brasília, DF: Presidência da República, 2014)

<sup>77</sup> “Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei; III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial; IV - não suspensão da conexão à internet, salvo por débito diretamente decorrente de sua utilização; V - manutenção da qualidade contratada da conexão à internet; VI - informações claras e completas constantes dos contratos de prestação de serviços, com detalhamento sobre o regime de proteção aos registros de conexão e aos registros de acesso a aplicações de internet, bem como sobre práticas de gerenciamento da rede que possam afetar sua qualidade; VII - não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei; VIII - informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que: a) justifiquem sua coleta; b) não sejam vedadas pela legislação; e c) estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet; IX - consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais; X - exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei; XI - publicidade e clareza de eventuais políticas de uso dos provedores de conexão à internet e de aplicações de internet; XII - acessibilidade, consideradas as características físico-motoras, perceptivas, sensoriais, intelectuais e mentais do usuário, nos termos da lei; e XIII - aplicação das normas de proteção e defesa do consumidor nas relações de consumo realizadas na internet.”.(BRASIL Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Brasília, DF: Presidência da República, 2014)

<sup>78</sup> “Art. 8º 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. Parágrafo único. São nulas de pleno direito as cláusulas

Por constituir tema de relevo para esta pesquisa acadêmica, qual seja, a responsabilização civil do provedor de aplicações de internet, merecem atenção em apartado os artigos 18 e 19 do “marco civil da internet” (Lei n. 12.965/2014), dispondo textualmente:

**Art. 18. O provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros.**

**Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.** § 1º A ordem judicial de que trata o caput deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material. § 2º A aplicação do disposto neste 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. § 3º As causas que versem sobre ressarcimento por danos decorrentes de conteúdos disponibilizados na internet relacionados à honra, à reputação ou a direitos de personalidade, bem como sobre a disponibilização desses conteúdos por provedores de aplicações de internet, poderão ser apresentadas perante os juizados especiais. § 4º O juiz, inclusive no procedimento previsto no § 3º, poderá antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, existindo prova inequívoca do fato e considerado o interesse da coletividade na disponibilização do conteúdo na internet, desde que presentes os requisitos de verossimilhança da alegação do autor e de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. (grifos nossos)

Celso Antônio Pacheco Fiorillo comenta sobre a infelicidade do legislador de forma mais ampla, ou seja, relativa a toda a seção III, da Lei 12.965/2014, nos artigos 18 a 21, que tratam da responsabilidade por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. Nesta esteira, “absoluta estranheza em face de sua inclusão com propósitos TOTALMENTE dissociados dos princípios e garantias constitucionais, dos fundamentos, princípios e objetivos, bem como dos direitos e garantias dos usuários previstos na Lei 12.965/2014”<sup>79</sup>.

Neste sentido, afirma o Autor que, se mostra claramente inconstitucional o artigo 18 da Lei 12.965/2014, uma vez que o provedor de conexão à internet, à luz da regra geral da solidariedade (art. 3º, I, CF/88), poderá sim ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. Tem-se, portanto, regime de responsabilidade solidária entre provedor de conexão e terceiros.

---

contratuais que violem o disposto no caput, tais como aquelas que: I- impliquem ofensa à inviolabilidade e ao sigilo das comunicações privadas, pela internet; ou II-em contrato de adesão, não ofereçam como alternativa ao contratante a adoção do foro brasileiro para solução de controvérsias decorrentes de serviços prestados no Brasil [...];” (BRASIL Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Brasília, DF: Presidência da República, 2014)

<sup>79</sup> FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **O marco civil da internet e o meio ambiente digital na sociedade da informação**: comentários à lei n. 12.965/2014. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 107.

Com relação ao artigo 19 e seus parágrafos, da Lei 12.965/2014, Celso Antônio Pacheco Fiorillo afirma se tratar de condicionamentos infraconstitucionais indevidos aos direitos constitucionais do usuário da internet no Brasil. Por conseguinte, defende a aplicação de todas as normas de direito processual constitucional em face das lides quanto ao uso da internet, assim como as normas processuais indicadas pelo código de defesa do consumidor (Lei 8.078/90)<sup>80</sup>.

Por sua vez, Marco Aurélio Florêncio Filho aduz que, o legislador não foi feliz ao editar o artigo 19 da Lei 12.965/2014, criando uma demanda desnecessária para o Poder Judiciário. Neste ponto, esperar do usuário da internet o conhecimento de que uma lei o obrigue a ir à Justiça para retirar uma informação violadora de sua privacidade, malfez princípios relacionados à educação digital, além de se recrudescer a judicialização no País. Ademais, ressalta o Autor que, tal política legislativa fracassa, indo de encontro ao que os tribunais do País já vinham assentando na sua jurisprudência<sup>81</sup>.

De fato, assiste razão a Marco Aurélio Florêncio Filho e a Celso Antônio Pacheco Fiorillo. A tendência no Brasil é tudo se legislar, mesmo quando não se mostra necessário, gerando maiores incertezas do que propriamente segurança jurídica. Ao impor ao usuário a necessária judicialização, o legislador minimiza a regra do *notice and take down*<sup>82</sup>, porquanto

<sup>80</sup> “[...] em face da natureza da internet [...], bem como de seu uso por mais de 105 milhões de pessoas, é particularmente importante a aplicação do conteúdo da Lei n. 8.078/90 em face do uso da internet no Brasil não só em face das disposições protetivas do usuário consumidor como vinculadas à aplicação de sua defesa em juízo com a observância integral do direito processual constitucional, bem como do subsistema processual individual e coletivo indicado a partir do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor”<sup>80</sup>. (FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **O marco civil da internet e o meio ambiente digital na sociedade da informação**: comentários à lei n. 12.965/2014. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 108)

<sup>81</sup> “Trazemos trecho do voto da Min. Nancy Andrighi, que demonstra a necessidade da celeridade na retirada da informação que possa ocasionar dano ao usuário e que não pode esperar, certamente, uma decisão do Judiciário: **‘Com efeito, a velocidade com que os dados circulam no meio virtual torna indispensável que medidas tendentes a coibir informações depreciativas e aviltantes sejam adotadas célere e enfaticamente. Até porque, diante da inexigibilidade – reconhecida pelo próprio STJ – de que o provedor de conteúdo exercer prévio controle e fiscalização do que é postado em seu site, torna-se impossível evitar a difusão de mensagens vexaminosas, que fatalmente cairão no domínio público da web. Essa condição, porém, gera como contrapartida a necessidade dessas mensagens serem sumariamente excluídas, de sorte a potencialmente reduzir a disseminação do insulto, minimizando os nefastos efeitos inerentes a informações dessa natureza. Este, sem dúvida, é o caminho coerente. Conforme ressalvei no julgamento REsp 1.186.616/MG, 3ª T., minha relatoria, DJe de 31.08.2011, tendo por objeto situação análoga à dos autos, ‘se, por um lado, há notória impossibilidade prática de controle, pelo provedor de conteúdo, de toda a informação que transita em seu site; por outro lado, deve ele, ciente da existência de publicação de texto ilícito, removê-los sem delongas’**”. STJ, REsp 1.323.754/RJ, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 28.08.2012, voto da Min. Nancy Andrighi, p. 4 de 6, destaque”. (FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio. Apontamentos sobre a liberdade de expressão e a violação da privacidade no marco civil da internet. In: DEL MASSO, Fabiano; ABRUSIO, Juliana; FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio (coords.). **Marco civil da Internet**: Lei 12.965/2014. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 37-38)

<sup>82</sup> De forma geral, significa “Notice and takedown” que o provedor de serviços não será responsabilizado pela publicação do conteúdo protegido pelos direitos autorais se, uma vez notificado pelo legítimo autor, removê-lo imediatamente. Expressão bastante difundida nos EUA e Europa. Pesquisa: “*Notice and take down is a*



o provedor agora (isto é, após o marco civil da internet, artigo 19) somente será responsabilizado civilmente após decisão judicial específica que imponha a retirada do conteúdo da internet.

Neste contexto, à exceção da possível responsabilidade subsidiária imposta ao provedor de aplicações de internet no artigo 21 da Lei 12.965/2014 (material com nudez ou atos sexuais de caráter privado)<sup>83</sup>, a sua notificação extrajudicial para retirada de conteúdo danoso à privacidade do usuário não lhe atrairá responsabilidade civil pelo ocorrido, mesmo quando possível fazê-lo. Refuta-se tal entendimento, pois aparentemente legal (lógica da subsunção e do silogismo), não se mostra, *a priori*, constitucional (desproporcional)<sup>84</sup>.

Ademais, esta pesquisa se aprofundará em seções posteriores na possível construção teórico-valorativa do direito ao esquecimento no meio ambiente digital, por intermédio do estudo da teoria dos precedentes judiciais (inclusive, internacionais e estrangeiros) e da modernidade líquida. De imediato, defende-se que, mesmo se tratando de conteúdo verdadeiro e legítimo (não se trata de *fake news*), a publicidade dele no ambiente virtual pode não mais interessar ao usuário-consumidor, quando se trate de matéria preponderantemente afeta aos interesses privados em destaque.

---

*process operated by online hosts in response to court orders or allegations that content is illegal. Content is removed by the host following notice. Notice and take down is widely operated in relation to copyright infringement, as well as for libel and other illegal content. In United States and European Union law, notice and takedown is mandated as part of limited liability, or safe harbour, provisions for online hosts (see the Digital Millennium Copyright Act 1998 and the Electronic Commerce Directive 2000). As a condition for limited liability online hosts must expeditiously remove or disable access to content they host when they are notified of the alleged illegality". (NOTICE and take down. **Wikipedia, the free encyclopedia**. 22 nov. 2018)*

<sup>83</sup> “Art. 21. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, **de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado** quando, após o recebimento de 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” (grifos nossos). (BRASIL **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Brasília, DF: Presidência da República, 2014)

<sup>84</sup> “Os julgadores deverão decidir a matéria à luz do princípio da proporcionalidade, pois assim resolverão as questões à luz da Constituição. Essa será a única forma de aplicar uma interpretação válida ao art. 19 do Marco Civil da Internet. Logo, será responsável civilmente o provedor de aplicativo, independentemente do conteúdo veiculado na internet, que notificado, judicialmente ou extrajudicialmente, não retirar o conteúdo da Rede Mundial de Computadores. Isso porque, os danos causados pela retirada da informação serão menores do que a permanência da informação na Internet. Decerto, se não há princípios absolutos na Constituição, deve-se analisar em cada caso concreto a aplicação dos princípios”. (FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio. Apontamentos sobre a liberdade de expressão e a violação da privacidade no marco civil da internet. In: DEL MASSO, Fabiano; ABRUSIO, Juliana; FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio (coords.). **Marco civil da Internet: Lei 12.965/2014**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 38-39)

Outrossim, em *Revista Latinoamericana de Protección de Datos Personales*, Mário Viola et al<sup>85</sup> também defendem a utilização do código de defesa do consumidor e do marco civil da internet para fins de configuração do direito ao esquecimento na internet. Quanto à Lei 12.965/2014, destacam o artigo 7º, inciso X, que, permite ao titular de dados pessoais requeira a eliminação definitiva de seus dados pessoais de uma aplicação na internet, ao fim da relação entre as partes, salvo nos casos em que a retenção é obrigatória.

Com efeito, vislumbra-se claramente que o artigo 7º, X, do marco civil da internet não se trata propriamente do direito ao esquecimento no meio ambiente digital, pelo menos nos moldes já delineados por precedentes judiciais do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE)<sup>86</sup>, conforme será analisado de forma minudente em seções posteriores desta pesquisa. A despeito disto, apesar de não se tratar do reconhecimento legislativo almejado, já se pode extrair do marco civil da internet e do “direito ao apagamento de dados” a possibilidade jurídica de requerimento do usuário para se eliminar em definitivo dados pessoais, algo positivo pois em sentido contrário da recorrente ideia de memória tradicionalmente eternizada no ambiente virtual.

Igualmente, sobre o “direito ao apagamento de dados” do marco civil da internet, Sérgio Branco afirma que se trata de mera relação contratual, com pedido de exclusão de dados ao término da relação entre as partes. Neste ponto, não há de se cogitar danos aos direitos da personalidade do titular, mas, tão somente, ausência de interesse deste nos serviços

---

<sup>85</sup> “Em 2014, o Marco Civil da Internet foi promulgado, estabelecendo uma série de direitos para os usuários da internet no Brasil, entre eles diversos relacionados à proteção de seus dados pessoais. Nele consta também a regra segundo a qual os provedores de aplicação de internet somente serão responsáveis civilmente quando notificados judicialmente para retirar o conteúdo ilegal de suas páginas e assim não o fizeram, sendo exceção a esta regra os casos envolvendo imagens, vídeos e outros materiais contendo nudez ou atos sexuais de natureza privada, quando bastará apenas a notificação feita por participante ou seu representante legal”. (VIOLA, Mario et al. Entre privacidade e liberdade de informação e expressão: existe um direito ao esquecimento no Brasil? *Revista Latinoamericana de Protección de Datos Personales*, Buenos Aires, Número especial sobre derecho al olvido de internet. año II, n. 03, 2016, p. 64)

<sup>86</sup> “Tal previsão, se por um lado pode ser enquadrada geralmente como uma modalidade do direito (ainda sem formulação clara) que se possa identificar como ‘direito ao esquecimento’, não tem virtualmente nada em comum com a modalidade de ‘direito ao esquecimento’ arquitetada pelo TJUE, visto que (i) sua implementação não é sobre a indexação de informação, porém sobre o cancelamento da informação sem si; ao mesmo tempo que (ii) sua aplicação somente é possível quando houver vínculo negocial anterior entre as partes (titular da informação e agente responsável pelo cancelamento da informação), o que exclui praticamente qualquer hipótese em que a informação pessoal tenha sido disponibilizada no exercício de alguma atividade referente à comunicação social. Além disto, o mesmo artigo 7º, em outros incisos exige o consentimento expresso, livre e informado do titular do dado pessoal e proíbe a transferência de seus dados para terceiros sem o seu consentimento. Por fim, também estabelece que os dados pessoais somente podem ser usados para fins (i) que justifiquem a sua coleta; (ii) que não sejam proibidos por lei; e, (iii) que estejam especificados no contrato de serviços ou nos termos de uso da aplicação de internet. Essas previsões, contudo, pressupõem a existência de vínculo negocial entre as partes, o que igualmente não se enquadraria na hipótese decidida pelo TJUE”. (VIOLA, Mario et al. Entre privacidade e liberdade de informação e expressão: existe um direito ao esquecimento no Brasil? *Revista Latinoamericana de Protección de Datos Personales*, Buenos Aires, Número especial sobre derecho al olvido de internet. año II, n. 03, 2016, p. 80-81)

oferecidos pelo site e, por via de consequência, a pretensão de que seus dados sejam excluídos de forma definitiva daquele provedor de conteúdos anteriormente contratado<sup>87</sup>.

Por outro giro, coube ao Decreto nº 8.771, de 11 de maio de 2016, regulamentar a Lei 12.965/2014<sup>88</sup>. Nesta esteira, tal diploma normativo esmiúça importantes tópicos essenciais para esta pesquisa, notadamente sobre: (i) os procedimentos para guarda e proteção de dados por provedores de conexão e de aplicações; (ii) as medidas de transparência na requisição de dados cadastrais pela administração pública; (iii) os parâmetros para fiscalização e apuração de infrações, dentre outros<sup>89</sup>.

Neste sentido, o Decreto estabelece, no artigo 13, §2º, que os provedores de conexão deverão reter a menor quantidade possível de dados pessoais, comunicações privadas e registros de conexão, devendo ser excluídas tão logo atingida a finalidade de seu uso ou encerrado o prazo avençado por obrigação legal. Neste ponto, mostra-se uma tentativa legislativa de conjugar de forma harmoniosa o amplo acesso à rede, mas com respeito à privacidade de dados e informações<sup>90</sup>.

Apesar de as críticas (na maioria adequadas e pertinentes), o marco civil da internet (Lei 12.965/2014) e o seu decreto regulamentador (Decreto 8.771/2016) são praticamente os primeiros passos legislativos quanto aos direitos e garantias dos usuários da internet no Brasil. Neste ponto, considera-se o marco civil da Internet com uma proposta inovadora, na medida em que propõe (pelo menos na sua parte principiológica) uma convivência harmoniosa entre os direitos da personalidade e a liberdade de expressão no ambiente cibernético.

Com efeito, a próxima seção da pesquisa se dirigirá a outro tema fulcral: o fenômeno da constitucionalização do direito civil. De imediato, para fins dos objetivos últimos almejados, quais sejam, a configuração do direito ao esquecimento no ambiente digital, faz-se

---

<sup>87</sup> “Também não pode ser considerado direito ao esquecimento o controle de dados pessoais previsto no art. 7º, X, do Marco Civil da Internet e muito menos a remoção de conteúdo por ordem judicial decorrente dos arts. 19 e 21 da mesma lei”. (BRANCO, Sérgio. **Memória e esquecimento na internet**. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2017, p. 179)

<sup>88</sup> “Regulamenta a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, para tratar das hipóteses admitidas de discriminação de pacotes de dados na internet e de degradação de tráfego, indicar procedimentos para guarda e proteção de dados por provedores de conexão e de aplicações, apontar medidas de transparência na requisição de dados cadastrais pela administração pública e estabelecer parâmetros para fiscalização e apuração de infrações”. (BRASIL. **Decreto nº 8.771, de 11 de maio de 2016**. Brasília: Presidência da República, 2016)

<sup>89</sup> MARINELI, Marcelo Romão. **Privacidade e rede sociais virtuais**: sob a égide da Lei nº 12.965/2004 – Marco civil da internet. 1. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017, p. 26-32.

<sup>90</sup> “Art. 13. Os provedores de conexão e de aplicações devem, na guarda, armazenamento e tratamento de dados pessoais e comunicações privadas, observar as seguintes diretrizes sobre padrões de segurança: [...] § 2º Tendo em vista o disposto nos incisos VII a X do caput do art. 7º da Lei nº 12.965, de 2014, os provedores de conexão e aplicações devem reter a menor quantidade possível de dados pessoais, comunicações privadas e registros de conexão e acesso a aplicações, os quais deverão ser excluídos: I - tão logo atingida a finalidade de seu uso; ou II - se encerrado o prazo determinado por obrigação legal.” (BRASIL. **Decreto nº 8.771, de 11 de maio de 2016**. Brasília: Presidência da República, 2016)

necessário o estudo dos direitos da personalidade e a liberdade de expressão à luz da constituição federal de 1988.

### **3 DO FENÔMENO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL: OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

O presente capítulo perquirirá a temática da constitucionalização do direito, mais precisamente do direito civil, por interesse desta tese quanto à conjugação harmoniosa entre direitos da personalidade e liberdade de expressão. De fato, poder-se-ia falar em redundância ou em pleonasma sobre a expressão “constitucionalização do direito”, pelo menos do ponto de vista do positivismo-normativo e da estrutura hierarquizada das normas jurídicas.

Adverte-se, entretanto, que a expressão “constitucionalização do direito” ora defendida se trata de um reforço ao seu aspecto material (e não ao seu aspecto formal). Em outras palavras, com a chegada da constituição federal de 1988, a sua argamassa principiológica e valorativa irradia-se para todas as searas do direito, não se podendo mais delimitar com precisão cirúrgica os limites do Direito Público e do Direito Privado. De fato, comunicam-se intensamente, conforme se verificará nas próximas seções.

#### **3.1 A constitucionalização do direito civil: novos parâmetros axiológicos e epistemológicos**

O fracasso das fórmulas político-jurídicas totalitárias do século XX, a propagação mundial dos regimes democráticos, a força normativa dos direitos e garantias fundamentais, a crise do direito natural e do positivismo jurídico (exegético e normativo), enfim, são vários e importantes aspectos que direcionam a pós-modernidade (ou modernidade líquida) na busca de novos parâmetros axiológicos. De fato, a ideia de Estado Constitucional<sup>91</sup> e seus

---

<sup>91</sup> “O surgimento do Estado Constitucional viu-se rodeado por uma ampla gama de significados decorrentes das ideias e valores por trás do constitucionalismo moderno-iluminista. Afinal, o Estado Constitucional e as normas que o estruturam também assumem uma nítida conotação histórico-cultural. Seu conteúdo vincula-se a todos os elementos normativos, sociais e políticos que marcaram a edificação da democracia contemporânea. No caso, trata-se praticamente dos mesmos fatores – acontecimentos histórico-sociais, progressos teóricos, incremento do instrumental normativo etc. – que contribuíram para que os postulados democráticos fossem incorporados à Constituição. Não se pode negar a relativa identificação entre a democracia moderna e o Estado Constitucional. Mas essa constatação histórica não se manifesta apenas no plano sociopolítico. O Estado Constitucional contemporâneo também foi antecedido pela longa tradição do Direito Natural, pelo racionalismo que inspirou as declarações de direitos, pelo pensamento iluminista vinculado aos ciclos revolucionários (constitucionalismo clássico) dos séculos XVII e XVIII, sem falar na ligação que, em certa altura, no auge do liberalismo político, ele manteve com a diferenciação entre Estado e sociedade. O atual Estado Constitucional foi influenciado, ainda, pelo utilitarismo, pelo pensamento de Marx e dos conservadores católicos, pelo discurso emancipador dos direitos sociais, culminando, após a segunda metade do século XX, com a presente fase de valorização dos direitos fundamentais e busca da força normativa da Constituição (e da sua faceta política). De um modo geral, vale a pena repetir, o ciclo evolutivo do Estado Constitucional coincide com o desenvolvimento da democracia moderna”. (ALMEIDA FILHO,

respectivos ordenamentos jurídicos necessitam se alimentar de novos valores ou referências materiais que ultrapassem simplesmente as imposições de natureza formal ou subsuntiva.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 ergue a fórmula política do Estado Democrático de Direito sob a égide do princípio da dignidade da pessoa humana<sup>92</sup>. Antonio Enrique Pérez Luño<sup>93</sup> adverte, entretanto, que não se trata necessariamente de um Estado substitutivo, alternativo ou evolutivo da ideia de Estado Social. Refuta o Autor, portanto, qualquer interpretação fragmentada ou programática dos princípios democráticos e sociais com a noção de Estado de Direito.

Nesta esteira, diversos direitos e garantias fundamentais foram asseguradas ao cidadão de acordo com o novel espírito constitucional ético-valorativo. Nesta pesquisa acadêmica, destacam-se os chamados direitos da personalidade<sup>94</sup> – como, p. ex., os direitos à

Agassiz. Constituição e vontade popular: elementos para a compreensão do princípio democrático. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; MELGARÉ, Plínio (orgs.). **Dignidade da Pessoa Humana**. Fundamentos e critérios interpretativos. São Paulo: Editora Malheiros, 2010, p. 263-264)

<sup>92</sup> “A concepção que se propõe para a importância da expressão dignidade da pessoa humana, sobretudo na pós-modernidade, passa por uma compreensão não-unilateral das culturas, e muito menos centrada-ocidental das culturas, mas pela visão de que a afirmação da dignidade da pessoa humana, em territórios com amplas distinções culturais regionais, como é o caso do Brasil, ou mesmo, projetando-se para fora do território do Estado, para se alcançar o plano das relações entre os povos, passa por um profundo respeito da diferença, bem como pela afirmação da multiculturalidade e da relatividade das concepções de dignidade, como forma mesmo de se realizarem valores com preocupações isomórficas. Só há dignidade, portanto, quando a própria condição humana é entendida, compreendida e respeitada, em suas diversas dimensões, o que impõe, necessariamente, a expansão da consciência ética como prática diuturna de respeito à pessoa humana. Trata-se de um ideal, e como todo ideal, um objetivo antevisto a ser atingido, mas nem por isso um ideal utópico, porque se encontra na estrita dependência dos próprios seres humanos, podendo-se consagrar como sendo um valor a ser perseguido e almejado, simplesmente porque (parodiando Nietzsche), se trata de algo ‘humano, demasiado humano’”. (BITTAR, Eduardo C. B. Hermenêutica e constituição: a dignidade da pessoa humana como legado à pós-modernidade. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; MELGARÉ, Plínio (orgs.). **Dignidade da Pessoa Humana**. Fundamentos e critérios interpretativos. São Paulo: Editora Malheiros, 2010, p. 263-264)

<sup>93</sup> “*Ahora bien, estas posturas teóricas no postulaban la conformación de un Estado democrático de Derecho como alternativa al Estado social, sino que, como se ha expuesto, insistían en la íntima y necesaria conexión de los principios democrático y social con el Estado de Derecho, frente a las interpretaciones conservadoras que impugnaban la posibilidad de su complementariedad y abogaban por una interpretación fragmentaria y programática de tales principios. [...] Ahora bien, junto a los méritos reseñados, la tesis de Elías Díaz ha sido el germen de algunas actitudes equívocas, en relación con el significado y alcance del Estado de Derecho. Su planteamiento ha supuesto, en primer término, una infravaloración global del Estado social de Derecho que ha soslayado los intentos teóricos y prácticos dirigidos a su interpretación y funcionalización abiertamente democrática y progresista que desde su génesis (piénsese en la obra de Heller) hasta la actualidad han jalonado determinadas tendencias de su evolución. Ello conduce: bien a negar la autenticidad democratizadora de dicha tendencia, bien a identificarla, en mi opinión de forma arbitraria, con la fórmula del Estado democrático de Derecho; ya que como se ha expuesto la corriente hermenéutica progresista nunca ha pretendido forjar una realidad distinta o alternativa del Estado social, sino potenciar, hasta sus últimas consecuencias, su virtualidad democrática. De ahí que el eminente carácter preceptivo o deontológico del modelo de Elías Díaz, plenamente defendible en plano teórico, pueda suscitar graves equívocos cuando se proyecta sobre realidades políticas. En otros términos, se corre el riesgo de hipostasiar como un dato de la experiencia política lo que constituye una fórmula ideal del <deber ser>”.* (PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, Estado de Derecho y constitución**. 10. ed. Madrid: Tecnos, 2010, p. 235-237)

<sup>94</sup> “Os direitos da personalidade são objeto de controvérsias as mais variadas. A primeira delas está na polémica sobre sua impossibilidade conceitual, dado que não seria admissível haver direitos a recair sobre o centro de

intimidade, à privacidade, à imagem e à honra, dentre outros – assim como as liberdades de expressão, de informação e de pensamento, expressamente delineadas nos artigos 5º, incisos IV, V, IX, X, XIV (direitos individuais e coletivos) c/c artigos 220 e 221 (comunicação social) da Constituição Federal de 1988<sup>95</sup>.

Desta forma, a nova ordem constitucional instaurada foi pródiga em direitos, garantias e liberdades fundamentais, consolidando a supremacia formal e, sobretudo, material das suas normas jurídicas frente a todo o ordenamento jurídico infraconstitucional. Neste

---

imputações jurídicas de um ser, a personalidade. Há problema da nomenclatura, pois se alude a *direitos da personalidade*, como é uso no Brasil, ou a *direitos de personalidade*, como se tem empregado em Portugal. Diverge-se sobre a adequação teórica dos termos *direito geral da personalidade* ou *tutela geral da personalidade*. Há polêmica sobre existirem – ou serem úteis – os *direitos da personalidade* em espécie. No último caso, ter-se-ia de resolver a questão de se tratar de um rol taxativo ou meramente exemplificativo de direitos da personalidade. Põe-se em causa, ainda, a qualificação desses direitos como fundamentais e, nessa hipótese, se haveria superposição de regimes jurídicos de Direito Privado ou de Direito Público ou sua absorção pura e simples pelo Direito Constitucional. A titularidade desses direitos por pessoas coletivas é outro ponto de significativa divergência. Seriam apenas as pessoas de existência real as detentoras dessas prerrogativas? Pode-se também destacar o problema da utilidade de se enunciar as ‘características’ dos direitos da personalidade. Com tantas exceções e casos particulares, é possível dizer que esses direitos são imprescritíveis e intransmissíveis, por exemplo? Todos esses problemas são reveladores da fecundidade teórica do tema escolhido como objeto deste livro. Essa perspectiva é corroborada por outros elementos como a riquíssima produção bibliográfica sobre direitos da personalidade no início do século XXI”. (MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato. Principais problemas dos direitos da personalidade e estado-da-arte da matéria no direito comparado. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (orgs.). **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 01-02)

<sup>95</sup> “Art. 5º [...] 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; [...] IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...] XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional. [...]”

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. § 1º 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. 5º, IV, V, X, XIII e XIV. § 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística. § 3º Compete à lei federal: I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada; II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente. § 4º A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso. § 5º Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio. § 6º A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade.

Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios: I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas; II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação; III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei; IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família”. (BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Assembleia Nacional Constituinte, 1988)

ponto, considera-se importante falar em constitucionalização do direito civil<sup>96</sup>, na medida em que se evidencia o novo parâmetro axiológico constitucional a ser impresso ao principal ramo do direito privado.

De giro contrário, Otávio Luís Rodrigues Junior<sup>97</sup> apresenta visão extremamente crítica sobre a constitucionalização do direito civil, afirmando estar-se longe de um conceito consensual. Em seguida, afirma que tal fenômeno carece de um conteúdo objetivo (e objetivável), não se encontrando um conceito operacional de forma clara e científica. A fluidez semântica é comparada à tática de guerrilha, isto é, nunca se sabe onde está, o que é, suas dimensões e seus efetivos. Pode estar em todo os lugares ou em lugar algum.

Na verdade, o tema da constitucionalização do direito civil se apresenta para Otávio Luís Rodrigues Junior dentro de uma conjuntura maior, qual seja, a crise da autonomia epistemológica do Direito Civil contemporâneo no Brasil. Neste sentido, três indagações nucleares são subjacentes para eventual superação ou mitigação desta situação crítica: (a) se permanece válida e operacional a dicotomia Direito Público-Direito Privado; (b) qual o conceito e o sentido da constitucionalização do Direito Civil; e, por último, (c) como e em que medida as relações privadas se vinculam aos direitos fundamentais<sup>98</sup>.

Em linhas gerais, defende o Autor a manutenção da autonomia e da diferenciação sistêmica do direito privado, observando os fundamentos históricos, romanísticos, teóricos e normativos para subsidiar essa diferenciação. Ademais, pretende superar os argumentos do

---

<sup>96</sup> Uma das professoras precursoras sobre o tema no Brasil, Maria Celina Bodin de Moraes, assevera em prefácio: “Pouco antes da promulgação da Constituição cidadã, retornei ao Brasil após um período realizando meu doutoramento na Escola de Direito Civil de Camerino, uma pequenina cidade universitária nos Apeninos italianos. Lá tivera a oportunidade de ser apresentada à metodologia da ‘constitucionalização do direito civil’, então ainda em gestação. Sob a influência do diretor da escola, Professor Pietro Perlingieri, e de tantos outros com quem tive a fortuna de aprender – Francesco Prosperi, Vito Rizzo, Francesco Ruscello e, tempos depois, Stefano Rodotà -, vim a conhecer o esforço da nossa doutrina em lidar com as agruras de um direito civil patrimonialista e individualista imerso em um cenário político de incipiente e frágil redemocratização. Trazendo na bagagem essas ideias novas, dediquei-me a difundir-las por aqui, pois prometiam ser muito fecundas no similar contexto brasileiro. [...] Cabia à doutrina e à jurisprudência levar esses novos ares aos vetustos institutos de direito civil, de modo a desfazer o pensamento que tradicionalmente orientava a maior parte dos civilistas”. (MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2016, prefácio).

<sup>97</sup> “Como estratégia de combate, é um excelente modo de se fomentar o desenvolvimento de um conceito, até porque inviabiliza qualquer crítica sistemática ou tentativa de controle. Para quem decide e não tem grandes preocupações com os custos argumentativos ou a prestação de contas democráticas, é um ótimo meio de justificar escolhas aleatórias e jogar com a constitucionalização e seu enorme acervo de princípios e direitos fundamentais para se liberar de qualquer conformação racional dos atos decisórios. Não se sabe se isso é possível, até por não se ter alcançado tal nível de desenvolvimento na maior parte do mundo, mas seria fundamental que a constitucionalização deixasse de servir como um *conceito de guerrilha* e se tornasse um *conceito de combate convencional*. Essa seria a única forma de se poder discutir cientificamente um tema [...]”. (RODRIGUES JR, Otávio Luiz. **Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019, p. 230-231).

<sup>98</sup> RODRIGUES JR, Otávio Luiz. **Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019, p. 19.



século XX (publicização, socialização e constitucionalização) que defendiam a ausência dicotômica entre direito público e direito privado pela ampliação dos espaços *jusprivatísticos* e surgimento de novos direitos<sup>99</sup>.

Quanto ao conceito da constitucionalização do direito civil, embora afirme Otávio Luís Rodrigues Junior ser impossível negar este fenômeno em pleno século XXI, delimita alguns possíveis sentidos para tal expressão: (1) a constitucionalização por elevação de normas ordinárias ao texto constitucional; (2) a constitucionalização por reforma legislativa; (3) a constitucionalização por juridicização das normas constitucionais; (4) a constitucionalização por transformação das instituições e dos direitos ou por irradiação do direitos constitucional; (5) a constitucionalização em sentido jurídico-político (constitucionalização e reconstitucionalização) e a constitucionalização em sentido jurídico-sociológico (constitucionalização simbólica)<sup>100</sup>.

Por conseguinte, quanto às relações privadas e os direitos fundamentais, refuta Otávio Luís Rodrigues Junior a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais em face das relações privadas, isto é, sem a necessidade da intermediação legislativa (ainda que esta não seja negada) e a vinculação à dignidade humana. Nesta esteira, o Autor defende o papel do direito ordinário (direito civil) de “decodificador” da norma constitucional, revelando-lhe o melhor sentido em face da supervivência da autonomia sistêmica e epistêmica do Direito

---

<sup>99</sup> “Há aqui um problema de quitação de custos argumentativos: afirmar que não existem mais limites divisórios entre o Direito Público e o Direito Privado é defender sobretudo uma tese positivista. Não apenas isso, é apoiar um dos postulados centrais da teoria que é uma das mais criticadas na doutrina civilista contemporânea. Manifesta-se, contudo, algo mais do que uma preocupação com a coerência, o que já seria o suficiente para inspirar preocupações. Interessa ao objeto desta tese o fato de que a rendição da fortaleza na qual se aloja a célebre dicotomia, como Kelsen expressamente declarou, implicará aceitar o postulado de que haveria uma única Teoria Geral do Direito e conceitos jurídicos básicos uniformes, que são comuns a todas as áreas do Direito e para todas elas construídas, debaixo dos mesmos princípios metodológicos. Para a tese aqui defendida, há espaços distintos reservados ao Direito Privado e ao Direito Público, com princípios, metodologia e conceitos jurídicos próprios, os quais, embora possam eventualmente se comunicar, interpenetrar e confundir, guardam sua autonomia e sua filiação a um sistema autônomo, o que implica o reconhecimento de um estatuto epistemológico para o Direito Privado”. (RODRIGUES JR, Otávio Luiz. **Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019, p. 38-39)

<sup>100</sup> “A constitucionalização do Direito Civil não é um tema clássico. Remonta à segunda metade do século XX e foi incorporada como objeto epistemológico do Direito Constitucional. No Brasil, ela assumiu uma feição particular, dado que se tornou um objeto predominantemente civilista. A tese aqui defendida consiste em oferecer uma delimitação semântica sobre a constitucionalização do Direito Civil, por meio de critérios de exclusão e de delimitação. Pelos critérios de exclusão, eliminam-se acepções que correspondem a fenômenos, procedimentos e modos de interpretação do Direito Civil em conformidade ao texto constitucional, por serem óbvios, triviais ou elementares, insusceptíveis de conformarem um novo conceito ou um conceito autônomo de constitucionalização”. (RODRIGUES JR, Otávio Luiz. **Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019, p. 22)

Privado. Em outras palavras, defende a filtragem<sup>101</sup> dos direitos fundamentais pelo direito civil e o modelo fraco de eficácia indireta como respostas mais adequadas às características da sociedade brasileira<sup>102</sup>.

Em que pesem os brilhantes argumentos de Otávio Luís Rodrigues Junior, verifica-se que, no afã de assegurar (ou resgatar) a completa autonomia e identidade epistemológicas do Direito Civil, acaba por colocar em segundo plano a teoria dos direitos fundamentais. A centralidade do universo jurídico girando em torno da ideia do homem como um fim em si mesmo, típico do modelo de Kant, revolucionou a dinâmica social sob o aspecto protetivo da jusfundamentalidade das Cartas Constitucionais contemporâneas.

No que diz respeito à autonomia e à identidade epistemológicas propostas por Otávio Luís Rodrigues Junior ao Direito Civil (e ao Direito Privado), reconhece-se inicialmente a importante contribuição do estudo epistemológico (ou da teoria do conhecimento) ao Direito, notabilizando o seu papel na compreensão da ciência jurídica. Ademais, conforme destaca Hugo de Brito Machado Segundo<sup>103</sup>, também merece destaque a sua relevância ao estudo da cognição humana: no campo hermenêutico; na atribuição de sentido aos textos normativos; no plano probatório para detecção dos fatos necessários de incidência de normas; e, no âmbito axiológico, quanto aos valores subjacentes às normas.

Com efeito, Boaventura de Sousa Santos destaca a relação entre a epistemologia e a ciência, afirmando com propriedade que, a reflexão epistemológica é muito mais avançada e sofisticada do que a prática científica. Neste sentido,

Duvidamos suficientemente do passado para imaginarmos o futuro, mas vivemos demasiadamente o presente para podermos realizar nele o futuro. Estamos divididos, fragmentados. Sabemo-nos o caminho, mas não exatamente onde estamos na jornada[...]. A condição epistemológica da ciência repercute-se na condição

---

<sup>101</sup> “É indispensável a filtragem dos direitos fundamentais pelo Direito Civil. Esse é um dos postulados da doutrina da eficácia indireta. Esse postulado é defensável por argumentos de variegada ordem, ao exemplo destes: (a) preservação do espaço democrático e respeito à separação dos poderes; (b) previsibilidade do Direito; (c) restrição à transferência total do nível decisório da autonomia privada para o âmbito judicial. Este último argumento tem clara conexão com a natureza tendencialmente aberta do conteúdo normativo dos direitos fundamentais [...]. (RODRIGUES JR, Otávio Luiz. **Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019, p. 324)

<sup>102</sup> “Esse modelo tem a vantagem de reconhecer a autonomia do Direito Privado e de evitar o principal problema advindo do recurso direto aos direitos fundamentais, ao menos na forma como se tem levado a efeito no Brasil, que é sua utilização como cavalos de Troia para permitir o emprego de fatores de correção externos. Tais fatores ganham a forma envolvente de um direito fundamental, mas seu conteúdo é preenchido antidemocraticamente por meio de pautas solipsistas de intérpretes que, em muitos casos, não prestam contas de suas decisões”. (RODRIGUES JR, Otávio Luiz. **Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019, p. 338)

<sup>103</sup> MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Epistemologia falibilista e teoria do direito. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, ano 3, n. 1, 197-260, 2014.

existencial dos cientistas. Afinal, se todo o conhecimento é autoconhecimento, também todo o desconhecimento é autodesconhecimento<sup>104</sup>.

Neste contexto, Karl Popper expõe a necessidade de investigação de dois problemas fundamentais que estariam na base das questões clássicas e modernas acerca da teoria do conhecimento, quais sejam: o problema da indução (Hume) e o da demarcação (Kant). Nesta esteira, as duas questões poderiam ser sintetizadas: (1) Pode-se saber mais do que se sabe? e (2) Quando uma ciência não é uma ciência?<sup>105</sup>

Quanto ao problema da indução, Karl Popper designa “a questão da validade ou da justificação das proposições universais das ciências empíricas. Dito de outro modo: enunciados factuais, que se baseiam na experiência, podem ser válidos universalmente?”<sup>106</sup> Neste ponto, as reflexões do Autor levam em consideração as limitações do homem-observador e que, apesar disto, pretende formular proposições válidas para um número ilimitado de eventos.

No que concerne ao problema da demarcação, ou seja, sobre os limites do conhecimento científico, Popper indaga: “como se pode, em caso de dúvida, decidir se temos diante de nós uma proposição científica ou apenas uma afirmação metafísica?”<sup>107</sup> Assim, o Autor propõe reflexões acerca da rejeição ou não da metafísica, bem como a possibilidade de se distingui-la com exatidão da ciência empírica.

Em outras palavras, permitir-se a existência de um direito civil-constitucional; de um olhar mais aguçado da proteção jurídica do patrimônio em direção da proteção jurídica à pessoa humana; do adequado intercâmbio entre princípios do direito público e do direito privado; enfim, tudo isso não diminui epistemologicamente o Direito Civil. Pelo contrário. Torna-o mais vivo, revigorado, apto aos novos desafios da modernidade líquida, da sociedade em rede. Nas palavras de Stefano Rodotà, ao analisar a evolução do direito contemporâneo, observou que, assim como a ética salvou a filosofia, a tecnologia poderá salvar o direito civil<sup>108</sup>.

<sup>104</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 7. ed. Porto: Edições Afrontamento, 1995, p. 36; p. 58.

<sup>105</sup> POPPER, Karl Raimund. **Os dois problemas fundamentais da teoria do conhecimento**. Tradução Antônio Lanni Segatto. 1. ed. São Paulo: Editora Unesp. 2013.

<sup>106</sup> POPPER, Karl Raimund. **Os dois problemas fundamentais da teoria do conhecimento**. Tradução Antônio Lanni Segatto. 1. ed. São Paulo: Editora Unesp. 2013, p. 3.

<sup>107</sup> POPPER, Karl Raimund. **Os dois problemas fundamentais da teoria do conhecimento**. Tradução Antônio Lanni Segatto. 1. ed. São Paulo: Editora Unesp. 2013, p. 4.

<sup>108</sup> **“Pergunta do entrevistador a Stefano Rodotà:** A verdade é que a civilística tem sua maioria ainda muito conservadora. O senhor fez uma provocação no Congresso de Messina concluindo sua conferência dizendo que “o direito é muito importante para ser deixado apenas nas mãos dos juristas”. Segundo o senhor, que tem um papel político importante e sempre foi um professor de direito civil, como procurar propor a renovação

Outrossim, também não se desconhecem os inequívocos argumentos de Otávio Luiz Rodrigues Junior quanto aos fatores externos de correção e a utilização do recurso aos direitos fundamentais como “cavalos de Troia”, isto é, como subterfúgios para o voluntarismo judicial (ideológico). De fato, o preenchimento do conteúdo destes direitos, por vezes, pode ocorrer de forma antidemocrática, demasiadamente ativista e por meio de interpretações solipsistas.

Afirma-se, entretanto, que o remédio para a discricionariedade judicial não se encontra necessariamente em reconhecer a autonomia absoluta do Direito Privado e desconectá-lo por completo dos paradigmas oferecidos pelo Direito Público. Dito de outra forma, o estudo da teoria dos precedentes judiciais nas seções posteriores poderá indicar outras saídas compatíveis com o constitucionalismo contemporâneo, como, p. ex., a busca de precedentes judiciais uniformes, coerentes e íntegros, de acordo com o referencial teórico do direito enquanto integridade de Ronald Dworkin<sup>109</sup>.

Adiante, Gustavo Tepedino ressalta que, há o compromisso metodológico da doutrina, da jurisprudência, e dos demais operadores do direito com a agenda de destaque relativa à incorporação dos valores constitucionais à dogmática do Direito Civil. Neste ponto,

---

através do direito civil? Ainda é possível à cátedra de direito civil influir na renovação social? **Resposta (de Stefano Rodotà):** Eu acredito que sim e o digo não só porque permaneço afeiçoado ao meu papel e à minha etiqueta de professor de direito civil. Digo isto por convicção, porque sobretudo quando eu estava no Parlamento, naqueles anos eu ocupei, escrevi muito, também de matérias que são de direito público, direito constitucional, e eu vinha definido nos jornais como “constitucionalista”. E de vez em quando um dos meus colegas constitucionalistas dizia: “Mas você é um constitucionalista abusivo”. Eu replicava dizendo: “Eu posso me tornar um constitucionalista abusivo, mas vocês não podem se tornar jamais civilistas abusivos”. Porque o direito civil é ainda, na tradição dos nossos países, um lugar onde se é obrigado, por tradição, por história, a utilizar categorias fundadoras próprias da pesquisa jurídica. Eu trabalhei muito para procurar inovar as categorias civilísticas tradicionais através de forte referência, por exemplo, à Constituição. Logo, não vejo uma exclusividade dos instrumentos jurídicos, mas encontro os civilistas ligados a este tipo de trabalho. Por exemplo, a realidade ajudou os civilistas, porque parecia que o direito civil fosse em um certo momento destinado a ser um direito residual. De um lado havia o direito constitucional, que tinha atraído para a Constituição de Weimar os conceitos fundamentais: Propriedade, contrato, família, os grandes princípios passaram a estar presentes na Constituição. De outro lado, havia o direito comercial, isto é, a realidade, a mudança de atenção do instituto da propriedade, instituto clássico de direito civil, da empresa, o instituto clássico do direito comercial. **Entretanto, o que aconteceu? Como se diz que a ética salvou a filosofia, assim a tecnologia salvou o direito civil. Se eu fosse fazer um gracejo, seria esse. Porque a tecnologia obrigou os civilistas, aliás, obrigou toda a sociedade, a dar-se conta que havia uma série de novas exigências de regulação, que se referiam de fato à vida de todos: individuais, relações interpessoais e relações coletivas, e que necessitavam de um outro tipo de disciplina jurídica.**” (grifos nossos). (DONEDA, Danilo, Entrevista com Stefano Rodotà. **Portal Danilo Doneda:** Lawyer, Law Professor, Privacy expert, 23 jun. 2017)

<sup>109</sup> “**Uma visão de conjunto.** [...] O direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Insiste em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento. Assim, o direito como integridade rejeita, por considerar inútil, a questão de se os juízes descobrem ou inventam o direito; sugere que só entendemos o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas”. (DWORKIN, Ronald. **O império do Direito.** Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007)

compreende-se o Direito como sistema aberto, em contínua transformação, a traduzir a identidade cultural da sociedade<sup>110</sup>.

Com efeito, ressalta o Autor<sup>111</sup> como injustificadas as críticas ao direito civil-constitucional: quer seja por apego à tradição das codificações; quer seja por nostalgia às referências históricas (romanas); quer seja por aposta ideológica do Código Civil enquanto anteparo protetivo em face da ingerência estatal nos espaços privados; quer seja pelo perigo de hipertrofia constitucional ou da colonização do Direito Privado pelo Direito Constitucional, com risco à banalização dos princípios constitucionais.

Neste contexto, Gustavo Tepedino descarta a hipertrofia do Direito Constitucional, defendendo a ampliação do campo de atuação do Direito Civil a partir dos valores constitucionais. Por outro lado, a alteração da técnica constitucional (ascensão do Direito Público) e a centralidade hermenêutica da Constituição não significam superioridade dogmática ou epistemológica do Direito Constitucional sobre o Direito Privado. O que há, de fato, um contínuo processo de reunificação do sistema jurídico, valorizando a pessoa humana, suas relações patrimoniais e existenciais, enaltecendo a importância do (renovado) Direito Civil na vida contemporânea<sup>112</sup>.

---

<sup>110</sup> “A dignidade da pessoa humana constitui princípio remodelador das estruturas e da dogmática do Direito Civil brasileiro. Promove a funcionalização das situações jurídicas patrimoniais às existenciais, realizando assim processo de inclusão social, com a ascensão à realidade normativa de interesses coletivos, direitos da personalidade e renovadas situações jurídicas existenciais, desprovidas de titularidades patrimoniais, independentemente destas ou mesmo em detrimento destas. Se o Direito é realidade cultural, o que parece hoje foram de dúvida, é a pessoa humana, na experiência brasileira, que se encontra no ápice do ordenamento, devendo a ela se submeter o legislador ordinário, o intérprete e o magistrado”. (TEPEDINO, Gustavo. O papel atual da doutrina do direito civil entre o sujeito e a pessoa. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coords). **O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 17)

<sup>111</sup> TEPEDINO, Gustavo. O papel atual da doutrina do direito civil entre o sujeito e a pessoa. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coords). **O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 23.

<sup>112</sup> “A complexidade do ordenamento, em última análise, não decorre apenas de sua gênese – análise estrutural entre Direito interno e externo e distinção cronológica e hierárquica da produção normativa – mas da tensão dialética representada por sua inserção na realidade social. A experiência vivida forja a norma, e a cultura – como complexo de experiências econômica, religiosa, política, tecnológica – condiciona internamente o sistema jurídico e, conseqüentemente, a teoria da interpretação, que assume necessariamente feição procedimental e dinâmica na formulação, pelo magistrado, da norma interpretada, ou do ordenamento do caso concreto, promulgado em cada sentença. Não é suficiente, portanto, identificar as categorias do Direito Privado previstas pelo Texto Constitucional ou registrar, historicamente, a progressiva normatização dos espaços privados pelo Direito Público, que tem início no século XVIII e se intensifica com as Constituições da Europa continental posteriores à Segunda Guerra Mundial e, no Brasil, com a Constituição de 1946. O registro histórico, posto relevante para a compreensão do tempo presente, não se confunde com o esforço metodológico dos últimos 30 anos, na esteira do movimento chamado de pós-positivista, que coincide com a abertura do sistema jurídico a valores e vetores extrapositivados”. (TEPEDINO, Gustavo. O papel atual da doutrina do direito civil entre o sujeito e a pessoa. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coords). **O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 22)

Por sua vez, Maria Celina Bodin de Moraes<sup>113</sup> afirma que, o Direito Civil – enquanto ramo do direito regulador da vida do homem comum – necessita ser fundamentalmente desconstruído como um direito que rege apenas bens patrimoniais. Neste ponto, a reconstrução do direito civil perpassa pela revisitação de seus institutos à luz da personalização, da dignificação e da solidariedade, na medida da pessoa humana.

Desta forma, tal metodologia científica do direito civil-constitucional implica necessariamente em reconhecer o protagonismo da Constituição não somente no centro do universo jurídico, mas, principalmente, na centralidade do direito privado. Surgem, então, características diferentes (e opostas) àquelas existentes no direito civil tradicional, tais como: prevalência das situações não-patrimoniais protegidas primordialmente pelo constituinte; reconhecimento da historicidade das regras jurídicas; valorização da função dos institutos jurídicos, dentre outros<sup>114</sup>.

Por outro lado, apesar de os direitos fundamentais (p.ex., direitos da personalidade) nunca estiveram tão protegidos, a constitucionalização do direito também possui seus ônus no constitucionalismo contemporâneo. Assim, a despatrimonialização do direito civil, priorizando-se as situações jurídicas existenciais frente as patrimoniais, e a difusão da técnica de aplicação direta e imediata dos princípios constitucionais às relações jurídicas privadas impõem novas problemáticas complexas<sup>115</sup>.

---

<sup>113</sup> “Albert Einstein foi o primeiro a identificar a relatividade de todas as coisas: do movimento, da distância, da massa, do espaço, do tempo. Mas ele tinha em mente um valor geral e absoluto, em relação ao qual valorava a relatividade: a constância no vácuo velocidade da luz. Seria o caso, creio eu, de usar esta analogia, a da relatividade das coisas e a do valor absoluto da velocidade da luz, para expressar que também no direito, hoje, tudo se tornou relativo, ou ponderável, sim, mas em relação ao único valor capaz de dar harmonia, equilíbrio e proporção ao ordenamento jurídico: o princípio da dignidade da pessoa humana”. (MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2016, p. 120)

<sup>114</sup> “Correta parece, então, a elaboração hermenêutica que entende ultrapassada a *summa divisio* e reclama a incidência dos valores constitucionais na norma civilística, operando – em razão da prioridade atribuída, pela Constituição, à pessoa humana, sua dignidade, sua personalidade e seu livre desenvolvimento – uma espécie de ‘despatrimonialização’ do direito privado. Daí decorre a urgente obra de controle de validade dos conceitos jurídicos tradicionais, especialmente os do direito civil, à luz da consideração metodológica que entende dever toda norma do ordenamento ser interpretada conforme os princípios da Constituição Federal. A normativa fundamental, desse modo, passa a ser a justificação direta de cada norma ordinária que com aquela se deve harmonizar. Negar tal atitude hermenêutica significaria admitir um ordenamento assistemático, inorgânico e fragmentado, no qual cada núcleo legislativo responderia a um tecido axiológico próprio, desprovido de unidade normativa, traduzindo-se, assim, em manifesto desrespeito ao princípio da legalidade constitucional”. (MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2016, p. 11-12)

<sup>115</sup> “Algumas respostas surgiram muito rapidamente; outras provavelmente demorarão a amadurecer. Assim, por exemplo, é duvidoso que o princípio jurídico que sempre ocupou lugar de destaque no ordenamento jurídico brasileiro, o da proibição do enriquecimento sem causa (essencialmente patrimonial), tenha já cedido sua posição ao princípio da valorização da dignidade da pessoa humana”. (MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2016, prefácio)

Neste sentido, a superação do formalismo e da preponderante subsunção (das normas do Código Civil) pela perspectiva mais flexível, principiológica e da preponderante ponderação (das normas da Constituição Federal) não podem servir de pretextos para juízes e tribunais darem vazão às suas opiniões pessoais, sem outras motivações substanciais. Trata-se do voluntarismo ou da discricionariedade dos juízes e tribunais, conformando metaforicamente a *justiça Robin Hood*, a *justiça King John* ou a promoção de uma *subversão paroquial da justiça*<sup>116</sup>.

Com efeito, a temática da discricionariedade judicial será novamente perquirida nas seções posteriores desta pesquisa, principalmente em face do desenvolvimento da teoria dos precedentes judiciais e dos seus reflexos na construção do direito ao esquecimento no ambiente digital. De imediato, contudo, tem-se que a maleabilidade dos limites externos restritivos ao intérprete – o dogma da subsunção – não significa a sua substituição pela vontade pessoal dos magistrados e dos tribunais. De fato, há um limite interno ao intérprete de grandeza absoluta: a exigência da fundamentação argumentativa das decisões judiciais<sup>117</sup>.

Tem-se a ilação, portanto, que a constitucionalização do direito não relega o valor segurança jurídica, tão caro ao direito civil tradicional, ao segundo plano do ordenamento jurídico. De modo contrário, evidencia-se a sua imprescindibilidade em todas as decisões estatais (institucionais), quer sejam executivas, legislativas ou jurisdicionais. Estas últimas, por sua vez, através da qualidade dos argumentos levantados e da motivação, caracterizam a unidade, a coerência e a integridade de qualquer ordenamento democrático.

Igualmente, Eugênio Facchini Neto<sup>118</sup> ao discorrer sobre o fenômeno da constitucionalização do direito civil e os seus reflexos na ordem jurídica, ressalta com

---

<sup>116</sup> “De fato, a chamada ‘constitucionalização’ não pode funcionar como um pretexto a conferir ao magistrado carta branca para decidir conforme suas convicções pessoais, acobertado pelo manto da invocação genérica e falaciosa de algum princípio constitucional que ele acredite amparar sua própria e individual versão da justiça. Neste sentido, tão perigosas quanto o discurso positivista da dedução neutra da lei são as suspeitas de que, através deste seu espaço de poder, os juízes tendem a favorecer a parte mais fraca nas ações judiciais como forma de fazer justiça social e redistribuição de renda (justiça “Robin Hood”), ou, ao contrário, tendem a refletir a subversão generalizada das instituições pelos endinheirados e politicamente influentes em seu próprio benefício (justiça “King John”), ou, ainda, acabem por promover uma “subversão paroquial da justiça” por força da hegemonia de poderes locais”. (MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2016, prefácio)

<sup>117</sup> “Na verdade, e contrariamente ao que normalmente se pensa, ultrapassado o positivismo jurídico, o sistema tem agora potencialidade para se tornar muito mais racional e coeso (*rectius*, previsível), porque a ambiguidade intrínseca aos dispositivos normativos tende a diminuir ou desaparecer se, ao interpretar a regra, o juiz é capaz de motivar sua aplicação, mediante a explicitação do princípio jurídico que serve a justificá-la naquele caso concreto”. (MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2016, prefácio)

<sup>118</sup> “Como as constituições liberais, flexíveis, não possuíam eficácia vinculante frente ao legislador ordinário, não somente não tinham elas força para provocar ou programar modificações futuras no âmbito do direito privado, como também não eram capazes de desempenhar uma função protetiva do direito privado existente. Em outras palavras, eram documentos de acentuada natureza política, sem força jurídica para garantir a

propriedade a migração para o âmbito do direito privado de valores constitucionais, dentre os quais, como verdadeiro *primus inter paris*, o princípio da dignidade da pessoa humana. De fato, os códigos civis exerciam a função de verdadeiras constituições no âmbito das relações jurídicas privadas, a inspirar inclusive todo o restante do ordenamento jurídico.

Neste contexto, a personalização<sup>119</sup> do direito civil recrudescer a qualificação da proteção jurídica normativa já existente, bem como o surgimento de novos direitos, p. ex., a consagração dos direitos da personalidade no Código Civil brasileiro. Nesta medida, recoloca-se no centro do direito civil o ser humano e suas emanções. Como corolário, registra-se a topografia dos direitos da personalidade já nos primeiros artigos do Código Civil de 2002 (artigos 11 ao 21), a simbolizar uma chave de leitura para todo o restante do estatuto civil<sup>120</sup>.

---

conservação do existente nem para impulsionar a conformação do futuro, no âmbito das relações privadas. Quanto à função de garantia, não era ela necessária, já que os princípios básicos do direito privado não corriam nenhum perigo. [...]. Protegendo o direito de propriedade e a autonomia privada como verdadeiros direitos fundamentais, em forma quase absoluta, o direito civil garantia o existente e a estabilidade das relações sociais. O direito civil, nascido à margem do Estado, apresentava-se como o verdadeiro baluarte da liberdade burguesa, uma liberdade apolítica, que permitia aos particulares dispor de um espaço próprio, sem intromissões do Estado. Daí a função constitutiva do direito privado, diante do qual o direito constitucional possuía uma importância secundária”. (FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, direito fundamentais e direito privado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 55)

<sup>119</sup> “O patrimônio deixa de estar no centro das preocupações privatistas (recorde-se que o modelo dos códigos civis modernos, o *Code Napoleon*, dedica mais de 80% de seus artigos à disciplina jurídica da propriedade e suas relações), sendo substituído pela consideração com a pessoa humana.” (FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, direito fundamentais e direito privado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 53-54)

<sup>120</sup> “Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária. Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau. Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes. Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial. Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte. Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo. Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica. Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome. Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória. Art. 18. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial. Art. 19. O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome. Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes. Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma” (grifos nossos). (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002)



Por outro giro, no âmbito da Modernidade Líquida, que se destaca por ser fluida, dinâmica e transitória, os laços individuais e coletivos tendem a ser vistos e tratados como coisas destinadas a serem consumidas, e não produzidas; estão sujeitas aos mesmos critérios de avaliação de todos os outros objetos de consumo. Neste ponto, os direitos civis-constitucionais (embora preponderantemente mais humanistas que os direitos civis tradicionais) devem ser compreendidos no contexto desta nova dinâmica social<sup>121</sup>.

Assim, sobre as fronteiras das arenas públicas e das arenas privadas, Zygmunt Bauman arremata com propriedade que,

O controle e o direito de decidir quem ou o que pode passar pela fronteira, quem ou o que deve ficar só de um lado, assim como o direito de decidir que itens de informação devem ter a prerrogativa de permanecer privados e quais aqueles a quem é permitido (pressionado ou decretado) se tornar públicos em geral são contestados com vigor. Se você quiser saber qual dos lados está hoje na ofensiva e qual está (tenaz ou tibiamente) tentando defender dos invasores seus direitos herdados ou adquiridos, há coisas piores a fazer que meditar sobre o profético pressentimento de Peter Ustinov (expresso em 1956): ‘Este é um país livre, madame. Nós temos o direito de compartilhar a sua privacidade no espaço público’ (grifos nossos)<sup>122</sup>.

Por conseguinte, quem bem compreende esta lógica consumerista atrelada à ideia do moderno e do tecnológico é Gilles Lipovetsky<sup>123</sup>. Nesta esteira, ao tentar definir e conceituar a “nova modernidade”, aduz o Autor que, o rótulo do “pós-moderno” já ganhou rugas, tendo esgotado sua capacidade de exprimir o mundo que se anuncia. Desta forma, tudo se transcorre como se estivessem percorrido da era do “pós” para a era do “hiper”, nascendo uma nova sociedade moderna fincada no viés tecnológico e consumista. Neste ponto, a cultura da essência e da existência humanas são paulatinamente substituídas pela necessidade de

<sup>121</sup> “E assim a política da ‘precarização’ conduzida pelos operadores dos mercados de trabalho acaba sendo apoiada e reforçada pelas políticas de vida, sejam elas adotadas deliberadamente ou apenas por falta de alternativas. Ambas convergem para o mesmo resultado: o enfraquecimento e decomposição dos laços humanos, das comunidades e das parcerias. Compromissos do tipo ‘até que a morte nos separe’ se transformam em contratos do tipo ‘enquanto durar a satisfação’, temporais e transitórios por definição, por projeto e por impacto pragmático – e assim passíveis de ruptura unilateral, sempre que um dos parceiros perceba melhores oportunidades e maior valor fora da parceria do que em tentar salvá-la a qualquer – incalculável – custo”. (BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 204-205)

<sup>122</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Danos colaterais: desigualdades sociais numa era global**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, p. 110.

<sup>123</sup> “O ciclo pós-moderno se deu sob o signo da descompressão *cool* do social; agora, porém, temos a sensação de que os tempos voltam a endurecer-se, cobertos que estão de nuvens escuras. Tendo-se vivido um breve momento de redução de pressões e imposições sociais, eis que elas reaparecem em primeiro plano, nem que seja com novos traços. No momento em que triunfam a tecnologia genética, a globalização liberal e os direitos humanos, o rótulo pós-moderno já ganhou rugas, tendo esgotado sua capacidade de exprimir o mundo que se anuncia. *O pós de pós-moderno* ainda dirigia o olhar para um passado que se decretara morto; fazia pensar numa extinção sem determinar o que nos tornávamos, como se se tratasse de preservar uma liberdade nova, conquistada no rastro da dissolução dos enquadramentos sociais, políticos e ideológicos! Donde seu sucesso. Essa época terminou”. (LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. Tradução Mário Vilela. São Paulo: Editora Barcarolla, 2011, p. 52-53)

pertencimento a um grupo, indiferente e uniformizado, que recorrentemente invoca o consumo como elemento de progresso social e paradigma de felicidade<sup>124</sup>.

Em outras palavras, o universo do consumo e da comunicação de massa aparece como um sonho jubiloso, sendo o cerne do novo arranjo do regime do tempo social: (1) a passagem do capitalismo de produção para uma economia de consumo e de comunicação de massa; e (2) a substituição de um sociedade rigorístico-disciplinar por uma ‘sociedade moda’ completamente reestruturada pelas técnicas do efêmero, da renovação e da sedução permanentes. Neste particular, indaga Gilles Lipovetsky: “*hipercapitalismo, hiperclasse, hiperpotência, hiperterrorismo, hiperindividualismo, hipermercado, hipertexto – O que mais não é hiper? O que mais não expõe uma modernidade elevada à potência superlativa?*”<sup>125</sup>

Com efeito, a presente pesquisa acadêmica refuta a lógica consumerista aplicada aos direitos, liberdades e garantias fundamentais através de o uso irracional e desproporcional do paradigma tecnológico da sociedade em rede, ou seja, a jusfundamentalidade constitui-se no mínimo existencial jurídico-normativo e, portanto, não se trata de “produtos de consumo” a serem deglutidos no meio ambiente moderno-líquido<sup>126</sup>. Dito de outra forma, a mercantilização e a banalização da exposição individual e coletiva na era digital não devem

<sup>124</sup> “O ciclo pós-moderno se deu sob o signo da descompressão *cool* do social; agora, porém, temos a sensação de que os tempos voltam a endurecer-se, cobertos que estão de nuvens escuras. Tendo-se vivido um breve momento de redução de pressões e imposições sociais, eis que elas reaparecem em primeiro plano, nem que seja com novos traços. No momento em que triunfam a tecnologia genética, a globalização liberal e os direitos humanos, o rótulo pós-moderno já ganhou rugas, tendo esgotado sua capacidade de exprimir o mundo que se anuncia. *O pós de pós-moderno* ainda dirigia o olhar para um passado que se decretara morto; fazia pensar numa extinção sem determinar o que nos tornávamos, como se se tratasse de preservar uma liberdade nova, conquistada no rastro da dissolução dos enquadramentos sociais, políticos e ideológicos! Donde seu sucesso. Essa época terminou”. (LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. Tradução Mário Vilela. São Paulo: Editora Barcarolla, 2011, p. 52-53)

<sup>125</sup> “Ao clima de epílogo segue-se uma sensação de fuga para adiante, de modernização desenfreada, feita de mercantilização proliferativa, de desregulamentação econômica, de ímpeto técnico-científico, cujos efeitos são tão carregados de perigos quanto de promessas. Tudo foi muito rápido: a coruja de Minerva anunciava o nascimento do pós-moderno no momento mesmo em que se esboçava a hipermodernização do mundo. Longe de decretar-se o óbito da modernidade, assiste-se a seu remate, concretizando-se no liberalismo globalizado, na mercantilização quase generalizada dos modos de vida, na exploração da razão instrumental até a ‘morte’ desta, numa individualização galopante”. (LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. Tradução Mário Vilela. São Paulo: Editora Barcarolla, 2011, p. 53)

<sup>126</sup> “A história do consumismo é a história da quebra e descarte de sucessivos obstáculos ‘sólidos’ que limitam o voo livre da fantasia e reduzem o ‘princípio do prazer’ ao tamanho ditado pelo ‘princípio da realidade’. A ‘necessidade’, considerada pelos economistas do século XIX como a própria epítome da ‘solidez’ – inflexível, permanente circunscrita e finita – foi descartada e substituída durante algum tempo pelo desejo, que era muito mais ‘fluido’ e expansível que a necessidade por causa de suas relações meio lícitas com sonhos plásticos e volúveis sobre a autenticidade de um ‘eu íntimo’ à espera de expressão. Agora é a vez de descartar o desejo. Ele sobreviveu à sua utilidade: tendo trazido o vício do consumidor a seu estado presente, não pode mais ditar o ritmo. Um estimulante mais poderoso, e, acima de tudo, mais versátil é necessário para manter a demanda do consumidor no nível da oferta. O ‘querer’ é o substituto tão necessário; ele completa a libertação do princípio do prazer, limpando e dispondo dos últimos resíduos dos impedimentos do ‘princípio da realidade’: a substância naturalmente gasosa foi finalmente libertada do contêiner”. (BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 97-98)

promover a própria autodestruição dos indivíduos e da sociedade consensual e dialógica. Nesta medida, os direitos da personalidade e as liberdades comunicativas, de envergadura civil-constitucional e com força normativa potencializada, devem ser conjugados à luz da dignidade da pessoa humana.

Por interesse aos objetivos principais desta pesquisa acadêmica, dentre os quais, o estudo sobre o direito ao esquecimento na internet, a próxima seção se debruçará sobre a tutela jurídico-constitucional dos direitos da personalidade e da liberdade de expressão. O ambiente de debate escolhido é o digital, o paradigma da modernidade é a metáfora da liquidez, onde a sociedade se designa em rede, e se pesquisarão os reflexos teórico-valorativos destes direitos, liberdades e garantias fundamentais diante das novas tecnologias.

### **3.2 Os direitos da personalidade diante das novas tecnologias: a ideia de privacidade e de cidadania digital**

Nesta seção, perquire-se o conteúdo teórico-valorativo dos direitos da personalidade à luz do desenvolvimento do paradigma tecnológico. Decerto, mostra-se inequívoca a asserção de que, a tecnologia acaba por trazer novos contornos ao direito civil e, portanto, algumas reflexões são necessárias na seara moderna-líquida civilista. Neste ponto, erguem-se novas dinâmicas da sociedade em rede, principalmente quanto à ideia de privacidade e a necessidade de proteção de dados pessoais na internet. Ademais, o poder exercido através da rede mundial de computadores também corrobora o surgimento da noção de cidadania digital.

Inicialmente, antes de se adentrar ao paradigma tecnológico, faz-se *mister* algumas incursões vestibulares sobre o conceito da personalidade propriamente dito. Neste ponto, recorrendo-se ao professor catedrático da Universidade de Coimbra, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de Sousa, sintetiza-se a personalidade como sendo a unidade físico-psíquico-ambiental que coordena e assume as suas funções, sendo composta por uma grande multiplicidade e diversidade de elementos, internos e ambientais. Nesta medida, tais elementos integradamente se fundem em um conjunto que os ultrapassa, referencia-os e os projeta em si mesmo em uma dinâmica própria<sup>127</sup>.

De imediato, constata-se uma premissa importante: a concepção de personalidade jurídica (o bem jurídico é a própria personalidade humana) não se confunde com a ideia de capacidade jurídica. Em outras palavras, não há homens sem personalidade (inclusive

---

<sup>127</sup> SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo De. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

jurídica), embora possam existir homens sem capacidade jurídica momentaneamente ou em definitivo (os menores, os interditos, os presos etc). Por via de consequência, todas as pessoas humanas vivas são titulares de direitos da personalidade, podendo ocorrer ainda a tutela jurídica dos direitos da personalidade do nascituro ou da pessoa morta, conforme será abordado em seções posteriores à luz da legislação brasileira.

Neste mesmo sentido, o também jurista português Jorge Miranda afirma, quanto aos direitos da personalidade, que se tratam de posições jurídicas fundamentais do homem pelo simples fato de nascer e viver; de aspectos imediatos da exigência de sua integração; de condições essenciais ao seu ser; de revelações do conteúdo necessário de sua personalidade, assim como de exigir de outrem o respeito desta; enfim, integrados pelos bens da personalidade física, moral e jurídica da pessoa humana<sup>128</sup>.

Igualmente, Antonio Enrique Pérez Luño<sup>129</sup> afirma que, a dignidade humana supõe-se ser o valor básico fundamental dos direitos humanos, tendentes a explicitar e a satisfazer as necessidades da pessoa na esfera moral. Eis, portanto, o princípio legitimador dos denominados direitos da personalidade. Nesta medida, o bem jurídico a ser tutelado pelo direito civil é a própria personalidade humana e suas emanções.

No início da dogmática civilista, entretanto, afirma Antonio Enrique Pérez Luño que, os direitos subjetivos em suas primeiras manifestações aparecem como poderes de domínio sobre as coisas. Ainda hoje, inclusive, há resistências em admitir que a própria personalidade possa ser objeto de direitos. Neste ponto, referindo-se à construção teórica de 1895 de Otto Von Gierke, menciona a existência de um direito geral da personalidade, “*concibiéndolo como el marco unitario de referencia de cuanto pudiera afectar a la libre actuación de la personalidad en todas las direcciones*”<sup>130</sup>.

De modo contrário, também há defensores que, ao admitir a existência de um direito geral da personalidade, abstrato e genérico, corre-se o risco de ampliar ao infinito as possibilidades e consequências jurídicas desta tutela. Em outras palavras, este enfoque acaba

---

<sup>128</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 4. ed. v.4. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 66-67.

<sup>129</sup> “Estos derechos constituyeron, desde los inicios de la dogmatica del derecho privado del pasado siglo, un motivo de controversia cuyos ecos han llegado hasta el presente. En efecto, cuando tras el triunfo de la Revolución burguesa se inicia el proceso de positivación de los derechos naturales, bajo la fórmula moderna de los derechos subjetivos, se pretende elaborar un instrumento técnico para la protección de los intereses patrimoniales de los particulares y, en especial, de la propiedad”. (PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, Estado de Derecho y constitución**. 10. ed. Madrid: Tecnos, 2010, p. 325)

<sup>130</sup> “Posteriormente, el BGB en su artículo 823 consagró la protección jurídica de los *sonstige Rechte*, que han sido objeto de una amplia elaboración conceptual por la jurisprudencia y la ciencia jurídica germanas, de las que un amplio sector ha encontrado en el artículo 2º de la Grundgesetc de Bonn un renovado estímulo para potenciar la tutela de los derechos de la personalidad”. (PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, Estado de Derecho y constitución**. 10. ed. Madrid: Tecnos, 2010, p. 325)

por reconhecer uma pluralidade de direitos da personalidade a cada uma das manifestações da pessoa humana como objeto de específica proteção jurídica.

Neste contexto, Antonio Enrique Pérez Luño<sup>131</sup> comenta sobre o assunto, aduzindo que, os refratários a esta tese pluralista defendem a estimativa de que, tão somente partindo-se de um único direito da personalidade, pode-se evitar a proliferação indefinida e inconexa de direitos autônomos. Dito de outra forma, o reconhecimento de um direito geral da personalidade acaba por aglutinar um *mix* de direitos diversamente construídos e justificados, com a conseqüente imprecisão de seu fundamento generalista e, por derradeiro, sem o alcance efetivo da tutela da personalidade.

De qualquer forma, o Autor pugna que, tal polêmica entre os que defendem a generalidade ou a unidade dos direitos da personalidade não leva em conta um aspecto fundamental: a própria significação histórica dos direitos da personalidade, que dificilmente pode ser capturada sem considerações acerca da própria evolução do direito subjetivo. Neste ponto, a formulação moderna do direito subjetivo surge com a intenção de oferecer embasamento técnico para o pleno exercício do domínio (usar, gozar e dispor) das coisas objeto do direito de propriedade<sup>132</sup>.

Com efeito, Antonio Enrique Pérez Luño estabelece o ponto de vista (do proprietário), enquanto detentor de direitos subjetivos sobre a propriedade, como elemento condicionador da tutela dos direitos da personalidade. Assim, a projeção deste ponto de vista no mundo externo seria o princípio legitimador dos direitos da personalidade, revelando o seu alcance em aspectos múltiplos (honra, imagem, nome, intimidade etc).

---

<sup>131</sup> “La controversia entiendo que responde a un planteamiento desenfocado, ya que los que defienden la unidad del derecho a la personalidad se ven obligados a reconocer, de inmediato, la diversidad de sus manifestaciones, dotadas de un cierto status jurídico autónomo, al tiempo que quienes se inclinan por la Concepción pluralista de los derechos de la personalidad no pueden descartar, ni dejar de remitirse, a un fundamento general común para ese conjunto de derechos”. (PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, Estado de Derecho y constitución**. 10. ed. Madrid: Tecnos, 2010, p. 326)

<sup>132</sup> “Por ello, em sus primeras manifestaciones quedan fuera de su órbita los derechos de la personalidad. Ahora bien, se produce entonces la paradoja de que, aunque la categoría del derecho subjetivo se presente como un instrumento técnico y estrictamente jurídico-positivo, utiliza como fundamento último para su legitimación argumentos propios de la teoría iusnaturalista. Así, al seguir fundamentando el derecho subjetivo de propiedad en la proyección en el mundo externo de la personalidad humana (con lo que utiliza ideológicamente un esquema argumental nacido en el iusnaturalismo racionalista para legitimar la apropiación de los frutos del propio trabajo, a la apropiación de los frutos del trábalo ajeno), era difícil mantener, al propio tempo, la negación de los derechos de la personalidad como derechos subjetivos. Por eso, estos derechos se van incorporando progresivamente al sistema de relaciones jurídicas intersubjetivas, pero, y ahí se da una nueva paradoja fruto de la ideología latente en la dogmática iusprivatista burguesa, se considera que la mejor forma de defender los derechos de la personalidad (el honor, el nombre, la imagen, el secreto de la correspondencia...) es la considerarlos como objetos de propiedad privada, extendiendo a ellos los instrumentos pensados para la tutela externa del derecho de propiedad”. (PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, Estado de Derecho y constitución**. 10. ed. Madrid: Tecnos, 2010, p. 326)

Por sua vez, Stefano Rodotà registra que, o reconhecimento formal dos direitos da personalidade traduzido na garantia acentuada da propriedade, trata-se de consequência óbvia da estrutura global dos sistemas jurídicos burgueses. Afirma o Autor que, o privilégio reservado às informações econômicas sob o perfil do sigilo reforça esta tese, constituindo-se em instrumento de manutenção do *status quo* da posição de proprietários e empreendedores, desincumbidos de controles contínuos e substanciais por parte da coletividade<sup>133</sup>.

De fato, parece assistir razão a Stefano Rodotà, na medida em que, compreender os direitos da personalidade sob a ótica do direito de propriedade significa máxima projeção dos direitos individuais de liberdade, característicos das revoluções do Estado Liberal. Aliás, com o fenômeno da constitucionalização do direito civil, o próprio instituto jurídico da propriedade, originário do direito civil clássico, perpassa por mudanças no contexto civil-constitucional, descolando-se de seu caráter absoluto-individual de outrora a caminho da atual feição social-coletiva<sup>134</sup>.

No que diz respeito às novas tecnologias e ao meio ambiente digital, objetos de estudo de interesse desta pesquisa acadêmica, o direito da personalidade de maior

---

<sup>133</sup> “A erosão dessa posição é visível sobretudo se são levadas em conta as variações no tratamento legislativo das informações sobre a renda coletadas pelos órgãos tributários. Em alguns países ainda é vigente o mais rigoroso segredo, tanto que existem penas para aqueles que divulgam informações sobre a renda de uma pessoa; em outros sistemas, o sigilo econômico é temperado por variadas formas de publicidade; alhures, finalmente, cada um tem o direito de obter dos órgãos tributários qualquer informação sobre a renda de qualquer outro cidadão. Chega-se a diferenças tão profundas de regime jurídico, evidentemente, em virtude de valorações político-sociais muito diferentes entre si: mas não parece arbitrário pensar que, por toda a parte, a tendência seja no sentido de uma progressiva redução da área do sigilo e de uma crescente liberação da informação econômica sobre os indivíduos e as organizações produtivas, com o consequente redimensionamento da tutela da privacidade neste setor. A razão disso reside na tomada de consciência de que, sobre algumas informações de conteúdo econômico, mesmo se pessoais, deve ser exercido também um controle por parte da coletividade e não somente por parte dos órgãos públicos especializados”. (RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância** – a privacidade hoje. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 34-35)

<sup>134</sup> “Nesse contexto, o Direito Civil, que historicamente sempre teve raiz exclusivamente privada, passa a ter também função social e coletiva na aplicação de seu Direito Privado e individual. Trata-se da atribuição de uma Função Social ao Direito Civil, que originariamente regulamenta apenas interesses particulares, mas a partir do advento da CRFB/88, passa a ter também função social de seus institutos. A função social está contida em todo o ordenamento jurídico, entretanto, no Direito Civil e no Código Civil de 2002, ela se apresenta muito peculiar, uma vez que ela tem entre outras finalidades, a de permitir que as relações jurídicas intersubjetivas se deem de modo regular, segundo o direito civil, resguardando o direito pessoal e individual de cada um, mas também fazendo com esse Direito, embora sendo originariamente privado, também tenha uma função social, mesmo que de maneira indireta. Assim, tem-se que ter claro que o conteúdo das relações civis deve ser norteado pelo conjunto de valores, bens e direitos concebidos pela ordem jurídica, mais precisamente, a ordem jurídica constitucional. É um equívoco, portanto, considerar a existência da função social como princípio jurídico afeto à propriedade e ao contrato apenas, pois, em verdade, ela participa de modo específico nesses dois institutos, mas antes, porém, é preciso compreender que sua sede é a cultura humana ao longo dos tempos, a essência de todo o Direito ao longo de sua história e não apenas a matriz da instituição jurídica da propriedade e do contrato [...]”. (CEDRO, Diego Petterson Brandão. **A constitucionalização do Direito Civil brasileiro e sua função social**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 132-133)

envergadura se constitui o direito à intimidade (ou direito à privacidade). De fato, poucos autores delimitam cirurgicamente tais expressões do ponto de vista semântico, entretanto, a noção de “privacidade” parece ter uma amplitude maior e mais adequada à sociedade em rede do que a expressão “intimidade”, mais reservada, intimista e individualista.

Antonio Enrique Pérez Luño desenvolve a temática sob o norte da privacidade (utiliza como sinônimo a expressão “intimidade”), destacando papel ambivalente deste direito: por um lado, mostra-se restringido, diante dos poderes públicos fiscalizatórios, no afã de informações pessoais e econômicas com conotações jurídico-tributárias; por outro lado, constata-se recrudescido, principalmente diante de setores progressistas da sociedade, para reagir à acumulação de informações destinadas ao controle de comportamentos ideológicos com algum intuito discriminatório<sup>135</sup>.

Defende, portanto, Antonio Enrique Pérez Luño o direito fundamental à intimidade na sociedade da informação, partindo-se por três reflexões necessárias: (1) a renovação da educação axiológica da sociedade civil, clarificando conceitos sobre a informação e a intimidade, reduzindo tensões de ambos os direitos; (2) O Estado social e democrático de direito deve considerar a intimidade não como um privilégio de poucos, mas como um valor constitucional, patrimônio de todos os cidadãos; (3) a sociedade da informação, interconectada, consumerista, carece de sentido e de eficácia uma garantia de intimidade circunscrita ao âmbito nacional, tal como poderá ocorrer a tensão intimidade-informação de forma transnacional<sup>136</sup>.

Diante do paradigma tecnológico, Stefano Rodotà aduz em sua obra de forma recorrente a expressão “privacidade” (gênero) ante a expressão “intimidade” (espécie deste gênero). Neste sentido, sobre a privacidade tecnológica, sintetiza: (1) as informações pessoais estão agora divididas com uma pluralidade de sujeitos e fora do controle exclusivo dos interessados; (2) a violação da privacidade hoje ocorre preponderantemente por transações abstratas, e não por relações interpessoais; (3) o controle do fluxo das informações que

---

<sup>135</sup> “En las sociedades avanzadas del presente la protección de datos personales tiende, en definitiva, a garantizar el equilibrio de poderes y situaciones que es condición indispensable para el correcto funcionamiento de una comunidad democrática de ciudadanos libres e iguales. Para su logro se precisa un adecuado ordenamiento jurídico de la informática, capaz de armonizar las exigencias de información propias de un Estado avanzado con las garantías de los ciudadanos. Pero estas normas de Derecho informático exigen, para su plena eficacia, impulsar la consciencia y el compromiso cívicos de hacerlas una experiencia tangible en la vida cotidiana. Es tarea de todos contribuir a evitar una paradoja dramática: compensar nuestro retraso en la incorporación al desarrollo tecnológico con la vanguardia mundial en la piratería del software, la delincuencia informática y las agresiones informáticas a la libertad”. (PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, Estado de Derecho y constitución**. 10. ed. Madrid: Tecnos, 2010, p. 420)

<sup>136</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, Estado de Derecho y constitución**. 10. ed. Madrid: Tecnos, 2010, p. 376-377.

chegam é tão importante quanto o controle das informações que saem da esfera privada; (4) aumenta-se o valor agregado das informações pessoais, isto é, a privacidade passa a ser “consumível” no paradigma tecnológico; (5) fala-se em poluição digital ou poluição informacional, assim como se falava em poluição industrial; (6) as tecnologias da informação mitigam as fronteiras entre as esferas públicas e privadas<sup>137</sup>.

Com efeito, de acordo com a doutrina de Stefano Rodotà<sup>138</sup>, os direitos da personalidade, enquanto considerados na sua espécie privacidade e de acordo com o paradigma tecnológico, precisam ser entendidos como: (a) direitos fundamentais; (b) densificam-se como direitos à autodeterminação informativa, isto é, a consagração da autonomia de vontade em relação à esfera privada na sua totalidade a ser construída; (c) apresentam-se como precondição da cidadania na era eletrônica, desvinculando-se unicamente da lógica da autorregulamentação ou das relações contratuais.

Com relação ao tema sobre a cidadania na era eletrônica, Stefano Rodotà se refere à expressão *cittadinanza digitale*, se referindo a um conjunto de situações que contribuem para a autoafirmação da pessoa no ciberespaço (*cyberspazio*). O ponto de partida do Autor para esta reflexão é a existência de um direito de acesso à internet (direito autônomo), qual seja, não apenas um direito de estar tecnicamente conectado à rede, mas, sim, uma expressão ou um modo diferente de ser da pessoa no mundo. Neste ponto, tem-se uma nova dinâmica de distribuição do poder social por obra do paradigma tecnológico<sup>139</sup>.

A cidadania digital tem natureza dinâmica, qual seja, “*accompagna la persona nel suo essere nel mondo e, di conseguenza, integra la sua dotazione di diritti tutte le volte che questo suo ampliamento viene sollecitato dall’incessante mutuoamento prodotto*

<sup>137</sup> “Altera-se assim, profundamente, a função sociopolítica da privacidade, que se projeta bem além da esfera privada, para se tornar elemento constitutivo da cidadania. E a sua definição, por muito tempo ligada unicamente ao ‘direito de ser deixado só’, dilata-se e volta-se para a direção da ideia de uma tutela global das escolhas da vida contra qualquer forma de controle público e de estigmatização social, em um quadro caracterizado pela liberdade das escolhas existenciais e políticas”. (RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância** – a privacidade hoje. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 128-129)

<sup>138</sup> “[...] a medida social da privacidade não pode ser determinada pela referência a critérios setoriais, como aqueles obtidos, por exemplo, a partir do universo do consumo”. (RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância** – a privacidade hoje. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 129)

<sup>139</sup> “Inadeguato, allora, si rivela il símplice riferimento al <servizio universale>, che solitamente continua ad accompagnare queste discussioni, poiché si rischia di concentrarsi quase esclusivamente sull’apparato técnico da mettere a disposizione degli interessati. Il diritto di acesso, infatti, si presenta ormai come sintesi tra una situazione strumentale e l’indicazione di una serie tendenzialmente aperta di poteri che la persona può esercitare in rete. Si è già ricordato che questo diritto viene sempre più largamente riconosciuto, sia purê con gradazioni e modalità diverse”. (RODOTÀ, Stefano. **Il mondo nella rete**. Quali i diritti, quali i vincoli. Roma: L’Espresso, 2014, p. 13)



*dall'innovazione scientifica e tecnologia, e soprattutto dalle dinamiche sociali che così si determinano*<sup>140</sup>.

De fato, a ideia de cidadania digital proposta por Stefano Rodotà fortalece a magnitude dos direitos da personalidade, assim como as liberdades comunicativas na sociedade em rede. Ademais, a mesma dinâmica que rege as redes sociais identifica no direito fundamental de acesso à internet uma condição necessária para a manutenção da natureza democrática dos Estados, além de instrumento de diminuição das desigualdades sociais e de garantia para concretização de outros direitos fundamentais.

Neste sentido, Orlando Pulvirenti destaca a importância do acesso à internet na ampliação da participação ativa dos cidadãos nas sociedades democráticas. Neste particular, reflete sobre as recentes revoluções do norte da África contra regimes autocráticos há décadas no poder. Assim, registra o Autor que, *“articuladas por medio de las redes sociales que habilitaron la intercomunicación en tiempo real de múltiples ciudadanos, en ausencia de los medios de comunicación que difundieran sus ideas o, incluso, contra los mensajes que en sentido contrario difundían estos últimos, dan una muestra de su funcionalidad a la democracia*<sup>141</sup>.

De fato, o episódio conhecido mundialmente como *primavera árabe* pode ser encarado como consequência desta nova concepção jurídico-social-cultural atrelada à ideia de cidadania digital. Assim, concretizar o direito fundamental de acesso à internet enquanto direito autônomo significa também concretizar poder na sociedade em rede; concretizar poder à disposição do particular, isto é, à disposição do indivíduo comum. Por outro lado, surgem então novas reflexões prospectivas quanto ao controle deste incomensurável poder tecnológico, seja a ser exercido pelo Estado, seja a ser exercido pela sociedade em rede, porque *le primavere sono dolci solo quando sono le primavere degli altri*<sup>142</sup>.

---

<sup>140</sup> RODOTÀ, Stefano. **Il mondo nella rete**. Quali i diritti, quali i vincoli. Roma: L'Espresso, 2014, p. 14.

<sup>141</sup> “Varios son, pues, los derechos que ese acceso tutela, desde la cultura hasta la educación, pasando por la actividad comercial; pero fundamentalmente garantizando como nunca antes, la producción y la interrelación de información haciendo mucho más amplia la participación activa de los ciudadanos en la sociedad democrática”. (PULVIRENTI, Orlando D. **Derechos humanos e internet**. 1. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Errepar, 2013, p. 87)

<sup>142</sup> “Siamo di fronte a una regola che riguarda il potere in generale, non solo il potere in rete. Proprio per questo grandi sono le resistenze, continui i conflitti. Molti tra i governi che hanno inneggiato al ruolo democratico giocato dalla rete nelle primavere arabe, quando hanno dovuto adottare lo stesso metro di giudizio all'interno dei loro Stati, si sono mostrati reticenti, non hanno rinunciato a operare un ben noto slittamento dalle tecnologie della libertà alle tecnologie del controllo, ricorrendo largamente a queste ultime per imbrigliare dinamiche politiche, sociali e culturali, per sorvegliare e punire. [...]”. (RODOTÀ, Stefano. **Il mondo nella rete**. Quali i diritti, quali i vincoli. Roma: L'Espresso, 2014, p. 19-20)

### 3.3 A dogmática civil-constitucional dos direitos da personalidade e o papel das cláusulas gerais

Nesta seção, perquire-se o conteúdo teórico-normativo dos direitos da personalidade à luz do novo marco constitucional estatuído pela Carta Política de 1988 e de acordo com seus influxos incidentes sobre a legislação infraconstitucional, notadamente o Código Civil de 2002. Ademais, também se investigará o papel das cláusulas gerais para a possível conformações de novos direitos da personalidade, ampliando o horizonte protetivo da personalidade humana enquanto objeto de proteção específica.

Decerto, definir quando, por que, de que forma e em que medida a ordem jurídica (o Estado) deve interferir na seara privada dos cidadãos não se trata de tarefa fácil para o Direito, tampouco para outras ciências correlatas (filosofia, sociologia, ciência política etc). Ademais, no cenário de constitucionalização do direito privado (e do direito civil), há algo inequívoco constatado: uma tênue fronteira entre as arenas públicas e privadas. Neste ponto, pode o direito de alguém ser protegido *contra* a sua vontade, ainda que não prejudique diretamente a terceiros?<sup>143</sup>

Com substancial apoio de razões jurídico-históricas<sup>144</sup>, Anderson Schreber assevera que, há um relativo consenso atualmente em torno da ideia de que o Estado precisa proteger

<sup>143</sup> **“Um caso célebre.** Cidadão francês, Manuel Wackenheim tem pouco mais de um metro e catorze centímetros de altura. O nanismo restringiu consideravelmente suas chances de emprego. No verão de 1991, passou a exercer, no interior da França, uma ocupação inusitada. Seu ofício consistia em se vestir com capacete e roupas acolchoadas, com alças nas costas, e ser lançado em direção a um colchão de ar por clientes de bares e discotecas. A competição, que ficou conhecida como *lancer de nain* (lançamento de anão), ganhou rápida popularidade e acabou por atrair a atenção das autoridades públicas francesas. Em outubro daquele mesmo ano, o prefeito da cidade de Morsang-sur-Orge proibiu a realização da atividade. Manuel Wackenheim recorreu, então, à corte administrativa de Versailles, que anulou a proibição por considerar que não havia qualquer distúrbio à ordem, à segurança ou à saúde pública. O prefeito apelou da decisão e o Conselho de Estado francês acolheu o recurso, vedando a prática do lançamento de anão por considerá-la uma afronta à dignidade humana. O caso ganhou repercussão internacional quando Wackenheim apresentou uma reclamação ao Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas. Sustentou, em síntese, que a proibição do Conselho de Estado francês, muito ao contrário de proteger, violava a sua dignidade humana, já que o impedia de exercer uma profissão. Alegou, ainda, que a decisão afrontava sua liberdade, sua privacidade e configurava ato discriminatório contra os portadores de nanismo. O Comitê considerou que a diferenciação, no caso, não configurava discriminação, já que decorria da razão física de ‘os anões serem as únicas pessoas aptas a serem lançadas por outras’. Concluiu, ainda, que o banimento da atividade fora baseado em critérios objetivos e razoáveis, inexistindo violação aos direitos humanos. [...], mas há um aspecto que o torna especialmente instigante: enquanto a maior parte das pessoas luta ferozmente pela proteção dos seus direitos, Manuel Wackenheim queria justamente o oposto. **Pedi, repetidas vezes, a diferentes tribunais, que o seu direito (à dignidade humana) não fosse protegido. Sua vontade não foi atendida. Wackenheim foi impedido pela ordem jurídica de ser arremessado ‘profissionalmente’ de um lado a outro.**” (grifos nossos). (SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 02)

<sup>144</sup> **“Homo homini lupus. O homem é o lobo do homem.** A expressão foi usada em 1651 por Thomas Hobbes para justificar a existência do Estado como único poder capaz de frear os instintos egoístas do ser humano. Em sua obra mais difundida, o *Leviatã*, Hobbes associa o Estado a um monstro bíblico, poderoso e invencível, cuja presença se faz necessária para controlar a natural tendência dos homens ao conflito. Sem o

certos direitos essenciais do homem, ainda que seja em face de ameaças do próprio Estado, de particulares ou, em casos extremos, contra a vontade do próprio titular desses direitos violados.

Neste contexto, deduz Anderson Schreiber<sup>145</sup> que, os direitos da personalidade surgiram em face da urgência de se erguer barreiras contra o canibalismo da vontade, ou seja, direitos a salvo da vontade (imediatista) do seu titular, direitos indisponíveis, direitos inalienáveis, direitos inatos. Em outras palavras, uma nova categoria de direitos no campo do direito privado capaz de assegurar proteção jurídica qualificada daqueles direitos imprescindíveis ao ser humano em sua essência.

Com efeito, verificam-se de plano algumas dificuldades para delimitação teórico-normativo-valorativa dos direitos da personalidade. A razão preponderante é simples e objetiva: a “nova” categoria de direitos está atrelada a mais profunda essência humana, ao seu núcleo mais intangível, essencial e dignificante, entretanto, as dimensões desta dignidade são de natureza múltipla, inexistindo um catálogo ou manual previamente definido.

---

Estado, os homens viveriam, segundo filósofo inglês, em uma guerra permanente de todos contra todos (*bellum omnia omnes*), o que acabaria por conduzi-los à morte. Mais de 100 anos após a publicação do *Leviatã*, revolucionários franceses arriscariam suas vidas para enfrentar, nas ruas de Paris, as tropas do seu próprio Estado. A Revolução Francesa, que teve início em maio de 1789, representa o marco inicial da Idade Contemporânea e, portanto, do direito contemporâneo, que nasce sob a forte influência do liberalismo econômico. [...]. Assim, na aurora da Idade Contemporânea, o homem se viu livre, talvez mais livre do que jamais tivesse sido na história das civilizações. A exasperação da dicotomia entre o direito público e o direito privado criava um espaço de autonomia para a livre realização da vontade dos particulares, que podiam reger suas próprias vidas sem a intromissão do Estado. O monstruoso *Leviatã* parecia, enfim, domado. No campo das relações privadas, cada indivíduo tinha liberdade para fazer tudo aquilo que não prejudicasse o próximo. Acreditava-se, então, que, deixados livres para perseguir sua própria felicidade, os homens alcançariam o máximo bem comum. O que se seguiu, contudo, foi uma progressiva degradação do homem pelo próprio homem. Ao longo de todo o século XIX, especialmente a partir da Revolução Industrial, usou-se e abusou-se da liberdade. [...]. Os juristas não tardaram a perceber que a liberdade não era tudo. Em um cenário de desigualdades econômica e social a liberdade dos mais fracos acabava inteiramente engolida pela liberdade dos mais fortes. [...]. Qualquer renúncia do homem aos seus direitos mais essenciais era vista como legítima porque fundada na livre manifestação de vontade do renunciante. **Já não bastava proteger o homem contra os desmandos do Estado. Nem parecia suficiente proteger o homem contra agressões dos seus semelhantes. Era preciso evitar que o próprio homem, premido por necessidades mais imediatas, abrisse mão dos seus direitos essenciais.**” (grifos nossos). (SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 02-04)

<sup>145</sup> “Por muito tempo, contudo, as críticas aos direitos da personalidade minaram seu desenvolvimento. O Código Civil alemão, aprovado em 1896, não acolheu expressamente a categoria, frustrando os seus adeptos. O Código Civil brasileiro de 1916 também não trouxe qualquer menção ao assunto. A omissão gerou efeitos desastrosos. As poucas alusões aos direitos da personalidade que existiam em nossa doutrina praticamente desapareceram da manualística nas décadas seguintes. O interesse pelo tema só voltaria a ser despertado a partir da segunda metade do século XX, já então com força irresistível”. (SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 06)

Ainda no ano de 1991, em artigo<sup>146</sup> precursor sobre a temática do direito civil-constitucional, Maria Celina Bodin de Moraes já defendia a necessidade de as normas do direito privado serem interpretadas como reflexo das normas constitucionais. Nesta época, já se falava sobre a aplicação direta da Constituição Federal de 1988 às relações interprivadas, transformando-se o direito civil em diploma para regulamentação da vida social, na família, nas associações, nos grupos comunitários, enfim, onde quer que a *personalidade* humana melhor se desenvolvesse e a sua dignidade fosse potencialmente tutelada<sup>147</sup>.

Assim, com a chegada da Constituição Federal de 1988 e seu princípio fundamental (art. 1º, III), o novo panorama civil-constitucional impõe uma nova era (normativa) aos direitos da personalidade, incorporados expressamente ao novo Código Civil de 2002<sup>148</sup>. Frise-se: na concepção desta pesquisa acadêmica, os direitos da personalidade já eram formalmente e materialmente constitucionais desde 1988, figurando o novo diploma de direito civil de 2002 a importante função de densificá-los no âmbito do direito privado por excelência.

De imediato, então, indaga-se: quais seriam e como se caracterizariam os direitos da personalidade de acordo com a ordem jurídica vigente no Brasil? Interessante notar que, a maioria dos direitos da personalidade típicos, ou seja, expressamente previstos no Código Civil de 2002, já estavam normatizados, sobretudo no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, como, p. ex., a imagem, a honra e privacidade<sup>149</sup>.

Ademais, os direitos da personalidade previstos no Código Civil (artigos 11 ao 21) que não estão expressamente positivados na Constituição, também possuem índole

<sup>146</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil-constitucional. In: **Revista Direito, Estado e Sociedade**. Departamento de Direito da PUC-Rio, n. 1. Rio de Janeiro, 1991 (2. ed., 1996), p. 59-73.

<sup>147</sup> “A transformação não é de pequena monta. Ao invés da lógica proprietária, da lógica produtivista e empresarial (numa palavra, patrimonial), são os valores existenciais que, privilegiados pela Constituição, se tornam, no âmbito do direito civil, prioritários”. (MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2016, p. 15)

<sup>148</sup> “Em vez de se elaborar um texto verdadeiramente novo, o Congresso Nacional acabou instado a recuperar um projeto de codificação elaborado na década de 1970, quando a ditadura militar ainda imperava no Brasil. [...]. O resultado, publicado no Diário Oficial, de 11 de janeiro de 2002, foi um novo Código Civil que de novo pouco tem. [...]. **Nem tudo, entretanto, são espinhos no Código Civil de 2002**. Ainda que pontualmente e de maneira mais tímida do que poderia ter ocorrido, inovações importantes foram inseridas, como a expressa consagração da boa-fé objetiva (arts. 113, 187 e 422), a introdução em nosso ordenamento da função social do contrato (art. 421) e a ampliação das hipóteses de responsabilidade civil objetiva (arts. 927, parágrafo único, 933, 936). **Além desses avanços, há um em especial que nos interessa: o Código Civil de 2002 dedicou um inteiro capítulo aos direitos da personalidade**” (grifos nossos). (SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 11-12)

<sup>149</sup> “Art. 5º [...] V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;” (BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Assembleia Nacional Constituinte, 1988)

constitucional, como consectários decorrentes do princípio estruturante do Estado Democrático de Direito, qual seja, a dignidade da pessoa humana, expressamente protegida no artigo 1º, III, CF/88. De fato, todos os direitos da personalidade são indubitavelmente direitos fundamentais, possuindo força normativa potencializada, limitando poder do Estado e poder dos particulares.

Atribui-se, portanto, aos direitos da personalidade dupla natureza jurídica: (a) direitos públicos, porquanto inerentes à pessoa humana e protegidos pela Declaração Universal dos Direitos do Cidadão e pela Constituição Federal. Neste ponto, servem como escudos protetores do indivíduo em face do Estado ou dos particulares; (b) direitos privados, haja vista que também dizem respeito aos aspectos particulares dos indivíduos de sua existência e essência como ser humano.

Por outro lado, também é correto afirmar que, nem todo direito fundamental é direito da personalidade. Estes se limitam a respeitar, a proteger e a promover os direitos da pessoa, tendo como objeto de proteção específica a própria personalidade. Por sua vez, os direitos fundamentais possuem espectro protetivo ampliado, como, p. ex., os direitos de cunho coletivo, direito de propriedade, direitos trabalhistas, direitos previdenciários, as liberdades comunicativas, os direitos de índole processual etc.

De fato, no cenário civil-constitucional, a tarefa preponderante do Código Civil brasileiro diz respeito à especificação do tratamento reservado a certos atributos da personalidade humana, ou seja, aqueles cuja produção de efeitos se intensificam no âmbito das relações privadas (civilistas). Neste ponto, p. ex., as questões relacionadas à legitimação para cessar ameaça ou lesão a direito da personalidade de morto, além de requerimento de perdas e danos (art. 12, parágrafo único, CC/2002); as questões relativas às indenizações por malferimento aos direitos da personalidade; dentre outras, são perquiridas preponderantemente à luz do regramento exposto no diploma civilista.

Por conseguinte, trata-se de tema de especial relevo nesta pesquisa acadêmica, quais sejam, os critérios para aplicação das cláusulas gerais no paradigma do direito civil-constitucional. No contexto de pluralidade de fontes normativas e, ao mesmo tempo, de alta especialização das diversas searas do ordenamento jurídico, o domínio das regras não pode suprimir a importância fundamental dos princípios. Estes, por sua vez, também se aplicam de forma recorrente, variando dimensões de grau e intensidade. A rigor, tem-se um caminho a percorrer entre a integridade valorativa e a racionalidade argumentativa<sup>150</sup>.

---

<sup>150</sup> “Referindo-se, estes valores e princípios, aos fundamentos do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais do cidadão, constitucionalmente protegidos, as cláusulas gerais se apresentam como

Com efeito, Hermes de Moraes defende a compreensão das cláusulas gerais enquanto técnica normativa e não apenas como técnica legislativa. Nesta medida, seriam eficazes ao estabelecer um momento diferido para formação da norma em si, ou seja, uma decisão (uma construção normativa) a considerar as argumentações intersubjetivas válidas das partes envolvidas no conflito (a ideia de racionalidade argumentativa) e modelo argumentativo fundamentado na unidade axioprinciplológica do sistema (a ideia de integridade valorativa)<sup>151</sup>.

Neste contexto, o Código Civil de 2002 não apresentou um rol exaustivo ou fechado dos respectivos direitos, limitando-se a enumerar algumas situações merecedoras de tutela especial da personalidade, p. ex., o direito ao próprio corpo; o direito ao nome e à identidade pessoal; o direito à imagem; o direito à honra; e o direito à privacidade. Paradoxalmente, a ausência de previsão expressa no texto civilista (a omissão) acaba por estimular o debate em torno do reconhecimento de novas dimensões essenciais de realização da pessoa humana.

Desta forma, tal desiderato é possível em face de a existência de cláusula geral elencada no artigo 21, CC (relativa à inviolabilidade da vida privada)<sup>152</sup>. Faz-se depreender a

---

instrumento por excelência de uma normativa dinâmica, diferida ao caso concreto, à integração valorativa vinculada ao conjunto axioprinciplológico estabelecido pelas constituições democráticas (dentre as quais a Constituição brasileira), que forma a unidade do sistema e que se estende de forma primaz ao Direito Civil (e a todos os ramos do Direito), que é na essência o ramo do Direito que rege as relações interpessoais que, por sua vez, reclamam critérios intersubjetivos de legitimidade e de validade material. Nesta integração valorativa ganham relevo os estudos com relação aos conflitos e as decisões nos casos difíceis, que se resolvem com base nos princípios e valores, haja vista que nestes casos as regras, no sistema de tudo ou nada, se tornam inconsistentes e muitas vezes inexistentes. Os argumentos com o fim de se encontrar uma solução válida perpassam as teorias de Alexy e Dworkin, este no tocante ao Direito como integridade, vinculado à moral, e aquele considerando o valor congruente dos princípios em um sistema que exige racionalidade argumentativa de ponderação ante os pressupostos fáticos” (grifos nossos). (MORAES, Hermes Santos Blumenthal de. **O papel das cláusulas gerais e sua aplicação no direito civil-constitucional**. Porto Alegre: Paixão, 2014, p. 125)

<sup>151</sup> “As cláusulas gerais, na medida em que remetem a norma à integração valorativa no caso concreto, em conformação dos valores e princípios (que conferem a própria unidade do sistema) -, fazem, por outro lado, propalar os discursos de temor da insurgência de um ‘juiz legislador’, que estaria a usurpar o poder do legislativo, desequilibrando a tripartição dos poderes. [...]. Mas, indo além, nas cláusulas gerais a norma formada também transcende o próprio momento individual das partes no caso concreto, na formação de conjuntos conceituais dinâmicos a partir da análise dos casos difíceis e da ressignificação constante dos significantes que compõe o objeto valorativo da cláusula geral, em uma formação dinâmica de significados para os diversos contornos dos casos concretos em meio a uma sociedade plural, complexa e dinamicamente constituída. Neste contexto, por outro lado, a se evitar uma discricionariedade no sentido ‘forte’, como mecanismos de controle e de implementação democrática nesta normativa dinâmica, se enquadram as teorias da argumentação como instrumentos de uma razão prática procedimental, inerentes ao *due process of law*, além da integração valorativa calcada obrigatoriamente no núcleo axioprinciplológico constitucional, e democraticamente instituído, que confere unidade ao sistema, a assegurar validade e legitimidade moral às decisões tanto na esfera política quanto na esfera judicial onde a atividade das partes assistidas é argumentativa, por natureza”. (MORAES, Hermes Santos Blumenthal de. **O papel das cláusulas gerais e sua aplicação no direito civil-constitucional**. Porto Alegre: Paixão, 2014, p. 125)

<sup>152</sup> “Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002)

ideia de que, a personalidade humana constitui um todo, ou seja, um complexo multifacetado, singular e unitário, a exigir e a merecer a garantia e a tutela no seu particular modo de ser e em todos os variados aspectos que a singularizam. Por outro lado, afasta-se do entendimento de que, os direitos da personalidade redundariam apenas de mera soma de particulares aspectos previamente elencados pelo legislador<sup>153</sup>.

Nada obstante, a cláusula geral dos direitos da personalidade sobre a tutela da vida privada não é um cheque em branco. Comunga-se inteiramente com as advertências propostas por Anderson Schreber, porquanto se vislumbram esforços para a construção de critérios aptos a distinguir aqueles interesses que realmente são merecedores de tutela à luz do ordenamento jurídico vigente. Em caso contrário, a criatividade própria das ações judiciais poderá levar a banalização do principal *front* de proteção dos direitos da personalidade, qual seja, a indenização por dano moral<sup>154</sup>.

Quanto às indenizações (responsabilidade civil), Judith Martins Costa<sup>155</sup> apresenta a estrutura dos direitos da personalidade no ordenamento jurídico brasileiro a traçar conexões de três alçadas na sua forma tipicamente tutelada pelo Direito Civil: (1) intrassistemáticas, (2) intersistemáticas e (3) extrassistemáticas. A primeira, se refere à manutenção da importância do código civil no contexto civil-constitucional, porquanto diz respeito a aspectos da responsabilidade civil e do intercâmbio interno de normas do próprio Código Civil, daí a nomenclatura iniciada com o prefixo (*intra*).

A segunda conexão (*inter*), há o reenvio de conexões entre normas de outros estatutos normativos para tutela típica através da responsabilidade civil, primordialmente a

---

<sup>153</sup> “É paradigmática, nesse sentido, a cláusula geral do art. 21 (tutela da vida privada), que poderá – se bem compreendida como modelo jurídico prospectivo – sanar deficiências do próprio Código Civil, constituindo, por outro lado, via privilegiada para a expansão, nesse domínio, do princípio da dignidade da pessoa humana contra a indevida intromissão de poderes políticos e sociais na esfera de exclusividade de cada pessoa. Para compreender essa assertiva importa saber que o novo Código alia, ao tratar dos Direitos de Personalidade, uma vantagem e um defeito. A vantagem está em não apresentar um rol pretensamente exaustivo ou fechado dos direitos (não taxatividade e atipicidade). A desvantagem está em não inserir, expressamente, uma cláusula geral relativa ao livre desenvolvimento da personalidade, que facilitaria sobremodo o trabalho jurisprudencial de “descoberta” de novos aspectos da personalidade humana que, sendo lesados ou estando sob a ameaça de lesão, merecem tutela adequada, ainda que não previamente tipificados em texto legislativo”. (COSTA, Judith Martins. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, direito fundamentais e direito privado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 90)

<sup>154</sup> “A imensa maioria das cortes pátrias continua, todavia, a compensar os danos morais exclusivamente por meio de uma indenização em dinheiro. Os tribunais brasileiros já ‘despatrimonializaram’ o dano, mas não ainda a sua reparação. A maioria dos advogados também não parece interessada em pleitear a compensação não pecuniária. Para combater a insuficiência inevitável das somas de dinheiro, tem se argumentado que a responsabilidade civil deve exercer uma função punitiva, que garanta à vítima... mais dinheiro”. (SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 19)

<sup>155</sup> COSTA, Judith Martins. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, direito fundamentais e direito privado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 93.

Constituição Federal em temas de danos à pessoa ou ao Código de Processo civil, em matéria de índole processual. E, por derradeiro, a Autora se refere às conexões extrassistemáticas que, a princípio, estariam fora do sistema jurídico, como, p. ex., a utilização de dados estatísticos a fim de se apurar a proporcionalidade entre a conduta culposa e o efetivo dano.

De qualquer sorte, os subsídios teóricos aqui delineados serão importantes para o desenvolvimento das seções posteriores, precisamente quanto ao direito ao esquecimento no meio ambiente virtual. Desta maneira, a investigação acadêmica analisará a viabilidade de sua configuração normativa sobre duas perspectivas possíveis no direito civil-constitucional brasileiro: (1) direito da personalidade atípico, resultante da cláusula geral da personalidade do artigo 21, CC/2002, como foro de autonomia própria diante da sociedade em rede e do paradigma tecnológico; ou, como (2) direito da personalidade típico, sendo consectário jurídico-civil-constitucional decorrente do próprio direito à privacidade na era digital.

Por outro lado, a análise da teoria precedentalista também ajudará nesta conformação, sobretudo por elucubrações relativas aos precedentes judiciais nacionais, estrangeiros e internacionais sobre a construção do direito ao esquecimento no ambiente virtual, sobretudo os influxos pioneiros oriundos do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) e, no Brasil, dos tribunais superiores (STF e STJ). Antes desta seção, entretanto, tem-se o próprio direito humano de acesso à internet como contraponto nesta dialética jusfundamental. Assim, há uma premissa básica para o *derecho al olvido* na era digital: a conjugação harmoniosa dos direitos de privacidade com a liberdade de expressão diante do novo paradigma tecnológico. Eis o tema para a próxima seção.

### **3.4 O direito humano de acesso à internet: os conflitos entre a liberdade de expressão e os direitos de privacidade na era digital**

A revolução da criação da internet diante das tecnologias da informação é incontestável, diferenciando apenas a gradação do otimismo em face deste acontecimento. Diferentemente da criação de outros meios de comunicação (imprensa, rádio, televisão etc), há agora um salto de projeção geométrica: interatividade mundialmente multiplicada e instantaneidade absoluta na difusão das informações da sociedade em rede.

Neste contexto, o Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (CDH-ONU) aprovou relatório em 16 de maio de 2011<sup>156</sup>, defendendo o respeito, a promoção

---

<sup>156</sup> “This report explores key trends and challenges to the right of all individuals to seek, receive and impart information and ideas of all kinds through the Internet. The Special Rapporteur underscores the unique and



e o exercício dos direitos humanos relativos à liberdade de expressão e de opinião na internet. Neste particular, embora estes relatórios da ONU não tenham força de lei, são orientações importantes para guiar os governos e os particulares em geral diante dos novos paradigmas tecnológicos da sociedade em rede.

Com efeito, tal documento da ONU é recorrentemente apontado como a gênese do direito humano de acesso à internet, afirmando que, os mesmos direitos garantidos no mundo *offline* devem ser proporcionados também no ambiente *online*. Neste ponto, Orlando Pulvirenti<sup>157</sup> se referindo ao relatório *La Rue* – em alusão ao seu relator especial da ONU *Frank La Rue* – ressalta a natureza única e transformadora da Internet não apenas para permitir que os indivíduos exerçam seu direito à liberdade de opinião e expressão, mas também para uma série de outros direitos humanos, e para promoção do progresso da sociedade como um todo.

Desta forma, Orlando Pulvirenti<sup>158</sup> defende o acesso à internet como um direito humano que viabiliza outros, ou seja, desde a cultura à educação, passando pelas atividades comerciais. Neste ponto, a incorporação definitiva da internet como parte da cultura global e a gama de possibilidades de comunicações com os habitantes-usuários determinam que, a

---

*transformative nature of the Internet not only to enable individuals to exercise their right to freedom of opinion and expression, but also a range of other human rights, and to promote the progress of society as a whole. Chapter III of the report underlines the applicability of international human rights norms and standards on the right to freedom of opinion and expression to the Internet as a communication medium, and sets out the exceptional circumstances under which the dissemination of certain types of information may be restricted. Chapters IV and V address two dimensions of Internet access respectively: (a) access to content; and (b) access to the physical and technical infrastructure required to access the Internet in the first place. More specifically, chapter IV outlines some of the ways in which States are increasingly censoring information online, namely through: arbitrary blocking or filtering of content; criminalization of legitimate expression; imposition of intermediary liability; disconnecting users from Internet access, including on the basis of intellectual property rights law; cyberattacks; and inadequate protection of the right to privacy and data protection. Chapter V addresses the issue of universal access to the Internet. The Special Rapporteur intends to explore this topic further in his future report to the General Assembly. Chapter VI contains the Special Rapporteur's conclusions and recommendations concerning the main subjects of the report". (UNITED NATIONS. General Assembly. Human Rights Council. A/HRC/17/27. Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Frank La Rue. Geneva: OHCHR, 16 may 2011)*

<sup>157</sup> *"En definitiva, siendo que se lo asiente sobre las bases que proveen otros derechos humanos de más antigua raigambre, como el de la libertad de expresión, de comercio, de industria, u otros de más reciente aparición en el tiempo, como los derechos económicos, sociales y culturales, no caben dudas de que el derecho de acceder a Internet se ha consolidado, por sí mismo, como un derecho humano que goza de todas las características y tutelas internacionales que se asignan a cualquier otro de ellos". (PULVIRENTI, Orlando D. **Derechos humanos e internet**. 1. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Errepar, 2013, p. 91)*

<sup>158</sup> *"La enorme cantidad de usuarios que utilizan en el mundo este medio como una forma de conectarse con otros, en el ejercicio de las más diversas actividades humanas – que van desde el simple entretenimiento hasta las relaciones personales, el desarrollo de modelos comerciales, industriales, comunicacionales y sociales – requiere que exista la posibilidad de conexiones reales e igualitarias a Internet". (PULVIRENTI, Orlando D. **Derechos humanos e internet**. 1. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Errepar, 2013, p. 87)*

privação tecnológica afetaria com relevo outros direitos humanos viabilizados pelo acesso à grande rede mundial de computadores.

Neste contexto, comunga-se com Orlando Pulvirenti, identificando-se o direito humano de acesso à internet sob duas dimensões em relação aos Estados, isto é, impondo-lhes obrigações de fazer (positivas) e de não-fazer (negativas). Estas, dizem respeito à abstenção estatal na maior medida do possível, isto é, não se restringindo o material circulado pelos cidadãos por meio da internet por razões eminentemente políticas, ideológicas etc. Por outro lado, também se impõem ações concretas de natureza tecnológica e de infraestrutura, democratizando o acesso à internet por meio de políticas públicas de inclusão digital.

Por conseguinte, o relatório *La Rue*<sup>159</sup> reforça a tese de que, as garantias quanto à liberdade de expressão e de opinião desenhadas na Declaração Universal dos Direitos Humanos e, particularmente, no artigo 19 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos<sup>160</sup>, devem ser respeitadas, protegidas e promovidas pelos Estados e pela sociedade em rede. Em outras palavras, transcende-se o normativo de direitos humanos no âmbito da ONU da era moderna (pós-moderna) para a era digital.

Devem ser observados, portanto, na rede mundial de computadores (internet): (A) todas as pessoas têm o direito de ter opiniões sem interferência; (B) todas as pessoas têm direito à liberdade de expressão, compreendendo a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de fronteiras, seja a manifestação por qualquer meio de sua escolha, oralmente, por escrito ou de forma artística; (C) O exercício destes direitos implicarão deveres e responsabilidades especiais. Por conseguinte, podem estar sujeitos a certas restrições previstas em lei, quando necessárias: (C.1) ao respeito destes direitos ou à tutela do direito de terceiros; (C.2) à proteção da segurança nacional, da ordem pública, da saúde ou da moral públicas<sup>161</sup>.

<sup>159</sup> UNITED NATIONS. General Assembly. Human Rights Council. **A/HRC/17/27**. Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Frank La Rue. Geneva: OHCHR, 16 may 2011.

<sup>160</sup> “**Article 19** 1. Everyone shall have the right to hold opinions without interference. 2. Everyone shall have the right to freedom of expression; this right shall include freedom to seek, receive and impart information and ideas of all kinds, regardless of frontiers, either orally, in writing or in print, in the form of art, or through any other media of his choice. 3. The exercise of the rights provided for in paragraph 2 of this article carries with it special duties and responsibilities. It may therefore be subject to certain restrictions, but these shall only be such as are provided by law and are necessary: (a) For respect of the rights or reputations of others; (b) For the protection of national security or of public order (*ordre public*), or of public health or morals” (grifos nossos). (UNITED NATIONS. General Assembly. **International Covenant on Civil and Political Rights**. New York: UN, 16 dec. 1966)

<sup>161</sup> “Tal como ha quedado expresado en este trabajo, tanto por aplicación de los principios inherentes a la restricción en el marco de los derechos humanos a cualquier libertad, así como en particular aquellos que atañen a la libertad de expresión, ha quedado establecido que se deben aplicar tests de interpretación acumulativa y sucesiva con carácter previo a disponer cualquier limite al derecho de acceso a Internet. Ese

De imediato, duas reflexões são necessárias sobre a aplicação às relações jurídicas no ambiente da internet do artigo 19 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966. A primeira, de natureza formal, diz respeito à decisão estatal de regulamentação da liberdade de expressão e de opinião no ambiente cibernético, impondo deveres, responsabilidades especiais e restrições aos usuários. Neste ponto, tal decisão estatal (preferencialmente legislativa) deverá ocorrer de forma imparcial e independente, com aplicação de forma igualitária a todos os usuários e a previsão de recursos, com observância da ampla defesa e do contraditório. A segunda, de natureza material, que tais restrições e limitações ocorram de forma excepcional, como último recurso estatal, observando os motivos elencados nos itens (C.1) e (C.2) acima, sem prejuízo de outras pautas atualizadas ao século XXI, p. ex., a pornografia infantil, a incitação ao ódio religioso, racial, política ou de qualquer natureza, a instigação ao cometimento de delitos (genocídio, terrorismo etc), além da importante observância dos direitos de privacidade das pessoas.

Com efeito, o último motivo acima elencado suscetível de limitar ou restringir a liberdade de expressão e de opinião na internet, diz respeito exatamente ao título da seção ora pesquisada, qual seja, o direito humano de acesso à internet: os conflitos entre a liberdade de expressão e os direitos de privacidade na era digital. Trata-se de uma conjugação necessária a compatibilidade destes direitos e liberdades fundamentais no ambiente cibernético.

Neste particular, a Organização das Nações Unidas (ONU), por resolução nº 68/167<sup>162</sup> de sua Assembleia Geral, de 18 de dezembro de 2013, reafirma expressamente o direito humano à privacidade na internet. Nesta medida, reconhece-se o exercício dos direitos de privacidade como importante para materialização da liberdade de expressão e liberdade de opinião, bases de uma sociedade democrática.

---

esquema requiere que en primer término las restricciones se apliquen con motivo de algunas de las causales estipuladas convencionalmente; que ellas se hagan por vía legislativa, tanto en sentido formal y material; en segundo lugar, que sean razonables y, finalmente, que se acrediten por parte del Estado que es el único medio posible". (PULVIRENTI, Orlando D. **Derechos humanos e internet**. 1. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Errepar, 2013, p. 88-89)

<sup>162</sup> "Reaffirming also the human rights and fundamental freedoms enshrined in the Universal Declaration of Human Rights and relevant international human rights treaties, including the International Covenant on Civil and Political Rights and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, [...] 1. Reaffirms the right to privacy, according to which no one shall be subjected to arbitrary or unlawful interference with his or her privacy, family, home or correspondence, and the right to the protection of the law against such interference, as set out in article 12 of the Universal Declaration of Human Rights and article 17 of the International Covenant on Civil and Political Rights; 2. Recognizes the global and open nature of the Internet and the rapid advancement in information and communications technologies as a driving force in accelerating progress towards development in its various forms; 3. **Affirms that the same rights that people have offline must also be protected online, including the right to privacy;** [...]" (grifos nossos). (UNITED NATIONS. General Assembly. **A/RES/68/167**. The right to privacy in the digital age. New York: UN, 21 jan. 2014)

Igualmente, a referida resolução da ONU também estimula a todos os Estados que, adotem medidas para punir as violações aos direitos de privacidade na era digital, bem como ajustem as suas legislações nacionais à luz do direito internacional de direitos humanos. Neste ponto, criam-se condições necessárias para impedir o descumprimento do normativo, inclusive com a criação de instituições ou mecanismos nacionais de supervisão independentes<sup>163</sup>.

No âmbito da dogmática-constitucional, ao se perquirir o texto constitucional de 1988, alguns dispositivos são comumente associados à liberdade de expressão em sentido amplo, destacando: o artigo 1º, inciso V; o artigo 5º, inciso IV (liberdade de manifestação de pensamento), incisos VI e VIII (liberdade de consciência e a de crença); inciso IX c/c artigo 220, *caput* e § 2º (liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação); dentre outras possíveis conexões<sup>164</sup>.

Por seu turno, tramita no Senado Federal proposta de Emenda à Constituição nº 06/2011<sup>165</sup> com o intuito de incluir no rol dos direitos fundamentais sociais do artigo 6º o direito ao acesso à rede mundial de computadores (internet). Assim, a aprovação de eventual emenda à constituição com este conteúdo consolidará no âmbito do direito interno o direito humano de acesso à internet como direito fundamental, atraindo para si força normativa

<sup>163</sup> “4. *Calls upon all States: (a) To respect and protect the right to privacy, including in the context of digital communication; (b) To take measures to put an end to violations of those rights and to create the conditions to prevent such violations, including by ensuring that relevant national legislation complies with their obligations under international human rights law; (c) To review their procedures, practices and legislation regarding the surveillance of communications, their interception and the collection of personal data, including mass surveillance, interception and collection, with a view to upholding the right to privacy by ensuring the full and effective implementation of all their obligations under international human rights law; (d) To establish or maintain existing independent, effective domestic oversight mechanisms capable of ensuring transparency, as appropriate, and accountability for State surveillance of communications, their interception and the collection of personal data;*”. (UNITED NATIONS. General Assembly. **A/RES/68/167**. The right to privacy in the digital age. New York: UN, 21 jan. 2014)

<sup>164</sup> “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] V - o pluralismo político.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, liberdade, igualdade, segurança e a propriedade, nos termos seguintes: [...] IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; [...] 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; [...] VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei; IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

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. [...] § 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”. (BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Assembleia Nacional Constituinte, 1988)

<sup>165</sup> BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição nº 6, de 2011**. Autoria: Senador Rodrigo Rollemberg (PSB/DF) e outros. Brasília, DF: Senado Federal, 2011.

potencializada em desfavor de toda a legislação infraconstitucional que venha de encontro a este direito.

Neste particular, consoante o constitucionalismo contemporâneo, a existência de um direito fundamental expressamente previsto no texto constitucional ultrapassa o caráter meramente simbólico, impondo aos poderes públicos constituídos a formulação de políticas públicas de Estado adequadas para concretização do acesso à internet da forma mais ampliada possível. E, da mesma forma, fomentará a iniciativa privada as práticas de respeito, proteção e promoção destes direitos, criando-se o ambiente necessário para consolidação da sociedade em rede.

Por conseguinte, passa-se a analisar as possíveis soluções ao conflito da liberdade de expressão e os direitos de privacidade na era digital à luz da legislação brasileira. Inicialmente, o chamado “marco civil da internet” (Lei 12.965/2014) dispõe textualmente no seu artigo 7º, *caput*, que, “o acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania [...]”, portanto a materialização da cidadania digital no Brasil tem como premissa a consolidação de um direito fundamental de acesso à internet.

Por oportuno, recentemente foi aprovada no Congresso Nacional a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, que trata do tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. Denominada simplesmente de “lei geral de proteção de dados pessoais” (LGPD), altera alguns pontos do marco civil da internet, e entrará em vigor 18(dezoito) meses de sua publicação oficial<sup>166</sup>.

Neste diapasão, o artigo 2º da referida lei assevera que, a disciplina da proteção de dados pessoais no Brasil tem como fundamentos: (1) o respeito à privacidade; (2) a autodeterminação informativa; (3) a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; (4) a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; (5) o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação; (6) a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e (7) os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

Depreende-se do artigo 2º algo inequívoco já consagrado no âmbito do direito internacional dos direitos humanos: não se pode falar em direitos de privacidade na internet de forma apartada das liberdades comunicativas *lato sensu* (de expressão, de informação, e de

---

<sup>166</sup> BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Brasília, DF: Presidência da República, 2018.

opinião). Em outras palavras, o conteúdo essencial de cada um destes direitos e liberdades devem conviver de forma equilibrada e harmônica no ambiente cibernético, rechaçando-se quaisquer interpretações que acabem por ilidi-los por completo no plano concreto.

Outrossim, têm especial relevância na LGPD os princípios da transparência para o uso de dados pessoais; o princípio da responsabilização e prestação de contas; o princípio da adequação, qual seja, a compatibilização do uso dos dados pessoais com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento; princípio da proteção do usuário em toda a arquitetura do negócio (*privacy by design*); princípio da finalidade, isto é, os dados só devem ser utilizados para as finalidades específicas para as quais foram coletados e previamente informados aos seus titulares; e, também, o princípio da necessidade, significando limitar o uso dos dados ao mínimo necessário para que se possa atingir a finalidade pretendida. Neste ponto, por via de consequência, surge ainda a indispensável exclusão imediata de dados, após atingida tal finalidade<sup>167</sup>.

Por seu turno, também se constata que, o legislador infraconstitucional brasileiro vai ao encontro da já mencionada resolução da ONU de nº 68/167, que exorta aos Estados medidas para proteção dos direitos de privacidade na era digital. Igualmente, na mesma direção do regulamento geral da União Europeia sobre a proteção de dados pessoais nº 2016/679 (*General Data Protection Regulation – GDPR*), que somente entrou em vigor recentemente em 25 de maio de 2018, revogando a antiga diretiva 95/46/CE. Neste ponto, o novel regulamento da UE estabelece regras de proteção de dados mais rigorosas, que conferem aos cidadãos um maior controle sobre os seus dados pessoais e um conjunto único

---

<sup>167</sup> “Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios: I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades; II - adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento; III - necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados; IV - livre acesso: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais; V - qualidade dos dados: garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento; VI - transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial; VII - segurança: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão; VIII - prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais; IX - não discriminação: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos; X - responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas”. (BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Brasília, DF: Presidência da República, 2018)

de regras com condições mais equitativas a todas as empresas ativas na UE, independentemente de sua localização<sup>168</sup>.

Registra-se, por conseguinte, que a criação de instituições ou mecanismos nacionais de supervisão independentes também impulsionada pela ONU na resolução nº 68/167 é realizado na lei brasileira (LGPD). Nesta esteira, tem-se: os Agentes de Tratamento de dados pessoais, nas figuras do Controlador e do Operador. Estes, por sua vez, podem ser uma pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado. Ao primeiro (controlador) competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais, enquanto ao segundo (operador), a realização do tratamento em nome do primeiro<sup>169</sup>.

Com efeito, também foi definida a figura do Encarregado<sup>170</sup>, que também na condição de pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, atuará como canal de comunicação entre o Controlador e os titulares de dados pessoais e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), responsável por zelar, implementar e fiscalizar o cumprimento da LGPD. Neste particular, apesar de ter manifestado concordância com a questão e da

<sup>168</sup> “A proteção das pessoas singulares relativamente ao tratamento de dados pessoais é um direito fundamental. O artigo 8º, nº 1, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia («Carta») e o artigo 16, nº1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) estabelecem que todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito. [...]. **A Diretiva 95/46/CE é revogada com efeitos a partir de 25 de maio de 2018.** (grifos nossos)”. (UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016 relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). **Jornal Oficial da União Europeia**, I (Atos legislativos), 4 maio 2016, L 119/1-88)

<sup>169</sup> “Art. 37. O controlador e o operador devem manter registro das operações de tratamento de dados pessoais que realizarem, especialmente quando baseado no legítimo interesse. Art. 38. A autoridade nacional poderá determinar ao controlador que elabore relatório de impacto à proteção de dados pessoais, inclusive de dados sensíveis, referente a suas operações de tratamento de dados, nos termos de regulamento, observados os segredos comercial e industrial. Parágrafo único. Observado o disposto no caput deste artigo, o relatório deverá conter, no mínimo, a descrição dos tipos de dados coletados, a metodologia utilizada para a coleta e para a garantia da segurança das informações e a análise do controlador com relação a medidas, salvaguardas e mecanismos de mitigação de risco adotados. Art. 39. O operador deverá realizar o tratamento segundo as instruções fornecidas pelo controlador, que verificará a observância das próprias instruções e das normas sobre a matéria. Art. 40. A autoridade nacional poderá dispor sobre padrões de interoperabilidade para fins de portabilidade, livre acesso aos dados e segurança, assim como sobre o tempo de guarda dos registros, tendo em vista especialmente a necessidade e a transparência”. (BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.** Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Brasília, DF: Presidência da República, 2018)

<sup>170</sup> “Art. 41. O controlador deverá indicar encarregado pelo tratamento de dados pessoais. § 1º A identidade e as informações de contato do encarregado deverão ser divulgadas publicamente, de forma clara e objetiva, preferencialmente no sítio eletrônico do controlador. § 2º As atividades do encarregado consistem em: I - aceitar reclamações e comunicações dos titulares, prestar esclarecimentos e adotar providências; II - receber comunicações da autoridade nacional e adotar providências; III - orientar os funcionários e os contratados da entidade a respeito das práticas a serem tomadas em relação à proteção de dados pessoais; e IV - executar as demais atribuições determinadas pelo controlador ou estabelecidas em normas complementares. § 3º A autoridade nacional poderá estabelecer normas complementares sobre a definição e as atribuições do encarregado, inclusive hipóteses de dispensa da necessidade de sua indicação, conforme a natureza e o porte da entidade ou o volume de operações de tratamento de dados”. (BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.** Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Brasília, DF: Presidência da República, 2018)

promessa de envio de projeto de lei do poder executivo com este *mister*, o presidente da república vetou a sua criação por causa de vício de inconstitucionalidade de iniciativa, na medida em que a ANPD se tratava de nova entidade da administração pública indireta<sup>171</sup>.

Por conseguinte, antes de encerrar o mandato presidencial, editou-se medida provisória de nº 869, de 27 de dezembro de 2018, criando-se formalmente a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD). Trata-se de órgão da administração pública federal, integrante da Presidência da República, sendo-lhe assegurado autonomia técnica e podendo solicitar, a qualquer momento, aos órgãos e às entidades do Poder Público a realização de operações de tratamento de dados pessoais, as informações específicas sobre o âmbito e a natureza dos dados e outros detalhes do tratamento realizado, além de emitir parecer técnico complementar para garantir o cumprimento da LGPD<sup>172</sup>.

Outrossim, a ANPD possui extensa competência definida pela Medida Provisória 869/2018<sup>173</sup>, destacando-se, inclusive, poder normativo para editar normas e procedimentos sobre a proteção de dados pessoais, desde que, observe a exigência de mínima intervenção, assegurados os fundamentos e os princípios previstos na LGPD e o disposto no art. 170 da Constituição Federal. Igualmente, também se registra o dever de promoção de ações

---

<sup>171</sup> “Os dispositivos incorrem em inconstitucionalidade do processo legislativo, por afronta ao artigo 61, § 1º, II, ‘e’, cumulado com o artigo 37, XIX da Constituição”. (BRASIL. **Mensagem de Veto nº 451, de 14 de agosto de 2018**. Brasília, DF: Presidência da República, 2018)

<sup>172</sup> BRASIL. **Medida Provisória nº 869, de 27 de dezembro de 2018**. Altera a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, para dispor sobre a proteção de dados pessoais e para criar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2018.

<sup>173</sup> “Art. 55-J. Compete à ANPD: I - zelar pela proteção dos dados pessoais; II - editar normas e procedimentos sobre a proteção de dados pessoais; III - deliberar, na esfera administrativa, sobre a interpretação desta Lei, suas competências e os casos omissos; IV - requisitar informações, a qualquer momento, aos controladores e operadores de dados pessoais que realizem operações de tratamento de dados pessoais; V - implementar mecanismos simplificados, inclusive por meio eletrônico, para o registro de reclamações sobre o tratamento de dados pessoais em desconformidade com esta Lei; VI - fiscalizar e aplicar sanções na hipótese de tratamento de dados realizado em descumprimento à legislação, mediante processo administrativo que assegure o contraditório, a ampla defesa e o direito de recurso; VII - comunicar às autoridades competentes as infrações penais das quais tiver conhecimento; VIII - comunicar aos órgãos de controle interno o descumprimento do disposto nesta Lei praticado por órgãos e entidades da administração pública federal; IX - difundir na sociedade o conhecimento sobre as normas e as políticas públicas de proteção de dados pessoais e sobre as medidas de segurança; X - estimular a adoção de padrões para serviços e produtos que facilitem o exercício de controle e proteção dos titulares sobre seus dados pessoais, consideradas as especificidades das atividades e o porte dos controladores; XI - elaborar estudos sobre as práticas nacionais e internacionais de proteção de dados pessoais e privacidade; XII - promover ações de cooperação com autoridades de proteção de dados pessoais de outros países, de natureza internacional ou transnacional; XIII - realizar consultas públicas para colher sugestões sobre temas de relevante interesse público na área de atuação da ANPD; XIV - realizar, previamente à edição de resoluções, a oitiva de entidades ou órgãos da administração pública que sejam responsáveis pela regulação de setores específicos da atividade econômica; XV - articular-se com as autoridades reguladoras públicas para exercer suas competências em setores específicos de atividades econômicas e governamentais sujeitas à regulação; e XVI - elaborar relatórios de gestão anuais acerca de suas atividades”. (BRASIL. **Medida Provisória nº 869, de 27 de dezembro de 2018**. Brasília, DF: Presidência da República, 2018)



cooperativas com autoridades de proteção de dados pessoais de outros países, de natureza internacional ou transnacional, dentre outros.

Ademais, também por obra da Medida Provisória nº 869/2018, mostra-se relevante a criação do Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e Privacidade. Este, por sua vez, deverá propor diretrizes, elaborar relatórios, fornecer subsídios para elaboração da Política Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade, bem como para atuação da própria ANPD. Neste ponto, a própria composição do conselho já demonstra a pluralidade de órgãos e instituições de todos os Poderes (Executivo, Legislativo, Judiciário), do CNMP, do CNJ, da sociedade civil, científica e empresarial, que deverão se debruçar sobre a temática.<sup>174</sup>

De qualquer sorte, a LPGD pretende oferecer cabedal normativo capaz de dar uma nova dinâmica no que diz respeito aos direitos de privacidade e, por via de consequência, sua conjugação harmoniosa com as liberdades comunicativas no ambiente digital. Assim, serão 18 (dezoito) meses, a partir de agosto de 2018, para que os poderes públicos e as empresas do setor privado se adequem, destacando-se alguns desafios: a implementação efetiva (formal e material) da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), que, com a publicação da recente MP 869/2018, apenas se conferiram seus primeiros passos, com vários dispositivos vigendo apenas com 24 meses de sua publicação; a nomeação dos agentes de tratamento de dados pessoais; a realização de auditorias internas e mapa de dados dos usuários; a revisão das políticas de segurança no tratamento de dados pessoais; a revisão de contratos de acordo com a nova legislação; a elaboração de relatório de impacto de privacidade; dentre outros.

---

<sup>174</sup> “Art. 58-A. O Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade será composto por vinte e três representantes, titulares suplentes, dos seguintes órgãos: I - seis do Poder Executivo federal; II - um do Senado Federal; III - um da Câmara dos Deputados; IV - um do Conselho Nacional de Justiça; V - um do Conselho Nacional do Ministério Público; VI - um do Comitê Gestor da Internet no Brasil; VII - quatro de entidades da sociedade civil com atuação comprovada em proteção de dados pessoais; VIII - quatro de instituições científicas, tecnológicas e de inovação; e IX - quatro de entidades representativas do setor empresarial relacionado à área de tratamento de dados pessoais. § 1º Os representantes serão designados pelo Presidente da República. § 2º Os representantes de que tratam os incisos I a VI do **caput** e seus suplentes serão indicados pelos titulares dos respectivos órgãos e entidades da administração pública. § 3º Os representantes de que tratam os incisos VII, VIII e IX do **caput** e seus suplentes: I - serão indicados na forma de regulamento; II - terão mandato de dois anos, permitida uma recondução; e III - não poderão ser membros do Comitê Gestor da Internet no Brasil. § 4º A participação no Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade será considerada prestação de serviço público relevante, não remunerada.” (NR) “Art. 58-B. Compete ao Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade: I - propor diretrizes estratégicas e fornecer subsídios para a elaboração da Política Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade e para a atuação da ANPD; II - elaborar relatórios anuais de avaliação da execução das ações da Política Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade; III - sugerir ações a serem realizadas pela ANPD; IV - elaborar estudos e realizar debates e audiências públicas sobre a proteção de dados pessoais e da privacidade; e V - disseminar o conhecimento sobre a proteção de dados pessoais e da privacidade à população em geral”. (BRASIL. **Medida Provisória nº 869, de 27 de dezembro de 2018**. Brasília, DF: Presidência da República, 2018)

De outro giro, embora tratado até agora nesta pesquisa acadêmica sem o rigor científico, não se desconhecem as diferenças conceituais apontadas pela doutrina acerca das expressões: “direitos”, “liberdades” e “garantias fundamentais”. Apesar do dissenso acadêmico, toma-se como parâmetro o professor Paulo Bonavides. De plano, “direito fundamental” e “liberdade fundamental” poderiam ser sinônimos, contudo, fala-se em “liberdade fundamental” quando se quer focar os direitos fundamentais de 1ª dimensão, ou seja, aqueles que impõem ao Estado prestações negativas ou obrigações de não-fazer, como, p. ex., a liberdade de locomoção, a liberdade de expressão, a liberdade de associação etc.<sup>175</sup>

Decerto, a classificação dos direitos fundamentais em dimensões se mostra relevante do ponto de vista didático, demonstrando-se à luz da perspectiva histórica o percurso de acumulação dos direitos humanos, sobretudo a partir de Revolução Francesa. Adverte Cançado Trindade<sup>176</sup>, entretanto, a natureza do indivíduo enquanto sujeito de direito internacional, destacando a interdependência, a indivisibilidade e a inter-relação dos direitos humanos já consagrados nos documentos protetivos internacionais.

De fato, assiste razão a Cançado Trindade. A própria Assembleia Geral da ONU editou resolução nº 32/130<sup>177</sup> sobre o assunto, assim como tal concepção de indivisibilidade, interdependência e inter-relação entre os todos os direitos humanos foi reiterada na Declaração de Direitos Humanos de Viena, do ano de 1993<sup>178</sup>. Em outras palavras, a

<sup>175</sup> “A necessidade, pois, de afirmar e proteger a liberdade perante o Estado foi, como se vê, o polo jurídico dessa formulação conceitual, nascida nas reflexões e constatações de juristas liberais, que introduziram na terminologia do velho direito público – contemporâneo das primeiras épocas constitucionais – as locuções de direitos individuais, garantias individuais e, finalmente, com absoluto êxito e eficácia de expressão, as chamadas garantias constitucionais, [...], para desvendar um horizonte mais vasto de indagações acerca da salvaguarda dos direitos fundamentais”. (BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 529)

<sup>176</sup> “En el capítulo de los sujetos del Derecho Internacional, a la par de los Estados y organizaciones internacionales, figuran hoy también los individuos, la persona humana. Pues se el Derecho Internacional contemporáneo reconoce derechos a los individuos y grupos de particulares, - como lo ilustran los múltiples instrumentos internacionales de derechos humanos de nuestros días, - no hay cómo negarles personalidad jurídica internacional, sin la cual no podría darse aquel reconocimiento. El propio Derecho Internacional, al proclamar derechos inherentes a todo ser humano, - por definición anteriores y superiores al Estado, - desautoriza el arcaico dogma positivista que pretendía autoritariamente reducir tales derechos a los ‘concedidos’ por el Estado”. (TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A humanização do direito internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 122)

<sup>177</sup> “1. Decides that the approach to the future work within the United Nations system with respect to human rights questions should take into account the following concepts: (a) **All human rights and fundamental freedoms are indivisible and independent**; equal consideration should be given to the implementation, promotion and protection of both civil and political, and economic, social and cultural rights;” (grifos nossos). (UNITED NATIONS. General Assembly. **A/RES/32/130**. Alternative approaches and ways and means within the United Nations system for improving the effective enjoyment of human rights and fundamental freedoms. New York: UN, 16 dec. 1977)

<sup>178</sup> “5. Todos os Direitos Humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve considerar os Direitos Humanos, globalmente, de forma justa e equitativa, no mesmo pé e com igual ênfase. Embora se deva ter sempre presente o significado das especificidades nacionais e regionais e os diversos antecedentes históricos, culturais e religiosos, compete aos Estados,

liberdade, a igualdade e a solidariedade se concretizam mutuamente, não se podendo falar, por exemplo, de indivíduo verdadeiramente livre, quando se encontra faminto das necessidades básicas inerentes aos seres humanos.

Por outro lado, ambos (direitos e liberdades fundamentais) divergem de forma mais substancial das “garantias fundamentais”. De fato, falar-se em garantia fundamental significa se reportar imediatamente à ideia de valor instrumental, acessório e derivado. Em outras palavras, as garantias fundamentais garantem o usufruto e a fruição dos direitos e liberdades fundamentais, tutelando-os e os disciplinando normativamente. Segundo o professor Paulo Bonavides, a garantia-mãe do ordenamento jurídico-constitucional seria o artigo 5º, inciso XXXV (garantia do acesso à justiça), de natureza formal e material<sup>179</sup>.

Apesar de não se tratar a liberdade de expressão de um direito absoluto ou ilimitado<sup>180</sup>, como de fato não seria compatível com o Estado Democrático de Direito, a sua proteção deve ser a mais ampla possível, a fim de abarcar toda e qualquer manifestação não violenta. Neste ponto, também abrange o direito de ficar calado, haja vista que ninguém é - nem pode ser - obrigado a falar contra a sua vontade<sup>181</sup>.

Com efeito, surgem algumas indagações: poder-se-ia afirmar, em abstrato, a eventual existência de superioridade entre os direitos da personalidade e os direitos inerentes à liberdade de expressão, ou, em outras palavras, são direitos que possuem hierarquia formal e

independentemente dos seus sistemas políticos econômicos e culturais, promover e proteger todos os Direitos Humanos e liberdades fundamentais”. (CONFERÊNCIA MUNDIAL SOBRE DIREITOS HUMANOS. **Declaração e Programa de Ação de Viena**. Viena: CMDH, 14-25 jun. 1993)

<sup>179</sup> “Em razão precisamente desse relacionamento tão íntimo com os direitos fundamentais do indivíduo ou com a liberdade de feição e teor individualista, é que as garantias constitucionais se tornaram uma espécie de escudo da personalidade contra os desvios do poder do Estado ou se converteram historicamente no símbolo mais positivo e prestigioso de caracterização jurídica do Estado Liberal. Tornou-se a concretização de tais garantias num certo sentido mais importante ou tão importante quanto os próprios direitos contidos na Constituição ou por esta enunciados. Sem as garantias constitucionais os direitos contidos em declarações formais cairiam no vazio das esferas abstratas, ou perderiam o fio institucional de contato com a realidade concreta, aquela que deverá propiciar em termos de eficácia a fruição completa das liberdades humanas. De nada valeriam os direitos ou as declarações de direitos se não houvesse, pois, as garantias constitucionais para fazer reais e efetivos esses direitos. A garantia constitucional é, por conseguinte, a mais alta das garantias de um ordenamento jurídico, ficando acima das garantias legais ordinárias, em razão da superioridade hierárquica das regras da Constituição, perante as quais se curvam, tanto o legislador comum, como os titulares de qualquer dos Poderes, obrigados ao respeito e acatamento de direitos que a norma suprema protege”. (BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 532)

<sup>180</sup> “Soa quase como um dogma a afirmação de que não há direitos absolutos, ilimitados. A verdade, no entanto, é que a vida em sociedade exige - mais do que isso, verdadeiramente impõe - limites às ações humanas. A necessidade de limitação dos direitos é natural e lógica e decorre de razões de ordem prática: conferir caráter absoluto os tornaria ineficazes”. (RENUCCI, Jean-François. *Droit européen des droits de l’homme*. Paris: L.G.D.J., 1999, p. 369. Apud PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 133)

<sup>181</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

material diferentes? No caso de eventual colisão destes direitos, em concreto, como se equacionaria o respectivo conflito principiológico?

A despeito da amplitude desta importante liberdade fundamental, refuta-se de imediato a posição de Daniel Sarmiento adotada em sede de parecer jurídico, quando pretende inculcar a ideia de que, as liberdades comunicativas seriam detentoras de uma prioridade *prima facie* em casos de colisão com outros princípios constitucionais, inclusive os que consagram outros direitos da personalidade<sup>182</sup>.

De fato, não se pode pressupor, de forma prévia e abstrata, a hierarquia normativa e axiológica de quaisquer direitos, garantias ou liberdades fundamentais. Neste ponto, caberá minucioso e científico cotejo fático-jurídico, munindo-se de todas as peculiaridades e idiosincrasias do caso concreto. Após tal desiderato, então, poder-se-á ponderar os valores em jogo mediante importante tarefa hermenêutica.

Com efeito, caso ocorra eventual superioridade no conflito eminentemente principiológico, esta ocorrência será sempre transitória e aplicável tão somente ao caso concreto analisado. Quanto ao equacionamento, a hermenêutica jurídica oferece diversas formas de resolução de conflitos, p. ex., a utilização do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, dentre outros que serão agora analisados.

No que concerne especificamente ao direito fundamental à liberdade de expressão – ou simplesmente à liberdade fundamental de expressão (acepção ampla) -, é possível fracionar seu conteúdo: (a) a liberdade de expressão em sentido estrito, englobando a liberdade de pensamento, opiniões, ideias, sentimentos, pontos de vista, gostos artísticos etc, ou seja, a liberdade que cada indivíduo tem de se posicionar em relação ao mundo que o cerca e externar seu ponto de vista aos outros indivíduos; (b) a liberdade de informação, que se traduz no direito de informar e de ser informado corretamente; (c) a liberdade de imprensa, abrangendo o direito-dever dos meios de comunicação de divulgar fatos e opiniões. Neste sentido, há uma aproximação entre a liberdade de imprensa e a liberdade de expressão em

---

<sup>182</sup> “Além disso, a posição preferencial envolve o reconhecimento de uma prioridade *prima facie* das liberdades comunicativas em casos de colisão com outros princípios constitucionais, inclusive os que consagram outros direitos da personalidade. As liberdades de expressão e imprensa não são direitos absolutos, mas, pelo seu elevadíssimo peso na ordem dos valores constitucionais, tendem a prevalecer nos processos ponderativos. Ademais, a não ser em casos excepcionalíssimos, a tutela dos direitos da personalidade deve ocorrer *a posteriori*, através do exercício do direito de resposta e da responsabilização dos que exerceram abusivamente as suas liberdades expressivas. Esta última conclusão, de resto, também pode ser extraída do banimento constitucional da censura (CF, art. 220, § 2º), que se aplica a todos os poderes estatais – inclusive ao Judiciário”. (SARMENTO, Daniel. Liberdades comunicativas e “direito ao esquecimento” na ordem constitucional brasileira. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 7, p. 214-215, jan./mar. 2016. Parecer)

sentido estrito, na medida em que a imprensa (leiam-se todas as mídias, inclusive a digital) serve de veículo para a divulgação de ideias, pensamentos e opiniões de qualquer natureza<sup>183</sup>.

Quanto ao teor da mensagem externada – fruto do exercício da liberdade de expressão -, Rafael Koatz defende que, *a priori*, a Constituição Federal de 1988 protege todo e qualquer conteúdo exteriorizado, inclusive aqueles que desagradam a maioria (impopulares), porquanto correm o maior risco de sofrer limitações e censura. Quanto às formas de manifestação destas mensagens, o Autor também assevera que, todas estariam albergadas pelo texto constitucional (gestos, sinais, movimentos, mensagens orais, escritas, representações teatrais, sons, imagens, mensagens em redes sociais, *blogs* etc), desde que não sejam externadas na forma violenta<sup>184</sup>.

De imediato, causa-se reflexão a afirmação de Rafael Koatz<sup>185</sup> que, a Constituição Federal protege todo e qualquer conteúdo exteriorizado em nome do respeito e da proteção à liberdade de expressão. De fato, há uma prerrogativa constitucional de preservação da dignidade humana, qual seja, uma espécie de (direito-fonte), dos quais todos os outros são decorrentes (inclusive a liberdade de expressão). Assim, a realidade antropológica e dignificante se impõe, como a proteção de direitos derivados (honra, intimidade, imagem, privacidade etc). Ademais, a título de exemplo, conteúdos de natureza discriminatória por

---

<sup>183</sup> “Assim, portanto, integram o núcleo da liberdade de expressão: (i) o direito subjetivo público fundamental dos indivíduos à livre expressão de opiniões e ideias; bem como (ii) a promoção de um ambiente deliberativo plural, no qual seja assegurado a todos a possibilidade de expressar-se. A liberdade de expressão, assim, produz efeitos não apenas nas relações entre os indivíduos, mas também no funcionamento dos grandes veículos de comunicação de massa, que são regulados especificamente pelos arts. 220 a 224 da Constituição”. (KOATZ, Rafael Lorenzo Fernandez. As liberdades de expressão e de imprensa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (coords.). **Direito fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balança e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 398)

<sup>184</sup> “Alguns autores sustentam que apenas o ‘discurso’ seria protegido pela liberdade de expressão, e não a ‘conduta’. Nessa linha de raciocínio, seria possível, por exemplo, defender teses separatistas, mas não adotar medidas tendentes à sua implementação. A distinção oferece importantes aportes para distinguir o que é e o que não é protegido pela liberdade de expressão, mas não deve ser adotada de forma absoluta, na medida em que há condutas que se revestem de uma natureza eminentemente expressiva, exatamente por terem o objetivo de transmitir uma mensagem. Um exemplo interessante aflorou no direito norte-americano: a queima da bandeira nacional, como um ato de protesto contra o governo (*Texas v. Johnson*. 109 S. Ct. 2533 1989). Condutas desse tipo, que possuem caráter eminentemente simbólico e refletem um protesto, também estão, em princípio, inseridos na esfera de proteção da liberdade de expressão”. (KOATZ, Rafael Lorenzo Fernandez. As liberdades de expressão e de imprensa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (coords.). **Direito fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balança e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 399)

<sup>185</sup> “Em outras palavras, as liberdades de expressão e de imprensa inegavelmente ocupam uma posição referencial (*preferred position*) na ordem constitucional brasileira, por desempenhar duplo papel: substantivo e instrumental. Assim, portanto, segundo essa teoria, que vem sendo amplamente aceita, a solução dos conflitos envolvendo, de um lado, as liberdades de expressão e de imprensa, e, de outro, outros princípios constitucionais, deve ser resolvido, via regra, privilegiando aquela liberdade”. (KOATZ, Rafael Lorenzo Fernandez. As liberdades de expressão e de imprensa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (coords.). **Direito fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balança e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 401-402)

qualquer natureza (idade, raça, religião, gênero etc) não encontram qualquer guarida constitucional a serem exteriorizados. Nestes casos, sob o pretexto do exercício de liberdades fundamentais (liberdade de expressão), estar-se a infringir objetivamente outros dispositivos constitucionais, inclusive a implicar responsabilidades civis e criminais.

Outrossim, segundo Rafael Koatz, a teoria que deve prevalecer determina uma posição privilegiada dentro da Constituição Federal destas liberdades fundamentais comunicativas. Neste sentido, tal posição axiológica mais elevada se deve ao fato de que tais liberdades permitem, a um só tempo, o desenvolvimento de atributos inerentes à pessoa humana, bem como servem de instrumentos para o exercício de outros direitos fundamentais, como a democracia e o autogoverno.

Por este turno, refuta-se esta teoria *preferred position* atribuída à liberdade de expressão. Na verdade, trata-se de uma tentativa de importação do sistema jurídico do *common law*, principalmente o modelo norte-americano, que será estudado em conjunto com a teoria dos precedentes judiciais na próxima seção desta pesquisa acadêmica. Quanto a esta importação (frise-se: indevida no cenário brasileiro predominantemente do *civil law*), João Costa Neto<sup>186</sup> ressalta que, nem mesmo os artífices da Constituição norte-americana pretendiam criar qualquer sistema de proteção da liberdade de expressão levemente semelhante com o que há atualmente. Em outras palavras, sustenta o Autor que, há evidências claras de que formas de supressão do discurso hoje amplamente inadmissíveis, não o eram naquela época. Desta forma, a substância e a hegemonia da primeira emenda da constituição norte-americana se tratam, sobretudo, de garantias extraídas somente ao longo do século XX.

Com efeito, João Costa Neto<sup>187</sup> desenvolve que, o peso abstrato de um direito fundamental nada mais é do que seu peso em relação aos demais direitos fundamentais, contudo, independentemente das circunstâncias do caso concreto. Neste sentido, defender a teoria da posição privilegiada (*preferred position*), ora refutada, significa a atribuição de peso

---

<sup>186</sup> “Aparentemente, a proibição contida na primeira emenda da Constituição norte-americana apresenta contornos quase que absolutos. Porém, historicamente, apenas se quis reservar aos estados a competência para legislar sobre a liberdade de expressão. É o congresso que se encontra proibido de aprovar leis que limitem a liberdade de expressão; e não o legislador estadual, por exemplo. Atualmente, a Suprema Corte norte-americana possui firme entendimento de que as garantias da primeira emenda são oponíveis aos estados”. (COSTA NETO, João. **Liberdade de expressão: o conflito entre o legislador e o juiz constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 268-269)

<sup>187</sup> Referindo o autor a William O. Douglas e Hugo Black – *Justices* – afirma: “Nenhum dos *Justices* achava que a liberdade de expressão tinha, em todas as circunstâncias, precedência sobre qualquer outro valor ou direito fundamental assegurado pelo *Bill of Rights*. Os dois apenas defenderam que as liberdades da primeira emenda da Constituição norte-americana – dentre as quais se incluem a liberdade de expressão – tinham peso maior, por si só, quando comparadas com outras liberdades, e que isso devia ser levado em consideração ao se decidirem disputas judiciais”. (COSTA NETO, João. **Liberdade de expressão: o conflito entre o legislador e o juiz constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 269)

abstrato elevado à liberdade de expressão em todos os casos, isto é, sempre se levando minimamente em consideração as peculiaridades jurídico-fáticas no momento de aplicação da norma. Ademais, acaba por ignorar por completo a dimensão formal e material dos demais direitos fundamentais envolvidos no cotejo analítico.

No controle judicial que deve ser exercido sobre cada espécie de discurso (político, não político e meramente empresarial), João Costa Neto<sup>188</sup> propõe uma classificação com base nos fundamentos legitimadores de cada espécie de discurso. Dito de outra forma, quanto mais fundamentos legitimadores, maior o peso abstrato do tipo de discurso e, conseqüentemente, maior a intensidade do controle judicial sobre as leis aptas a limitá-lo. Neste ponto, divide o autor quanto à liberdade de expressão: (1) discurso político: peso abstrato sério<sup>189</sup>; (2) discurso não político: peso abstrato médio<sup>190</sup>; e (3) discurso meramente empresarial: peso abstrato leve<sup>191</sup>.

Neste contexto, a teoria referendada por João Costa Neto se aplica preponderantemente às limitações do direito fundamental (liberdade de expressão) em face da

---

<sup>188</sup> “A adoção de níveis de intensidade do controle judicial evita a perpetuação de um confuso sistema de garantia dos direitos fundamentais. Diminuída a probabilidade de atuações judiciais *ad hoc*, reduz-se a chance de haver casuísmo, imprevisibilidade, parcialidade e instabilidade no controle judicial de leis que limitem a liberdade de expressão. Propusemos uma classificação do discurso, semelhante à *Stufentheorie*, [...]. No chamado *Apotheken-Urteil*, o *BVerfG* lançou mão da assim chamada *Stufentheorie* (teoria dos graus, estágios ou níveis) e traçou critérios relativamente claros no que toca às limitações legais ao direito fundamental à liberdade profissional (*Berufsfreiheit*), previsto no art. 12 da Lei Fundamental. [...]. São três os graus de intensidade de controle sobre a lei que limita o direito fundamental à liberdade profissional.” (COSTA NETO, João. **Liberdade de expressão: o conflito entre o legislador e o juiz constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 268 e p. 197)

<sup>189</sup> “O nível mais intenso de proteção corresponde ao tipo de discurso que mais fundamentos legitimadores possui: é o caso do discurso político, que tanto promove a autodeterminação e o livre desenvolvimento dos indivíduos como contribui para o debate democrático. Temos motivos de tipo intrínseco e também de tipo instrumental para proteger juridicamente o discurso político. Todas as seguintes teorias corroboram a proteção do discurso político: argumentos baseados na busca pela verdade; abordagem democrático-funcional; fomento da tolerância e do pluralismo”. (COSTA NETO, João. **Liberdade de expressão: o conflito entre o legislador e o juiz constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 62)

<sup>190</sup> “O discurso não político, por sua vez, transmite a opinião de um indivíduo. O discurso não político serve com categoria residual. A rigor, o discurso meramente empresarial também é não político. Porém, o que se decidiu denominar discurso não político consiste justamente em todo discurso que não seja político e que não seja meramente empresarial. O discurso não político não colabora para o debate democrático; não se trata, portanto, de uma posição que vise a mudar a sociedade ou a fomentar um debate político. O discurso não político não pode amparar-se na teoria democrático-funcional. Ele conta, todavia, com a força de teorias de tipo deontológico, porquanto se trata da manifestação da personalidade de um indivíduo. Diante dessas considerações, podemos atribuir ao discurso não político peso abstrato médio. Como exemplos do discurso não político, podemos citar: manifestações artísticas de toda ordem; informações sobre condenados a crimes [...]; notícias sobre figuras públicas, como artistas e personalidades, ainda que envolvam a vida privada etc”. (COSTA NETO, João. **Liberdade de expressão: o conflito entre o legislador e o juiz constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 63-64)

<sup>191</sup> “Tratando-se, por fim, de discurso meramente empresarial, não existe propriamente um indivíduo cujo livre desenvolvimento da personalidade seja tolhido. O discurso meramente empresarial anuncia um produto; volta-se, conseqüentemente, para o lucro, para a propaganda de um artigo de venda. Em regra, cuida-se de uma pessoa jurídica, e não de uma pessoa natural”. (COSTA NETO, João. **Liberdade de expressão: o conflito entre o legislador e o juiz constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 64)

lei, e, por via de consequência, o conflito ocorre entre o legislador (produtor da lei limitadora) e o juiz (aplicador da decisão ao caso concreto). Neste particular, afirma o Autor que, os parâmetros fixados desta maneira são mais claros, fixos e estáveis do que aqueles habitualmente empregados pelo exame à luz apenas do princípio da proporcionalidade.

Com efeito, se aproveitando desta teoria *Stufentheorie*<sup>192</sup>, no caso de eventual conflito da liberdade de expressão (discurso político, discurso não político e discurso meramente empresarial) em face dos direitos de privacidade, parte-se da premissa de que, no plano eminentemente constitucional, inexistem supremacia formal ou material entre os direitos ou liberdades fundamentais. Dito de outra forma, não se aplica qualquer peso abstrato à liberdade de expressão ou aos direitos de privacidade sob a ótica exclusivamente constitucional, inexistindo qualquer ônus argumentativo privilegiado em desfavor de algum.

De fato, o que poderá fazer a prevalência de um ou de outro será o tipo de discurso veiculado no exercício da liberdade de expressão (sentido amplo), a autorizar uma maior atuação judicante diante da legislação infraconstitucional limitadora. Por exemplo, o discurso político possui um nível protetivo mais intenso e, por via de consequência, um peso abstrato maior, implicando em uma menor relevância às peculiaridades jurídico-fáticas no momento de aplicação da norma. Por via de consequência, as chances de a liberdade de expressão prevalecerem serão maiores em face dos direitos de privacidade nos discursos políticos.

Frise-se, por oportuno, que a inexistência de qualquer peso abstrato no plano constitucional nunca imporá obrigatoriamente a prevalência de um ou outro, como defende a teoria da *preferred position* que, embora admita o sopesamento em desfavor da liberdade de expressão, se utiliza deste artifício em hipóteses muito remotas e excepcionais, exigindo sempre um ônus argumentativo privilegiado para tal desiderato<sup>193</sup>.

Por sua vez, o discurso meramente empresarial veiculado no exercício da liberdade de expressão, como não promove, em regra, a autodeterminação e o livre desenvolvimento

---

<sup>192</sup> No chamado *Apotheken-Urteil*, o *BVerfG* lançou mão da assim chamada *Stufentheorie* (teoria dos graus, estágios ou níveis) e traçou critérios relativamente claros no que toca às limitações legais ao direito fundamental à liberdade profissional (*Berufsfreiheit*), previsto no art. 12 da Lei Fundamental. [...] São três os graus de intensidade de controle sobre a lei que limita o direito fundamental à liberdade profissional". (COSTA NETO, João. **Liberdade de expressão: o conflito entre o legislador e o juiz constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 197)

<sup>193</sup> "O fato de a liberdade de expressão dever ser, em princípio, privilegiada, não significa que ela não possa ser afastada no caso concreto. Como se disse, a liberdade de expressão não é absoluta e as razões que, em princípio, justificariam sua proteção em um determinado caso, poderão ser superadas por outros princípios e valores constitucionais. A adoção da teoria impõe ao intérprete, apenas e tão somente, um ônus argumentativo elevado, de demonstrar as razões que justifiquem a restrição. No Brasil, a teoria da posição preferencial ainda é aplicada de forma tímida". (KOATZ, Rafael Lorenzo Fernandez. As liberdades de expressão e de imprensa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (coords.). **Direito fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balança e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 402)



dos indivíduos, mas, sim, volta-se para o lucro (patrimônio), terá um nível de proteção menos intenso. Nesta medida, o peso abstrato será menor, implicando em uma maior relevância às peculiaridades jurídico-fáticas no momento de aplicação da norma. Consequentemente, a liberdade de expressão terá uma possibilidade menor de prevalecer em face dos direitos de privacidade nos discursos empresariais (comerciais).

De forma intermediária, então, têm-se os discursos não-políticos e não-meramente empresariais, chamados simplesmente de discursos não políticos. Por exemplo, notícias sobre a intimidade de personalidades ou pessoas comuns na rede mundial de computadores. O peso abstrato deste tipo de discurso é médio, o que implica em dizer que, as peculiaridades jurídico-fáticas no momento de aplicação da norma serão moderadamente observadas.

Paradoxalmente, portanto, o conflito maior deverá acontecer nestes discursos não políticos, porquanto não há qualquer probabilidade (maior ou menor) predefinida entre a liberdade de expressão ou direitos de privacidade. Nesta esteira, impõe-se a percuciente análise dos elementos fáticos que delineiam o caso concreto, a autorizar ou não o afastamento da legislação infraconstitucional limitadora de um ou de outro. A hegemonia factual e a dinâmica no plano concreto se mostram decisivas no momento da decisão de aplicação da norma.

No decorrer desta pesquisa acadêmica, por conseguinte, pretende-se demonstrar que, a fundamentação teórico-valorativa do direito ao esquecimento na era digital somente será possível se houver uma conjugação harmoniosa prévia entre os direitos da personalidade – prioritariamente os direitos de privacidade - e a liberdade de expressão, insertos no contexto moderno-líquido da sociedade em rede.

Por sua vez, a necessidade de harmonização entre os direitos e liberdades fundamentais se destaca em face constitucionalização do direito civil com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana. Desta forma, a construção teórico-valorativa de novos direitos na sociedade da informação não pode representar riscos à liberdade de expressão, tampouco supremacia apriorística aos direitos da personalidade.

Com efeito, a próxima seção se refere à teoria dos precedentes judiciais e o estudo dos sistemas jurídicos do *civil law* e do *common law*. Trata-se de tema atual, de relevo para esta pesquisa acadêmica, quando se poderá perquirir novos caminhos à ideia de precedente judicial. O caminho escolhido, conforme já relatado anteriormente, diz respeito à gênese<sup>194</sup> do

---

<sup>194</sup> A matéria será analisada nas seções posteriores. De imediato, não se desconhece o pioneiro papel da Agência de Proteção de Dados Pessoais da Espanha – *Agencia Española de Protección de Datos* (AEPD), entretanto, o precedente judicial *Mario Costeja González vs. Google* do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) é

direito ao esquecimento na era digital ter verdadeiramente ocorrido por obra dos precedentes judiciais, a modificar todos os demais atos estatais, fomentando atos executivos e atos legislativos para concretização do desiderato almejado.

---

comumente citado como a gênese do direito ao esquecimento na era digital em virtude de sua repercussão mundial sobre o tema e sua importante fundamentação, pavimentando em definitivo a consolidação do *derecho al olvido* nos sistemas jurídicos diversos. (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça Europeu. **Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção)**, ECLI:EU:C:2014:317, Processo C-131/12, 13 maio 2014)

#### **4 O PRECEDENTALISMO JUDICIAL: EM BUSCA DE ESTABILIDADE, INTEGRIDADE E COERÊNCIA PARA FINS DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS CIVIS-CONSTITUCIONAIS**

No capítulo vestibular desta pesquisa acadêmica, traçaram-se algumas características principais da Modernidade Líquida, principalmente sobre os reflexos das novas tecnologias da informação. Neste ponto, referem-se prioritariamente à rede mundial de computadores, à sociedade em rede diante dos direitos e liberdades fundamentais, à memória e ao legado digitais, assim como algumas noções quanto aos marcos regulatórios da internet.

Por conseguinte, vislumbra-se o fenômeno da constitucionalização do direito, tendo como corte as perspectivas de convivência harmoniosa entre os direitos da personalidade e os de liberdade de expressão. Nesta medida, no panorama civil-constitucional, novas dinâmicas surgem quanto à hermenêutica material da constituição e seus reflexos na jurisprudência nacional e internacional.

Neste capítulo, ora se perquire o importante tema sobre a teoria dos precedentes judiciais, passando-se desde aspectos conceituais introdutórios à ideia de precedente, ao estudo das tradições jurídicas, ao precedentalismo internacional e estrangeiro. No Brasil, especificamente, vivencia-se um novo momento com a chegada do Novo Código de Processo Civil (NCPC/2015), cabendo-se investigar os pontos de encontros e de desencontros à luz dos grandes sistemas jurídicos: *civil law* e *common law*.

Com efeito, diante do paradigma da liquidez – volátil, inseguro, instável – no contexto do direito civil-constitucional, busca-se com o estudo da teoria dos precedentes judiciais uma maior uniformidade e, conseqüentemente, estabilidade a serem desenvolvidas junto aos sistemas jurídicos. Neste ponto, trata-se de tema essencialmente pertencente à Teoria Geral do Direito, entretanto, tangencia praticamente a ciência jurídica como um todo, a promover uma verdadeira autorreflexão a toda a comunidade jurídica.

Desta forma, ao final do estudo deste capítulo, pretende-se subsidiar de elementos formais e materiais colhidos no País e alhures para concretização do direito civil-constitucional ao esquecimento no meio ambiente digital. Adianta-se, desde já, tal pretensão e o papel dos precedentes judiciais, quando utilizados de forma adequada, como capazes de mitigar a volatilidade moderna-líquida, oferecendo ao sistema jurídico: estabilidade, integridade e coerência.

#### 4.1 Família, tradição ou sistema de direitos: *civil law* e *common law* na contemporaneidade

Nesta seção, a investigação acadêmica se debruçará sobre o estudo das famílias, tradições ou sistemas jurídicos da contemporaneidade, com especial relevo à ideia de *civil law* e *common law*. Nestes dois, especificamente, verifica-se um mundo jurídico de comunicação constante e de alimentação recíproca, inclusive delineando novos contornos à própria noção de precedente judicial.

Inicialmente, a divisão dos direitos em famílias é algo sempre recorrente na doutrina jurídica mundial, ainda que por fins preponderantemente didáticos. Aliás, quando se fala em agrupamentos de “famílias” na literatura científica em geral, tal recurso se evidencia, p. ex., com as ciências naturais (famílias de mamíferos, de répteis, de pássaros, de batráquios etc); em matéria de famílias de religiões (cristianismos, islamismo, hinduísmo etc); em matéria de família de linguísticas (línguas romanas, eslavas, semitas, anglo-saxões etc), dentre outros<sup>195</sup>.

Por outro giro, há quem defenda a denominação “tradição de direitos” à nomenclatura “sistema de direitos”. Estes corresponderiam aos conjuntos de instituições legais, processos e normas vigentes, portanto existiriam tantos sistemas quantos Estados e Organizações Internacionais. Por sua vez, as tradições representariam um conjunto de atitudes historicamente condicionadas e profundamente enraizadas a respeito da natureza do direito e do seu papel na sociedade, na organização política e na dinâmica do sistema legal<sup>196</sup>.

Nada obstante, independentemente das controvérsias terminológicas, René David afirma que, todas as classificações têm o seu mérito, sejam endereçadas como tradições, sistemas ou famílias. De qualquer sorte, o Autor, abstraindo-se de polêmicas conceituais, defende o termo “família de direito”, a fim de valorizar as semelhanças e as diferenças entre os diversos direitos estudados de forma agrupada. Por óbvio, não se trata de escolha por

---

<sup>195</sup> “O agrupamento dos direitos em famílias é o meio próprio para facilitar, reduzindo-os a um número restrito de tipos, a apresentação e a compreensão dos diferentes direitos do mundo contemporâneo. Porém, não há concordância sobre o modo de efetuar este agrupamento, e sobre quais famílias de direitos se deve por conseguinte reconhecer. Alguns baseiam as suas classificações na estrutura conceitual dos direitos ou na importância reconhecida às diferentes fontes do direito. Outros, julgam que estas diferenças de ordem técnica têm um caráter secundário, pondo em primeiro plano as considerações de conteúdo, o tipo de sociedade que se pretende estabelecer com a ajuda do direito, ou, ainda, o lugar que é reconhecido ao direito como fator de ordem social”. (DAVI, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo, Martins Fontes, 2002, p. 22)

<sup>196</sup> MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina**. Traduzido por Cássio Casagrande. Porto Alegre: Fabris, 2009.

corresponder a família de direito a uma realidade biológica, mas a recorre, preponderantemente, para fins didáticos<sup>197</sup>.

De modo pragmático, segundo as características essenciais destacadas por René Davi, o mundo contemporâneo possui (ou possuiu) três grandes grupos de direitos protagonistas: (1) família romano-germânica, (2) família da *common law* e (3) família dos direitos socialistas. Neste ponto, há de se ressaltar o esfacelamento da URSS e a queda do muro de Berlim, esvaziando a importância dos direitos socialistas no leste europeu e no mundo hodierno<sup>198</sup>.

Outrossim, também não desconhece René Davi a existência de outras concepções de ordem social e do direito com forte influência da religião. Nesta esteira, se enquadrariam o direito muçulmano, direitos das África, direito judaico, direitos do Extremo Oriente, dentre outros. Apesar disto, todos os Estados, em maior ou menor medida, fizeram uma concessão às ideias do Ocidente, porque isso lhes pareceu necessário para manter sua independência e realizar determinados progressos (inclusive econômicos)<sup>199</sup>.

De fato, não se trata de adesão sem reservas do mundo oriental ao mundo ocidental. Pelo contrário, a contemporaneidade oriental continua em grande parte fiel a concepções nas quais o direito é compreendido de modo diferente. Nesta perspectiva, o direito se mostra com papel secundário enquanto regulador do convívio social, porquanto a religião (e algumas vezes de forma extremada) exerce o protagonismo jurídico-social<sup>200</sup>.

Por oportuno, apesar de se evidenciar diferenças semânticas pontuais, esta pesquisa usará de forma indiscriminada tais expressões terminológicas - família, sistema ou tradição -, bem como se perquirirá as convergências e as divergências substanciais entre os dois grandes modelos paradigmáticos: romano-germânico (*civil law*) e o *common law*. Tal opção não se trata de menosprezo à cultura oriental, africana ou qualquer coisa do gênero, tampouco se

---

<sup>197</sup> DAVI, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo, Martins Fontes, 2002, p. 22.

<sup>198</sup> De qualquer forma, afirma René David que, “não existe, por assim dizer, neste mundo, nenhum direito que não tenha tirado, a uma ou outra destas famílias, alguns de seus elementos, e a muitos parece que todos os outros sistemas constituem simples sobrevivências destinadas a desaparecer num futuro mais ou menos próximo, com o progresso da civilização”. (DAVI, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo, Martins Fontes, 2002, p. 28)

<sup>199</sup> DAVI, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo, Martins Fontes, 2002, p. 28.

<sup>200</sup> “Os princípios aos quais as pessoas se reportam, nas sociedades não-ocidentais, são de duas ordens. Algumas vezes é atribuído ao direito um valor eminente, mas este é concebido de um modo diferente do ocidental; outras vezes, pelo contrário, a própria noção de direito é rejeitada, e é fora do direito que se procuram regular as relações sociais. O primeiro modo de ver predomina no direito muçulmano, no direito hindu e no direito judaico; o segundo é o do Extremo Oriente e também o da África e de Madagascar”. (DAVI, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo, Martins Fontes, 2002, p. 29)

evidencia um protagonismo absoluto do mundo ocidental (europeu e norte-americano). Trata-se, pois, de opção metodológica em face da delimitação do objeto de estudo quanto ao precedentalismo originador do direito ao esquecimento no meio ambiente digital, sobretudo com matriz nas Cortes da União Europeia.

#### 4.1.1 A evolução jurídico-histórica do *civil law* e do *common law*

Neste sentido, a expressão *Civil Law* ou *Continental Law* se refere à nomenclatura da língua inglesa para o sistema romano-germânico, agrupando os países nos quais a ciência jurídica se formou alicerçada no direito romano. Neste ponto, com base nas compilações do imperador Justiniano<sup>201</sup>, desenvolveu-se com intensidade a partir do século XII nas universidades europeias, em busca de uma ciência jurídica comum a todos no mundo moderno.

Igualmente, Guido Soares destaca a compilação e a codificação do Direito Romano como fato marcante na infância da família romano-germânica. Na sua gênese, assevera o Autor que, verifica-se a preocupação com uma ordem racional de conceitos, aparecendo o direito como um sistema, qual seja, um conjunto de preceitos que deveriam estar agrupados, tal qual um organismo vivo<sup>202</sup>.

Com efeito, perpassando pela autoridade dos reis (Monarquias) e por outros poderes de natureza legiferante, o sistema romano-germânico já marcava sua presença na história das civilizações: a preocupação com a lei escrita e a sistematização de princípios gerais, em desfavor de particularismos. Neste ponto, o silogismo (a dedução) foi o método exegético empregado, isto é, o rigor lógico, formal, e a ideia de raciocínio bem construído de acordo com a Lógica Menor, que consistia em desenvolver teorias aristotélicas sobre o conhecimento científico<sup>203</sup>.

---

<sup>201</sup> As compilações de Justiniano - imperador bizantino (parte oriental do Império Romano) – referem-se ao projeto de codificação das leis romanas, redundando no século VI no *Corpus Juris Civilis*. Desde então, o direito romano exerce influência em todo o mundo ocidental. No Brasil, destaca-se o fato de que o primeiro Código Civil (1916), do total de 1.807 artigos, 1.445 possuíam raízes na cultura romana. (ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971. p. 15)

<sup>202</sup> “Mesmo que se reconhecesse a máxima do Direito Romano de que *ex facto oritur jus*, o direito foi concebido como uma criatura conceitual perfeita, um modelo de justiça racional a ser atingido, a estrutura basilar de uma sociedade ideal, à qual a sociedade real e existente deveria ser conduzida. Note-se que, mesmo que os fatos não correspondessem ao ideal do direito, este teria sua precedência sobre os fatos (e evidentemente que estamos descrevendo tendências, pois o sistema possuía instrumentos de moldar-se à realidade)”. (SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law**: introdução ao direito dos EUA. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 27)

<sup>203</sup> “As construções silogísticas foram apuradas e seus edifícios lógicos se tornaram de tal sofisticação, que seus processos mnemônicos fariam as atuais linguagens dos *softwares* hoje disponíveis parecer jogos infantis

Nas universidades medievais, estudantes e professores preocupavam-se com a racionalidade e a logicidade do sistema, sendo absolutamente secundário os reais efeitos da aplicação da norma jurídica. O verdadeiro problema a ser evitado pela família de direitos romano-germânica deveria ser o casuísmo na lei, ou seja, evidenciava-se a primazia da doutrina (glosa erudita) e da lei escrita (códigos) em detrimento da jurisprudência casuística (glosa judiciária) ou do costume judiciário (jurisprudência)<sup>204</sup>.

Lênio Streck, por sua vez, destaca três grandes tradições jurídicas ocidentais, baseando-se na primazia, na eficácia e na maneira destas operarem com os textos legislativos, com a doutrina e com os pronunciamentos jurisdicionais: os modelos inglês, francês e o alemão. Neste ponto, têm-se respectivamente protagonismos no sistema jurídico concentrados na figura do juiz (tradição inglesa; repúdio à Codificação; primazia do direito comum: direito de precedentes; *Common law*)<sup>205</sup>; do legislativo (tradição francesa; apego à Codificação – 1804-; *Civil law*)<sup>206</sup> e dos doutrinadores (tradição alemã, Pandectismo, *Civil law*)<sup>207</sup>.

---

[...]. (SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law: introdução ao direito dos EUA**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 28)

<sup>204</sup> “A certeza da existência e do conteúdo da norma que o direito escrito apresentava, bem como a busca das generalidades racionais que o conjunto normativo (códigos) representava, fizeram com que “glosa judiciária” (jurisprudência casuística) fosse afastada, em favor da “glosa erudita” (a doutrina), e que tanto o costume geral como o assim dito “costume judiciário” (a jurisprudência) fossem desprezados, em benefício da lei escrita (e, sempre que possível, reunida em conjuntos harmônicos e racionais: os códigos). Por mais que se queira atribuir um papel importante de fonte formal do direito à jurisprudência, o conceito corrente na *Common Law* de uma regra tipo *judge-made law*, vai ter uma aceitação sujeita a críticas das mais ferozes por parte dos doutrinadores, na *Civil Law*, sobretudo após a doutrina de separação dos poderes à Montesquieu. Na verdade, Montesquieu adaptaria a teoria do inglês John Locke da separação dos poderes. Para este, Executivo, Legislativo e Federativo (ou seja, muito mais preocupado com as relações de equilíbrio entre o Executivo e Legislativo, sendo o Poder Federativo aquele referente ao direito da continuidade histórica e da representação exterior do Estado, em particular, de fazer a guerra, que deveria estar controlado pelo Legislativo) deveriam estar separados (o que já se verifica na Inglaterra do tempo, em certa medida, e o que Locke preconizava era uma separação declarada e fixada por princípios imutáveis): o importante era controlar o rei (menos os juízes, que faziam a lei). **Na teoria de Montesquieu, qualquer veleidade de dar-se aos juízes o poder de fazer a lei seria ir contra o postulado da separação dos poderes. Reforça-se, assim, a concepção piramidal do direito no sistema romano-germânico: o Judiciário é um poder que tem atributos dos mais amplos, não sendo controlado por nenhum dos outros dois, mas não tem iniciativa e seu poder é limitado pela *res judicata*; generalizações a partir de casos julgados só na matéria *sub judice* e sem qualquer possibilidade de criar precedentes, ou seja, de imporem-se a casos semelhantes no futuro, pela sua própria efetividade.**” (grifos nossos). (SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law: introdução ao direito dos EUA**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 28-29)

<sup>205</sup> “O Direito inglês formou-se a partir de um elevado apego às experiências judiciais concretas, caracterizando-se por um certo repúdio às experiências letradas dos estudos de Bolonha sobre o Direito romano, bem como se mantendo refratário ao movimento de recepção do Direito romano que irá caracterizar o Direito alemão a partir do século XV, optando por formar um corpo de decisões tomadas no passado: *Common Law*. Por outro lado, a experiência codificadora também ser veementemente rechaçada pela comunidade jurídica inglesa que sempre viu, nas injunções excessivas do parlamento, um atentado contra esse Direito comum, de precedentes”. (STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias discursivas**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 30)

<sup>206</sup> “No caso francês, as experiências revolucionárias e pós-revolucionárias apontavam sempre para outra direção: já ao tempo da Revolução, os sistemas racionalistas de Direito natural eram usados para derrubar o modelo jurídico do *ancien régime*. Esse fator abriu caminho e preparou o terreno para que o movimento codificador pudesse consagrar-se, trazendo ao mundo o Código Civil de 1804”. (STRECK, Lênio Luiz.

No caso de a família de direitos romano-germânica, a “glosa erudita” proposta por Guido Soares parece ir ao encontro do modelo alemão narrado por Lênio Streck, que propunha uma reconstrução histórica do direito romano. De fato, o nascimento desta tradição está umbilicalmente atrelado à sua gênese nas universidades europeias e, portanto, intensamente influenciada pelos teóricos acadêmicos, doutrinadores.

De qualquer forma, Juraci Mourão<sup>208</sup> adverte que, esta divisão proposta por Lênio Streck ocorre para fins didáticos e teóricos, na medida em que ao longo da história as tradições jurídicas da Inglaterra, França e Alemanha se entrelaçaram corriqueiramente, variando tão somente o grau de intensidade. De fato, incorreto seria pressupor eventual monopólio ou exclusividade de institutos entre as tradições jurídicas ocidentais, inclusive por razões histórico-jurídicas bastante diversas.

Por conseguinte, graças ao período colonial, a família de direitos romano-germânica conquistou vastos territórios além do continente europeu. De imediato, parece oportuno agora exaltar a expressão “tradição romano-germânica” diante da relação colonizador-autóctone, na medida em que componentes históricos e culturais são agregados à percepção semântica desta família de direitos. Na mesma direção, René Davi também ressalta o fenômeno de recepção voluntária, ou seja, mesmo nos países não submetidos ao domínio dos povos europeus enquanto colonizadores, a necessidade de modernização ou o desejo de se ocidentalizarem levaram à penetração das ideias europeias e, conseqüentemente, o recrudescimento da família de direitos romano-germânica<sup>209</sup>.

---

**Verdade e Consenso:** Constituição, Hermenêutica e Teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 30)

<sup>207</sup> “Na Alemanha, por sua vez, as coisas são um tanto diferentes. Primeiro, há um grande debate situado no contexto da chamada ‘recepção’, que colocava sob questionamento a incorporação de um modelo jurídico de outra civilização, distante historicamente da realidade vivenciada pelas comunidades germânicas. O fantasma da chamada ‘questão nacional’ – que sempre esteve presente no ambiente intelectual alemão – levou muitos teóricos a defenderem a continuidade do Direito comum que vigia nessas comunidades. De todo modo, o fato é que toda essa celeuma teve lugar no seio da universidade. Isso será levado ao paroxismo durante os debates sobre a codificação e a afirmação da escola histórica. Enfim, essa intrincada tessitura histórica, todos sabemos, irá desaguar no movimento pandectista, que criará as bases para a construção do BGB em 1900”. (STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso:** Constituição, Hermenêutica e Teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 30)

<sup>208</sup> LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 35.

<sup>209</sup> “Os direitos que se ligam à família romano-germânica fora da Europa devem ser colocados em grupos distintos. Num grande número de países foi possível ‘receber’ os direitos europeus. Mas nestes países existia, antes de se verificar esta recepção, uma civilização autóctone, que comportava certas concepções de agir e viver e certas instituições. A recepção foi frequentemente, nestas condições, parcial, com diversos setores das relações jurídicas (notadamente o ‘estatuto pessoal’) permanecendo regidos pelos princípios tradicionais; independentemente disto, os antigos modos de ver e de se conduzir podem ter levado a uma aplicação do novo direito em termos bastante diferentes daqueles que constituem a sua aplicação na Europa”. (DAVI, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo, Martins Fontes, 2002, p. 24)



A partir do século XIX, então se destaca o fenômeno da Codificação em alguns países europeus, exercendo papel de relevo a Revolução Francesa, o período Napoleônico e o Código Civil francês (1804). Naquela época, os direitos eram elaborados visando regular as relações entre os cidadãos, isto é, o centro do universo jurídico gravitava em torno do direito civil e do direito privado. Neste ponto, somente após o advento do Estado Moderno<sup>210</sup>, surge então o desenvolvimento do período jurídico-constitucional, bem como de outros ramos do direito público. Assim, alguns aspectos do constitucionalismo moderno, do fenômeno de constitucionalização ou publicização do direito privado, dentre outros temas correlatos de relevo nesta pesquisa possuem sua origem com a chegada deste novo período evolutivo.

A segunda família de direitos de interesse desta pesquisa é a da *common law*, formatando o direito da Inglaterra e os direitos que se modelaram sobre o direito inglês. Neste ponto, está originalmente ligada ao poder real, desenvolvendo-se nos casos em que a paz do reino estava ameaçada, ou quando qualquer outro *mister* significativo exigisse ou justificasse a intervenção do poder real. Desde o início, foi formada por juízes que tinham de resolver litígios particulares, dando solução a um processo, porém sem intenção de formularem regras gerais e abstratas de conduta para o futuro<sup>211</sup>.

Igualmente ao sistema romano-germânico, graças ao período colonial, a família de direito *common law* também conquistou vastos territórios além do continente europeu, quer por colonização, quer por recepção. Neste ponto, entretanto, cumpre-se distinguir a família da *common law* na Europa (Inglaterra, Irlanda) e fora da Europa (países muçulmanos, Índia, EUA, Canadá). Estes últimos formaram diferentes civilizações sob múltiplos aspectos após colonização europeia (p.ex., EUA), inclusive alguns já possuíam tradições jurídicas bem distintas (p.ex., países muçulmanos), enfim, ambos os grupos tiveram recepção da *common law* modulada ou diferenciada do modelo-matriz europeu<sup>212</sup>.

---

<sup>210</sup> “Com a formação dos Estados modernos, onde emerge a figura do legislador leigo e centralizador da função de elaborar o direito, o sistema dos direitos romano-germânicos ganha sua feição atual, com temperamentos de considerar-se como legislador, não o rei, mas o povo. De qualquer forma, o Judiciário é unificado, seja no Estado absolutista, seja no Estado democrático, nas funções personalizadas em figuras leigas, funcionários do Estado; não se admitem jurisdições eclesiásticas [...], uma vez que a jurisdição é civil e as jurisdições estamentais passam a se configurar como jurisdições permitidas, da mesma maneira que se permite a liberdade contratual [...]”. (SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law: introdução ao direito dos EUA**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 29)

<sup>211</sup> “Surge como tendo sido, na sua origem, essencialmente um direito público, só podendo as questões entre particulares ser submetidas aos tribunais da *common law* na medida em que pusessem em jogo o interesse da Coroa ou do reino”. (DAVI, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo, Martins Fontes, 2002, p. 25)

<sup>212</sup> “[...] Em certos países muçulmanos ou na Índia, fosse apenas parcialmente recebida. Quando a *common law* foi recebida, tornou-se necessário considerar o efeito produzido sobre a sua aplicação, pela coexistência desta com as tradições anteriores de civilização. Além disso, um meio diferente pôde originar uma diferenciação profunda da *common law* no país em que ela nasceu e num país onde foi introduzida. Esta última observação

De imediato, perquire-se: em que poderia consistir a maior ou menor autonomia da *common law* dos Estados Unidos (colonizado, autóctone) em comparação com a de sua colonizadora (Inglaterra)? Um exemplo significativo diz respeito aos sentidos que podem ser empregados a acepção *common law* (o direito criado pelo juiz, isto é, *judge-made law*) e o *statute law* (o direito criado pelo legislador em sentido amplo: tratados internacionais, constituição federal etc)<sup>213</sup>.

Com efeito, Guido Soares arremata a questão: o *Statute Law* nos EUA tem uma posição de criação do direito muito mais vinculante do que na Inglaterra, pois há no país lanque a presença marcante de uma norma fundamental – a constituição escrita e rígida desde 1788 – hierarquicamente superior a qualquer outra norma no país<sup>214</sup>. Aqui, há traços de aproximação do *common law* nos EUA com o sistema do *civil law*, tradicionalmente organizado por uma pirâmide normativa hierarquizada.

Por outro lado, também relevante mencionar o fato de que, a Inglaterra tem participação ativa na Comunidade Europeia, onde existe um direito escrito e elaborado por legisladores supranacionais e, por vezes, mediante decisões reiteradas da Corte da Comunidade Europeia, poderá reverter as prioridades que os intérpretes e aplicadores ingleses do direito local praticam tradicionalmente<sup>215</sup>. Em seções posteriores, se abordarão alguns aspectos dos precedentalismo estrangeiro e internacional, que possuem repercussão direta diante do surgimento de comunidades supranacionais.

Ademais, também se menciona a importância da criação da Suprema Corte do Reino Unido (UKSC)<sup>216</sup>, substituindo o Comitê de Apelações da Câmara dos Lordes, ou seja,

---

apresenta um interesse particular no que se refere à família da *common law*; entre os países da *common law* acontece, como nos Estados Unidos ou no Canadá, que se formou uma civilização muito diferente, em múltiplos aspectos, da civilização inglesa; o direito destes países pode, por esse fato, reivindicar uma larga autonomia no seio da família *common law* [...]. (DAVI, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo, Martins Fontes, 2002, p. 25-26)

<sup>213</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law**: introdução ao direito dos EUA. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 37.

<sup>214</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law**: introdução ao direito dos EUA. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 43.

<sup>215</sup> “Por outro lado, é necessário considerar o crescente intervencionismo do Estado na vida da sociedade: a implantação do Welfare State, tanto nos EUA, como na Inglaterra, tem trazido alterações no sistema; na verdade, uma *Common Law* pura seria aquela existente na Inglaterra ao tempo da rainha Victoria, anterior à revolução industrial”. (SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law**: introdução ao direito dos EUA. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 39)

<sup>216</sup> “In October 2009, The Supreme Court replaced the Appellate Committee of the House of Lords as the highest court in the United Kingdom. The Supreme Court’s 12 Justices maintain the highest standards set by the Appellate Committee, but are now explicitly separate from both Government and Parliament. The Court hears appeals on arguable points of law of the greatest public importance, for the whole of the United Kingdom in civil cases, and for England, Wales and Northern Ireland in criminal cases. Additionally, it hears cases on devolution matters under the Scotland Act 1998, the Northern Ireland Act 1998 and the Government of Wales Act 2006. This jurisdiction was transferred to the Supreme Court from the Judicial

abolindo-se a desconfiança acerca da existência de um tribunal dentro da estrutura do legislativo, bem como fortalecendo o sistema do *common law* inglês. Neste ponto, Mário Giuseppe Losano<sup>217</sup> destacava como o ordenamento jurídico de um Estado - que refutou vitoriosamente a Revolução Francesa e a clássica divisão de poderes - o *common law* inglês previa o vértice do Poder Judiciário (órgão máximo, Comitê de Apelações) coincidente com o Parlamento (Câmara dos Lordes).

Por conseguinte, a comparação entre as duas grandes famílias de direitos no mundo contemporâneo se mostra como *condição sine a quo non* para se chegar adiante na formatação ora compreendida da teoria dos precedentes judiciais. Nesta medida, faz-se *mister* traçar alguns elementos substanciais destas divergências, desenvolvendo alguns aspectos de aproximação e de desencontros entre o *civil law* e o *common law*.

No decorrer dos séculos, foram inúmeros os contatos entre países destas duas famílias de direitos. Ademais, ambas sofreram, em maior ou menor medida, a influência da moral cristã e das diversas doutrinas filosóficas desde a época do Renascimento até a noção de direitos subjetivos do Estado de Direito. Neste ponto, a Revolução Francesa e a ideia de separação de poderes de Montesquieu em muito contribuí para tal desiderato.

Igualmente, conforme já mencionado nesta pesquisa acadêmica, não parece correto asseverar em famílias exclusivamente de direito ocidental, porquanto existem diversos países em ambos os hemisférios que adotaram elementos comuns destas escolas para formação de “direitos mistos”. Neste sentido, existem em certos países sistemas de direitos que não se sabe bem ao certo a qual destas duas famílias pertencem, coexistindo elementos comuns do *civil law* e do *common law*, inclusive alguns influenciados pela antiga dicotomia entre capitalismo e socialismo<sup>218</sup>.

---

*Committee of the Privy Council. The Supreme Court sits in the former Middlesex Guildhall, on the western side of Parliament Square. This new location is highly symbolic of the United Kingdom's separation of powers, balancing judiciary and legislature across the open space of Parliament Square, with the other two sides occupied by the executive (the Treasury building) and the church (Westminster Abbey). The Supreme Court also decides devolution issues, that is issues about whether the devolved executive and legislative authorities in Scotland, Wales and Northern Ireland have acted or propose to act within their powers or have failed to comply with any other duty imposed on them. Devolution cases can reach the Supreme Court in three ways: Through a reference from someone who can exercise relevant statutory powers such as the Attorney General, whether or not the issue is the subject of litigation; Through an appeal from certain higher courts in England and Wales, Scotland and Northern Ireland; Through a reference from certain appellate courts”. (UNITED KINGDOM. The Supreme Court. **The Supreme Court website**, Home, About the Supreme Court, 24 out. 2009)*

<sup>217</sup> LOSANO, Mario Giuseppe. **Os grandes sistemas jurídicos**: Introdução aos sistemas jurídicos europeus e extraeuropeus. Traduzido por Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

<sup>218</sup> “[...] Entre estes direitos mistos podem citar-se os direitos da Escócia, de Israel, da União Sul-Africana, da província do Quebec e das Filipinas. Família de direito romano-germânica e família da *common law* são enfim confundidas sob o mesmo epíteto, pretendido infamante, de ‘direitos burgueses’ pelos juristas do campo socialista, composto pela União Soviética e pelos países que tomaram por modelo a União Soviética

Por sua vez, o sistema romano-germânico tem em Hans Kelsen com a sua Teoria pura do direito a sua melhor caracterização, segundo Guido Soares<sup>219</sup>. Neste ponto, pressupõe-se a construção escalonada, hierárquica e piramidal, detentora de uma norma fundamental, a partir da qual as normas menos gerais retiram sua eficácia e se densificam paulatinamente. Na base da pirâmide, então, se encontrariam as sentenças (normas jurídicas individuais) e os contratos.

Em seguida, Guido Soares evidencia alguns perigos desta construção kelseniana e da própria tradição jurídica romano-germânica: (1) culto desmesurado à lógica formal e à racionalidade dedutiva; (2) preocupação secundária com a efetividade da norma. Nesta esteira, a neutralidade axiológica proposta por Kelsen parece não mais coexistir com o atual constitucionalismo contemporâneo, principiológico e pragmático. Como soluções, apresenta: (1) a equidade, enquanto temperamento do rigor legal e ideal de realização da justiça; (2) súmulas e recursos harmonizadores da jurisprudência entre os tribunais. Neste particular, parece o Autor<sup>220</sup> se referir a algo que ainda se distancia da ideia de dever de uniformização de jurisprudência e manutenção de estabilidade, integridade e coerência, isto é, algo já previsto no *caput* do artigo 926 do novo CPC, que será abordado em seções posteriores.

De qualquer sorte, comunga-se com o pensamento de Guido Soares quanto ao maior mal temido pela família de direitos romano-germânica: o casuísmo e a discricionariedade judicial. De fato, uma estrutura normativa hierarquizada pressupõe respostas parecidas para situações-problemas semelhantes, ainda que a tecnicidade do estudo de casos e o protagonismo emergente da hermenêutica jurídica possam amenizá-lo.

De outro giro, no sistema jurídico do *common law*, as regras de direitos são menos abstratas, descodificadas e visam imediatamente solucionar o caso concreto posto no processo, sem pretensões futuras de formulações gerais para regras de conduta. Tradicionalmente, corresponde ao direito dos comuns, o direito instrumentalizado por

---

ou que professam, como ela, a sua adesão ao dogma do marxismo-lenismo”. (DAVI, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo, Martins Fontes, 2002, p. 26-27)

<sup>219</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law**: introdução ao direito dos EUA. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 29.

<sup>220</sup> “Nenhum advogado praticante irá negar a importância de um arquivo de jurisprudência dominante nos vários assuntos de seu interesse e qualquer estudante sabe da importância do conhecimento da jurisprudência como um dos mais poderosos instrumentos na aplicação do Direito. Outra prova é a aceitação generalizada de compilações de jurisprudência uniforme em certas matérias tópicas, conforme as publicações que se tornam cada vez mais frequentes entre nós; quando se fala em Informática no Direito ou em Informática Jurídica, a primeira indagação é saber quando serão aquelas engenhocas inteligentes aplicáveis para melhor conhecer-se a jurisprudência e dela extrair maior aproximação com a realidade dos fatos correntes!”. (SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law**: introdução ao direito dos EUA. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 30)

precedentes judiciais. Nesta perspectiva, René Davi<sup>221</sup> afirma que, as regras quanto à administração da justiça, ao processo, à prova, e as relativas à execução das decisões de justiça têm aos olhos dos *common lawyers* um interesse semelhante, e mesmo superior, às regras quanto ao fundo do direito propriamente dito, sendo sua preocupação imediata a de restabelecer a ordem perturbada, e não a de lançar as bases da sociedade.

Com efeito, segundo Guido Soares<sup>222</sup>, o ponto fulcral do sistema do *common law* em todos os países que o aderiram é a denominada doutrina *doctrine of stare decisis*, também chamada *doctrine of precedents*. Neste contexto, afirma o Autor que, a melhor tradução para *doctrine* seria “regra” e, por via de consequência, teríamos “regra do precedente”. Nesta medida, parece correto depreender-se que, na Inglaterra a doutrina do *stare decisis* muito se aproxima da ideia da doutrina dos precedentes. De qualquer forma, inicialmente, ora se perquirem algumas reflexões: (1) o que trata *Stare Decisis*? (2) pode ser sinônimo de *Common Law*? (3) pode ser sinônimo de teoria dos precedentes?

Acerca da doutrina do *stare decisis*, Neil Duxbury<sup>223</sup> destaca inicialmente que, há uma coincidência no século XVIII quanto ao surgimento do positivismo jurídico clássico e da doutrina dos precedentes vinculativos, embora muitos autores atribuam ao desenvolvimento do primeiro (positivismo jurídico) a causa para o desenvolvimento do segundo (*stare decisis*). Adverte o Autor, entretanto, que a principal causa para o surgimento do *stare decisis* se encontra na mudança remota da estrutura dos julgamentos do século XVI.

Em outras palavras, o desenvolvimento efetivo do *stare decisis* estaria associando às decisões motivadas dos juízes diante dos prévios argumentos das partes às audiências. Neste

---

<sup>221</sup> DAVI, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo, Martins Fontes, 2002, p. 25.

<sup>222</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law**: introdução ao direito dos EUA. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 40.

<sup>223</sup> “*The English doctrine of stare decisis did not begin to take shape until the eighteenth century. Why should stare decisis have come into being at this particular point in history? Some jurists have seen more than just coincidence in the fact that classical legal positivism and the doctrine of binding precedent emerge in roughly the same period, and various arguments have been advanced to the effect that the first development is the main cause of the second. It is claimed in chapter 2 that none of these arguments is convincing. The principal reason for the emergence of stare decisis, I shall argue, is the change in the structure of the trial during the sixteenth century: parties began to settle pleadings in advance of the hearing, thus leaving arguments concerning the sufficiency of those pleadings to be addressed post-verdict. A consequence of this development was that judges began more regularly to produce reasoned decisions rather than merely steer parties towards agreement on what should be pleaded. As judges began more regularly to produce reasoned decisions, case-law began increasingly to take the form of what we nowadays recognize to be judicial precedent. This process was aided, in due course, by the establishment of reliable, professionally-operated law reports, the development of shorthand and its utilization by reporters and, in the 1870s, the introduction of the hierarchical appellate court system. But these developments consolidated rather than produced the doctrine of stare decisis. The first and crucial stage in the development of stare decisis was that judgments came to be supported by reasons*”. (DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Nova York: Cambridge University, 2008, p. 25)

ponto, ter-se-ia a formação histórica dos precedentes judiciais e a sua autoridade advinha, em parte, de a necessidade dos juízes explicitarem as suas razões de decidir. Nesta medida, Neil Duxbury já destaca desde o nascimento histórico do *stare decisis* a ideia sobre as razões efetivas de decidir (*ratio decidendi*) e as razões que lhe são subjacentes (*tangential observations, or obiter dicta*), que serão abordadas em seções posteriores<sup>224</sup>.

Em seguida, Neil Duxbury destaca sobre a importância dos precedentes judiciais para lidar com os problemas complexos atuais, orientando o sistema jurídico tanto para as possíveis respostas como, sobretudo, ao entendimento das perguntas possíveis. Dito de outra forma, os precedentes judiciais tomados de forma isolada, podem parecer bastante frágeis, entretanto, quando analisados conjuntamente, “*they are one of the most compelling reasons for the authority of the common law*”<sup>225</sup>.

Neste contexto, a motivação judicial adequadamente explicitada e a formação do conjunto de precedentes judiciais gerariam uma maior expectativa de certeza jurídica, tratando-se de escudo protetor do cidadão contra eventuais arbitrariedades da autoridade judicial. De outra banda, também favoreceria decisões judiciais escorreitas em seus elementos substanciais, aproximando então o direito do ideal de justiça no caso concreto.

---

<sup>224</sup> “Part of the explanation for the authority of judicial precedents, then, is that they provide reasons for a decision. But anybody who has read any case law knows that the reasons supporting a decision can be many and varied. Which reasons count? Assuming this question can be answered, furthermore, how do the reasons which count have authority? Why, that is, should later decision-makers look to them and conclude that they are not only reasons but reasons which it makes sense to follow? In determining which reasons count, common lawyers traditionally speak of a distinction between the reason for deciding, or *ratio decidendi*, and the tangential observations, or *obiter dicta*, normally provided by judges in the process of reaching the decision. Speaking of the distinction is often much easier than making it: the reason for a decision and the tangential observations are often not easily extricated from one another, some cases appear not to yield a *ratio* and many yield more than one. In chapter 3 we consider these and other difficulties that jurists have identified with the notion of a *ratio decidendi*, along with their principal efforts to render that notion determinable. None of these efforts is entirely successful, and it is not at all surprising that some jurists have concluded that the quest to determine a sure-fire method of determining the *ratio decidendi* of a case is bound to fail. Nor is it surprising, however, that the quest should have been undertaken. Academic lawyers want to guide students in the art of extracting important information from case law, and quite often consider advising the judiciary to be part of their scholarly function, and so it would have been odd indeed if jurists were completely unmoved by the challenge of devising a method by which anyone from the legal novice to the most senior judge could reliably and without too much difficulty determine the authoritative part of a precedent”. (DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Nova York: Cambridge University, 2008, p. 25-26)

<sup>225</sup> “The value of the doctrine of precedent rests not in its capacity to commit decision-makers to a course of action but in its capacity simultaneously to create constraint and allow a degree of discretion. A theory capable of demonstrating that judges can never justifiably refuse to follow precedent would support a doctrine of *stare decisis* ill-suited to the common law. For the common law requires not an unassailable but a strong rebuttable presumption that earlier decisions be followed. It requires that past events be respected as guides for present action, but not to the extent that judges must maintain outdated attitudes and a commitment to repeating their predecessors’ mistakes”. (DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Nova York: Cambridge University, 2008, p. 183)

Por sua vez, Toni Fine<sup>226</sup> assevera quanto ao *stare decisis* se tratar de uma via de mão dupla, isto é, de restrição e concessão de poder e autoridade. Neste ponto, o *stare decisis* imporia a observância dos princípios e regras estabelecidos nos casos anteriores, bem como concederia maior controle sobre a interpretação e aplicação das leis, influenciando casos futuros ainda sob análise judicial.

Charles Cole<sup>227</sup>, discorrendo sobre a cultura jurídica americana, afirma que, o precedente judicial se trata de regra jurídica usada pela Corte de última instância no local em que o caso foi decidido, aplicada aos fatos relevantes que criaram a questão de mérito levada perante a Corte para decisão. Quanto ao *stare decisis*, afirmar o Autor se tratar da política obrigatória entre as Cortes inferiores subordinadas às Cortes superiores, aplicando-se a ideia de precedente vinculante, originado tradicionalmente do *common law* inglês.

Neste sentido, aduz Charles Cole que, o uso de precedente judicial vinculante na cultura jurídica nos Estados Unidos se trata de um dos atributos mais notáveis do direito norte-americano. Neste ponto, a despeito de fornecer ao sistema bastante previsibilidade, não se trata de escrito imutável em pedra, ou seja, podendo mudar – também previsivelmente – em algumas situações: (1) quando ocorrer mudança da legislação sobre a qual se baseou o precedente; (2) por questões determinadas pelo tempo e pela evolução cultural; (3) por mudanças da filosofia jurídica da maioria da Corte com autoridade para mudar o precedente aplicável, dentre outros<sup>228</sup>.

Nada obstante, o Autor adverte sobre as dificuldades de transplantar o conceito de precedente judicial dos Estados Unidos para outras culturas jurídicas. Nesta medida, poder-se-iam demandar reavaliações dos métodos de ensino jurídico adotados, adaptações de

<sup>226</sup> FINE, Toni M. **O uso do precedente e o papel do princípio do *stare decisis* no sistema legal norte-americano**. Revista dos Tribunais, São Paulo: v. 89, n. 782, p. 90-96, dez. 2000.

<sup>227</sup> “A cultura jurídica americana herdou o uso da doutrina do *stare decisis* da tradição inglesa do *common law*, contudo, os Estados Unidos gradualmente deixaram de seguir os precedentes ingleses e formaram um sistema jurídico baseado no direito casuístico americano adaptado de outros Estados dos Estados Unidos quando não houvesse nenhum precedente vinculante no Estado em questão, ao invés de voltar-se genericamente à tradição inglesa. Ainda hoje, porém, não é incomum que uma corte estadual americana use o direito inglês como autoridade persuasiva quando não exista nenhuma outra autoridade”. (COLE, Charles D. ***Stare decisis na cultura jurídica dos Estados Unidos***. O sistema de precedente vinculante do *common law*. Tradução: Maria Cristina Zucchi. In: Revista dos Tribunais, v. 752, ano 87, jun. 1998, p. 12)

<sup>228</sup> “O precedente vinculante é de boa utilidade para a cultura jurídica dos Estados Unidos, tornando o direito de casos uniforme e previsível na maioria das vezes, sem inibir a evolução. Assim sendo, o método de ensino jurídico e sistema de apoio necessários para o uso eficaz do precedente jurídico nos Estados Unidos são, na opinião do autor, justificados pela estabilidade e previsibilidade das decisões judiciais que a doutrina do precedente vinculante torna possível”. (COLE, Charles D. ***Stare decisis na cultura jurídica dos Estados Unidos***. O sistema de precedente vinculante do *common law*. Tradução: Maria Cristina Zucchi. In: Revista dos Tribunais, v. 752, ano 87, jun. 1998, p. 21)

advogados e magistrados ao uso de precedentes vinculantes, dentre outras medidas atreladas à prática do direito e à obtenção de previsibilidade das decisões judiciais<sup>229</sup>.

De imediato, independentemente da incorreção de Charles Cole quanto ao conceito de precedente, isto é, associando-o à ideia de regra jurídica, é peculiar a divisão formulada pelo Autor: o *stare decisis* não se confunde com o precedente judicial e seria, portanto, a política ou a doutrina do Judiciário tendente a estabelecê-lo no caso concreto. Igualmente, depreende-se que o *stare decisis* não se equipara com o próprio sistema do *common law*, ou seja, este tem a perspectiva da tradição ou do sistema onde a formatação dos precedentes é estabelecida, enquanto aquele se trata da política ou doutrina fundante e promotora do desenvolvimento da teoria dos precedentes judiciais vinculantes.

Por conseguinte, Juraci Mourão aduz sobre o *stare decisis* não se tratar de teoria sistematizada ou de imposição legal, o que, *a priori*, conferir-lhe-ia o viés de doutrina sem maiores limitações. Neste ponto, tudo seria tomado como algo privativo do Judiciário, havendo inclusive quem considerasse inconstitucional eventual proposição legislativa que se imiscuisse no assunto. Por sua vez, a força vinculante (*binding force*) no *stare decisis* é algo endógeno ao debate processual, isto é, a “sua amplitude e o modo de se sujeitar a ela são intensamente debatidos processualmente, havendo mesmo nítida variação do grau de deferência entre os Direitos inglês e estadunidense”<sup>230</sup>.

Com efeito, no Reino Unido é maior o respeito aos precedentes do que nos Estados Unidos, quer seja no sentido vertical (das cortes inferiores às superiores), quer seja no sentido horizontal (aplicação no âmbito da própria corte produtora do precedente). De fato, no país Ianque, o magistrado norte-americano poderá se afastar do precedente caso não concorde, desde que justifique as razões pela sua inaplicabilidade ou inviabilidade. A despeito disto, Juraci Mourão<sup>231</sup> assevera que, a observância incondicional dos pronunciamentos pretéritos pelo magistrado inglês já fora mitigada desde 1966, quando a Casa dos Lordes – que exerceu a função de cúpula do poder judiciário até a criação da Corte Constitucional inglesa consoante

---

<sup>229</sup> “A publicação de decisões de casos precisa ser acurada, pronta e facilmente utilizável. As publicações precisam incluir um registro suficiente da decisão da Corte para permitir que o leitor entenda os fatos que são relevantes para as decisões da Corte e as regras de direito aplicadas aos fatos. Um registro acurado e adequado permitirá que os estudiosos das decisões determinem que precedentes estão estabelecidos e como tais precedentes deveriam ser aplicados em casos análogos no futuro”. (COLE, Charles D. *Stare decisis na cultura jurídica dos Estados Unidos*. O sistema de precedente vinculante do *common law*. Tradução: Maria Cristina Zucchi. In: Revista dos Tribunais, v. 752, ano 87, jun. 1998, p. 21)

<sup>230</sup> LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 114.

<sup>231</sup> LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 114-115.



já mencionado nesta pesquisa - admitiu não ser submissa aos seus pronunciamentos anteriores.

Por outro giro, Luiz Guilherme Marinoni<sup>232</sup> defende o *common law* como os costumes gerais determinantes do comportamento do *Englishmen*, isto é, algo mais antigo e antecedente ao *stare decisis* e à *rule of precedent*. O Autor enfatiza, entretanto, a importância do *stare decisis* como doutrina promotora dos direitos da tradição jurídica da *common law* e da teoria dos precedentes, sendo estes ao lado das leis e dos costumes como fontes de direito neste sistema.

Ademais, arremata o Autor<sup>233</sup> que, “o *common law*, por não possuir a mesma racionalidade formal do direito legislado, teria adotado o *stare decisis* como meio para contrabalançar a sua pouca racionalidade e previsibilidade”. Neste ponto, pode se depreender que, os direitos do *common law* são formalmente irracionais, tendo fomentado a sua racionalidade com a utilização do *stare decisis* e, por via de consequência, pelo sistema de precedentes obrigatórios.

Lênio Streck, por sua vez, enfatiza a necessária distinção entre a doutrina do *stare decisis* e a doutrina dos precedentes judiciais. Segundo o Autor, a doutrina do *stare decisis* se origina da doutrina dos precedentes judiciais, e pretendia uma maior clareza e distinção entre a *holding*<sup>234</sup> <sup>235</sup>(*ratio decidendi*) e a *dictum* (*obiter dictum*). A doutrina dos precedentes, por sua vez, vinculava-se aos costumes dos juízes, e consistia no respeito a uma linha de casos semelhantes, ao passo que o *stare decisis* uma única decisão poderia originar o efeito vinculante entre os tribunais<sup>236</sup>.

---

<sup>232</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 31-32.

<sup>233</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes: justificativas do novo CPC**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 44.

<sup>234</sup> Existem posicionamentos doutrinários sobre a terminologia “*holding*” se utilizada ou não como sinônimo de *ratio decidendi*. Neste sentido, conferir posicionamento de Patrícia Mello: “Por fim, uma última palavra merece ser dita sobre a ideia de *ratio decidendi*. Esta expressão, assim como o próprio conceito de *holding*, não é unívoca, sendo utilizada, em algumas oportunidades, como sinônimo de *holding*, e, em outras, como correspondente à fundamentação da decisão, à razão de decidir (mesmo porque, para alguns, o *holding* abrange a razão de decidir). [...] dar-se-á preferência a atribuir-lhe o significado de fundamentação, pois este parece ser o sentido que vem sendo predominantemente reconhecido à mesma no Brasil, seja pela jurisprudência, seja pela doutrina”. (MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes e vinculação**. Instrumentos do *Stare Decisis* e prática constitucional brasileira. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 241, p. 177-208, jul. 2005)

<sup>235</sup> “Os fundamentos jurídicos que foram imprescindíveis para solução da demanda constituem a *holding*, já o que não foi essencial é mera *dictum* que deve ser desconsiderada no julgamento dos casos futuros. Todavia, uma vez detectada a *holding*, ela constituirá a *rule of law* que vinculará a solução dos casos futuros”. (STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 61)

<sup>236</sup> “Numa palavra, o *stare decisis* pode ser conceituado como a designação dada para descrever o desenvolvimento que a doutrina dos precedentes do *common law* obteve no século XIX, tanto nas cortes da

De qualquer forma, Juraci Mourão adverte acerca desta relação inicial entre costume e precedente não persistir como a razão principal para a doutrina do *stare decisis* na Inglaterra e nos Estados Unidos. Adiante, enfatiza o Autor que, “*common law* não significa, necessariamente, obrigatoriedade de observar precedentes. Certamente, no entanto, esse entrelaçamento inicial é dado histórico relevante que moldou a característica da tradição inglesa”<sup>237</sup>.

Na seção posterior, após a análise perfunctória das principais tradições jurídicas contemporâneas, a presente pesquisa se dirigirá ao estudo do caso brasileiro e suas peculiaridades. Tal caminho escolhido se mostra importante pois de interesse nesta pesquisa a utilização dos precedentes nacionais e estrangeiros diante das cláusulas gerais e da possibilidade do surgimento de direitos civis-constitucionais atípicos.

#### 4.1.2 O caso brasileiro: *civil law* ou *common law*?

Nesta seção, pretende-se responder a formulação: No Brasil, tradicionalmente associado às famílias dos direitos *do civil law*, seria correto afirmar em aproximação ao sistema *common law* em face do constitucionalismo contemporâneo? Nesta esteira, alguns argumentos de natureza jurídico-constitucional e de natureza jurídico-processual serão analisados.

Hermes Zaneti Junior afirma que, se trata o caso brasileiro de matriz híbrida de *common law* e *civil law*. Neste ponto, propõe o Autor uma reconstrução histórica da recepção nas constituições brasileiras do *judicial review*<sup>238</sup> como ponto nodal para o hibridismo defendido, destacando a influência do direito constitucional norte-americano na Constituição

---

Inglaterra quanto nos Estados Unidos”. (STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 63)

<sup>237</sup> LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 34.

<sup>238</sup> “[...] em 1803, o caso *Marbury vs. Madison* introduziu uma revolução no sistema estadunidense. A partir desse histórico julgamento, a Suprema Corte possibilitou o controle judicial da constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público (*judicial review*), dando ao Poder Judiciário daquele país uma relevância ainda maior que o *common law* inglês. O desenvolvimento posterior do devido processo legal substantivo possibilitou a aplicação da razoabilidade na *judicial review*. É importante essa percepção para entender quais os motivos e com que força a cláusula do *due process of law* tornou-se uma das principais fontes da jurisprudência da Suprema Corte estadunidense, e assim um balizador do sistema de *checks and balances* (sistema de freios e contrapesos) que, na doutrina política norte-americana, equilibra as relações entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário”. (ZANETI JR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 42-43)

brasileira de 1891 e por influência direta de Rui Barbosa, o “autor” da 1ª constituição republicana brasileira<sup>239</sup>.

Desta forma, a tradição jurídica dos direitos no Brasil apresenta traços das tradições europeias e norte americana. Segundo Hermes Zaneti<sup>240</sup>, a inspiração da nossa ordem político-constitucional republicana decorre sobretudo da tradição do *common law* norte-americano, ao passo que a tradição romano-germânica predominante na Europa continental recepcionou o direito privado, o direito público infraconstitucional (processual e administrativo) e o direito penal e processual penal.

Por outro giro, apesar do hibridismo histórico aqui relatado, mostra-se correto afirmar em uma maior aproximação do sistema jurídico brasileiro ao *common law*? Ou, em outras palavras, ocorre no Brasil uma espécie de *commonlização*? Neste ponto, Lênio Streck, de maneira crítica, afirma:

A tese dos *commonlistas* brasileiros é velha e vem lá do século XIX: uma mistura de positivismo clássico (a parte francesa da proibição de interpretar e também a parte alemã, porque os aludidos precedentes-tipo-teses-gerais brasileiros têm cheiro de neopandectismo), de realismo (empirismo jurídico = Direito é o que o Judiciário diz que é) e uma forte pitada de jurisprudência analítica (Direito é o comando daquele que detém autoridade). Eis o produto<sup>241</sup>.

Com efeito, Lênio Streck<sup>242</sup> afirma se tratar de transição tardia, porquanto o abandono do “juiz boca da lei” implicaria na institucionalização de juízes e desembargadores “boca-dos-precedentes (ou teses)”. Neste ponto, o “juiz boca da lei” trocaria tão somente de nome e função. Adverte, ainda, sobre a possibilidade futura de dispensa do Parlamento, desonerando-se os juízes de fazer juízos de validade sobre o Direito, restando apenas a aplicação subsuntiva.

De forma contrária, Patrícia Perrone e Luís Roberto Barroso defendem uma maior aproximação entre os dois grandes sistemas jurídicos (*civil law* e *common law*) no mundo contemporâneo, destacando existir relativo consenso de que se encontram em processo de

---

<sup>239</sup> “Ocorreu então uma revolução copernicana em nossas instituições jurídicas, que ainda hoje desenvolve suas potencialidades democratizantes. Entre tantas consequências, faz-se referência à constituição escrita e rígida e à garantia da *judicial review* que dela naturalmente decorre o modelo norte-americano, ou seja, a garantia de adequação dos atos do poder público e dos atos dos poderes particulares ao que está preceituado no texto constitucional”. (ZANETI JR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 39)

<sup>240</sup> ZANETI JR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 44-46.

<sup>241</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Precedentes judiciais e hermenêutica**. O sentido da vinculação no CPC/2015. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 19.

<sup>242</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Precedentes judiciais e hermenêutica**. O sentido da vinculação no CPC/2015. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 19-20.

aproximação. Neste ponto, “o triunfo das ideias democráticas, a assunção de certos compromissos internacionais e a necessidade de implementar mudanças sociais rápidas são fatores que contribuíram historicamente para uma maior produção de norma legislada em países do *common law*”<sup>243</sup>.

Por conseguinte, Patrícia Perrone e Luís Roberto Barroso corroboram com exemplos a tendência convergente entre os sistemas jurídicos. Neste sentido, mencionam os EUA (*Obama Care*)<sup>244</sup> e a Inglaterra (*Human Rights Act* e *Constitutional Reform Act*)<sup>245</sup> como representativos do sistema *common law* em direção ao sistema *civil law*, implicando inclusive uma maior produção legislativa nestes países.

Por outro lado, quanto aos países de direito romano-germânico, afirmam os Autores existir uma inclinação indiscutível a conferir efeitos vinculantes e gerais às decisões judiciais proferidas pelas cortes constitucionais. Exemplificativamente, nos efeitos atribuídos aos julgados das cortes constitucionais da Alemanha, da Itália e da Espanha, todas produtoras de precedentes vinculantes, e, no Brasil, na eficácia atribuída às próprias decisões do Supremo Tribunal Federal (STF)<sup>246</sup>.

Quanto ao Brasil, do sistema jurídico do *civil law* – posição tradicionalmente acolhida no País como de referência romano-germânica – alguns pontos de destaque por Patrícia Perrone e Luís Roberto Barroso corroboram a tese de aproximação ao sistema do *common law*: (1) expansão do controle concentrado da constitucionalidade (valorização da jurisprudência e de atribuição de efeitos vinculantes aos precedentes jurisprudenciais); (2) a

---

<sup>243</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando como uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. **Revista da AGU**, Brasília-DF, v. 15, n. 03, p. 09-52, jul./set. 2016, p. 13.

<sup>244</sup> “Nos Estados Unidos, a título de ilustração, foi editada, em 2010, uma importante reforma do sistema de saúde, por meio da Lei de Proteção ao Paciente e de Tratamento a Custo Acessível (*Patient Protection and Affordable Care Act*), que ficou conhecida como *Obama Care*, com o propósito de implementar rápidas mudanças sociais no acesso aos serviços de saúde e de reduzir seus custos”. (MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando como uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. **Revista da AGU**, Brasília-DF, v. 15, n. 03, p. 09-52, jul./set. 2016, p. 13-14)

<sup>245</sup> “Assistiu-se, assim, à promulgação, na Inglaterra, da Lei de Direitos Humanos de 1998 (*Human Rights Act*), que permitiu, de forma inédita no sistema inglês, a declaração de incompatibilidade de normas internas com os direitos previstos na Convenção Europeia de Direitos Humanos. Aprovou-se a Lei de Reforma Constitucional de 2005 (*Constitutional Reform Act*), pela qual se criou a Suprema Corte do Reino Unido, situada fora do Parlamento, a fim de reproduzir o sistema tradicional de tripartição de poderes adotado pela Comunidade Europeia. E, entre 2014 e 2015, uma série de reformas promovidas por lei tornaram possível a aposentadoria, a suspensão e a exclusão de membros da *House of Lords*, bem como previram a nomeação preferencial, pelo prazo de dez anos contados do início de vigência da norma, de sacerdotes mulheres para a posição de lordes espirituais”. (MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando como uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. **Revista da AGU**, Brasília-DF, v. 15, n. 03, p. 09-52, jul./set. 2016, p. 13)

<sup>246</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando como uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. **Revista da AGU**, Brasília-DF, v. 15, n. 03, p. 09-52, jul./set. 2016, p. 14.

aprovação de diversas alterações ao CPC/1973, pelas quais se conferiu a certas decisões judiciais uma eficácia intermediária, para além dos casos em que foram proferidas; (3) a aprovação do CPC/2015, que criou um novo sistema de precedentes vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro e lhe conferiu eficácia por meio do alargamento das hipóteses de cabimento de reclamação<sup>247</sup>.

Juraci Mourão assevera, entretanto, sobre os dois possíveis sentidos que podem ter a assertiva sobre a aproximação do *civil law* ao *common law* na seara do (neo)constitucionalismo. Primeiro sentido, por uma suposição rejeitada pelo Autor de que o *common law* seria detentor de institutos teóricos com maior aptidão para enfrentamento dos desafios da contemporaneidade. Segundo sentido, posição defendida pelo Autor, houve um maior intercâmbio entre os institutos de ambos os sistemas, sobretudo em busca de soluções adequadas à nova dinâmica constitucional mundial<sup>248</sup>.

De fato, comunga-se com o entendimento de Juraci Mourão nesta segunda reflexão, por algumas razões fundamentais. Primeiro, não se pode pressupor a superioridade de um sistema ou tradição jurídica de direitos e, ato contínuo, importar em direção única seus institutos jurídicos. Trata-se de premissa falsa, p. ex., supor maior envergadura teórica aos preceitos jurídicos do *common law* para fins de resolução de problemas originados no constitucionalismo contemporâneo e, por vezes, dentro de suas próprias bases teóricas<sup>249</sup>.

Segundo, por razões históricas do constitucionalismo brasileiro que, conforme visto nesta pesquisa, em sua formação desde a primeira constituição republicana (1891) possui influxos teóricos-valorativos de ambos os sistemas jurídicos (natureza híbrida desde a sua gênese). Nesta esteira, não se pode sequer afirmar de forma inequívoca que o sistema jurídico brasileiro se trata de *civil law* “puro” e absolutamente original, porquanto inexistente tal tradição de direitos em escala mundial.

---

<sup>247</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando como uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. **Revista da AGU**, Brasília-DF, v. 15, n. 03, p. 09-52, jul./set. 2016, p. 48.

<sup>248</sup> “Então, o correto não é simplesmente propor a aproximação do sistema brasileiro ao *common law* ou importar a teoria do *stare decisis*. Muito menos correto é propor uma aproximação ao que se diz ser o *common law* e o *stare decisis*. Deve-se intercambiar elementos que puderem contribuir para modelagem de um novo raciocínio jurídico, baseado nas conquistas da Hermenêutica. O que estiver fora disso ou em dissonância deve ser rechaçado”. (LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 118)

<sup>249</sup> “Deve ter ficado claro, ao expor as razões teóricas para expansão da jurisdição, que o *stare decisis* possui bases realistas e positivistas, ainda que sem as influências da exegética continental. Como, então, um sistema com bases positivistas poderia oferecer soluções adequadas a um fenômeno jurídico que propõe superação do positivismo?”. (LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 117)

Com efeito, há uma intensa comunicação de mão dupla entre os dois principais sistemas jurídicos no Brasil e no mundo, *civil law* e *common law*. O próprio (neo)constitucionalismo pressupõe a dialética, o intercâmbio e a existência de zonas fronteiriças. Neste ponto, por exemplo, destaca-se a relação interdisciplinar entre o direito público e o direito privado, tais como a boa-fé objetiva, a função social do contrato e da propriedade, dentre outros, conforme já estudado em seções anteriores desta pesquisa.

Igualmente, verifica-se a comunicação intensa de institutos do *common law* – p. ex., o *stare decisis* - remodelado pela tradição jurídica da *civil law*. Neste sentido, nos países anglo-saxões, se trata o *stare decisis* de política desenvolvida no âmbito do Poder Judiciário, principalmente em torno da ideia da *binding force* (força vinculante) dos precedentes judiciais. Por sua vez, nos países predominantemente do *civil law* - p. ex. o Brasil - tal força vinculante dos precedentes judiciais decorre sobretudo de imposições do Poder Legislativo (força de lei), notadamente no âmbito do controle de constitucionalidade e, mais recentemente, por disposições do novo CPC/2015 que serão abordadas em seções posteriores.

Nas próximas seções, a pesquisa se dirigirá ao estudo do conceito, dos seus elementos, fundamentos nucleares e as principais funções dos precedentes judiciais. Trata-se de interesse de relevo porquanto a necessidade de se definir precisamente o que se trata precedente e sua força vinculativa, quer seja no plano formal ou de validade, quer seja no plano material ou valorativo.

#### **4.2 Análises conceituais sobre precedentes judiciais, jurisprudência e súmulas**

A distinção tradicional entre os sistemas jurídicos do *civil law* e do *common law* girava em torno dos precedentes judiciais. A pesquisa já delineou em seções anteriores a desmistificação desta premissa. De fato, a referência aos precedentes não é mais uma característica peculiar aos ordenamentos de *common law*, estando agora presente em quase todos os sistemas, inclusive no *civil law*<sup>250</sup>.

Por conseguinte, o intercâmbio proposto entre os institutos dos dois principais sistemas jurídicos pode ser evidenciado de muitas formas. Desta maneira, o sistema jurídico do *civil law* pode fazer amplo uso da referência à jurisprudência, enquanto o sistema do *common law* pode se utilizar do amplo uso da lei escrita e áreas inteiras desses ordenamentos

---

<sup>250</sup> TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara de Teffé. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014.

codificados. Nesta esteira, o estudo do novo código de processo civil brasileiro será algo importante em seções posteriores desta pesquisa acadêmica.

Por oportuno, indaga-se: qual o conceito de precedente judicial? Qualquer decisão judicial pode ser chamada de precedente? Há diferenças entre precedentes, súmulas e jurisprudência? Todo precedente judicial é vinculante? No Brasil, o novo CPC institui um novo sistema de precedentes? Enfim, são muitas indagações que se permitirão serem ora investigadas e desenvolvidas à luz da doutrina nacional e estrangeira.

Inicialmente, Hermes Zaneti utiliza a expressão “direito jurisprudencial”, habitualmente utilizada nos países da tradição da *civil law*, para designar o uso reiterado de decisões judiciais, ou seja, indicando uma determinada linha de entendimento dos tribunais em determinada matéria. Neste ponto, seria a jurisprudência fonte indireta do direito, não tendo a força vinculante de uma fonte formal e primária<sup>251</sup>. Adverte o Autor, entretanto, que precedente judicial não se confunde com direito jurisprudencial, mesmo sendo este considerado influente ou persuasivo de fato<sup>252</sup>.

Depreende-se, imediatamente, que a distinção entre precedentes judiciais e jurisprudência para Hermes Zaneti gira em torno precipuamente da força vinculante horizontal (no âmbito do próprio órgão julgador) e vertical (tribunais institucionalmente inferiores). Assim, a jurisprudência atuaria apenas de forma “persuasiva” e, para o Autor, não há sentido em falar em precedentes “persuasivos”<sup>253</sup>.

Por conseguinte, afirma Hermes Zaneti que serão precedentes apenas aqueles casos que constituírem acréscimos (ou glosas) aos textos legais de relevo para solução das questões jurídicas. Neste ponto, se a vinculação decorrer diretamente da lei, tal decisão judicial não será um precedente. Assim, defende o Autor o tratamento dos precedentes judiciais como norma, isto é, fonte do direito primária e vinculante<sup>254</sup>.

---

<sup>251</sup> “Esta força vinculante, comumente, é atribuída apenas às normas legais (constituição, leis, decretos etc.), as quais, pela sua origem (*pedigree*) a partir de órgãos com atribuição de produção normativa, são reconhecidas como vigentes, válidas e vinculantes”. (ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes:** teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 328)

<sup>252</sup> “Precedentes judiciais, como entendemos neste trabalho, consistem no resultado da densificação de normas estabelecidas a partir da compreensão de um caso e suas circunstâncias fáticas e jurídicas. No momento de aplicação, deste caso-precedente, analisado no caso-atual, se extrai a *ratio decidendi* ou *holding* como o *core* do precedente. Trata-se, portanto, da solução jurídica explicitada argumentativamente pelo intérprete a partir da unidade fático-jurídica do caso-precedente (*material facts* somados a solução jurídica dada para o caso) com o caso-atual”. (ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes:** teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 328-331)

<sup>253</sup> “Portanto, os precedentes não são meramente persuasivos ou exemplificativos do entendimento dos tribunais – diferença qualitativa”. (ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes:** teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 332)

<sup>254</sup> ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes:** teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 334-335.

Com efeito, discorda-se respeitosamente do entendimento de Hermes Zaneti quanto ao tratamento dos precedentes judiciais enquanto normas jurídicas (fontes do direito primária). De fato, tal raciocínio será desenvolvido durante a pesquisa, porém se inclina para o precedente judicial como uma resposta institucional dialógica, isto é, algo a se propor um diálogo enriquecedor entre o texto-de-norma e a hipótese fática (caso concreto), não se confundindo com norma, com fato, tampouco com fonte primária do direito.

Por sua vez, Luiz Guilherme Marinoni atribui o conceito de precedente à sua função primordial de orientação da sociedade e de promover a unidade jurídica entre os tribunais. Neste sentido, os precedentes judiciais seriam os veículos transportadores dos conteúdos que revelam sentidos ou compreensões jurídicas dotados de novidade, imperatividade e eficiência social. Defende o Autor<sup>255</sup>, portanto, a força vinculante dos precedentes judiciais, originada inclusive da sua própria substância que, em última análise, aperfeiçoa o produto legislativo. Assim, os conteúdos veiculados através dos precedentes judiciais, partindo de valorações racionalizadas mediante a devida argumentação, especificam o significado da lei quanto confrontada com as circunstâncias do caso concreto.

Por outro giro, Daniel Mitidiero apresenta as duas soluções mitológicas trazidas pelas tradições do *common law* e do *civil law*. Na Inglaterra, fundava-se na ideia de que os juízes constituíam oráculos do Direito – *oracles of the law* – cujas decisões consubstanciavam-se em verdadeiras provas vivas da existência do *common law*. Na França, por sua vez, a experiência oriunda da Revolução Francesa concebia os juízes como seres inanimados, pois exerciam um poder em realidade inexistente (*juges inanimés*). De fato, em ambos os casos, partia-se do pressuposto de que a interpretação judicial era meramente declaratória de uma norma preexistente<sup>256</sup>.

No Brasil, como a legislação sempre ocupou lugar de protagonista diante da jurisdição no direito brasileiro, o problema da vinculação era adstrito à lei, cuja aplicação para os casos concretos contava com a colaboração tão somente instrumental do *juge inânime*. Essa forma de pensar encontrava-se, portanto, amparada pela ideologia da separação dos poderes e pelo cognitivismo interpretativo. A despeito disto, Daniel Mitidiero afirma

---

<sup>255</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes**: recompreensão do sistema processual de corte suprema. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 150.

<sup>256</sup> “Paradoxalmente, aliás, essa teoria declaratória da jurisdição serviu concomitantemente para outorgar e para negar força vinculante às decisões dos juízes nessas diferentes tradições. São exatamente essas duas pressuposições que tornavam possível ao mesmo tempo o nobre sonho tanto da segurança pelo juiz como o da segurança pelo legislador, cujo despertar jogou a prática do direito em um verdadeiro pesadelo. São elas as efetivas responsáveis pelas mitológicas figuras dos *Oracles of the Law* e dos *Juges Inanimés* – e, portanto, pelo deslocamento do nosso tema do plano do conhecimento para o plano da crença”. (MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 27-28)



peremptoriamente sobre a superação do cognitivismo interpretativo e da figura do *juge inânime* na doutrina brasileira. Neste sentido, o problema da vinculação ao direito se resolveria em outros termos: (1) relação dinâmica e cooperativa entre a legislação e jurisdição e (2) identificação de instrumentos adequados a fim de promover relação harmoniosa e promotora da unidade do direito em um permanente equilíbrio entre a estabilidade e abertura do nosso sistema jurídico<sup>257</sup>.

Com efeito, faz-se *mister* então uma adequada harmonização dos conceitos de jurisprudência e súmula (ambos de tradição romano-canônica) e precedente judicial (de maior influência do *common law*). De fato, consoante registrado por Daniel Mitidiero, tais institutos – jurisprudência, súmula e precedente – revelam caminhos distintos trilhados pelo direito brasileiro em busca de uma solução para o problema da vinculação do direito<sup>258</sup>.

Michele Taruffo não desconhece, por vezes, o tratamento indistinto e deliberado de jurisprudência e precedente judicial como sinônimos. De forma contrária, apresenta o Autor nítidas distinções de natureza quantitativa entre ambos<sup>259</sup>. Em regra, existe apenas uma ou pouquíssimas decisões realmente relevantes quando se fala de precedente judicial, enquanto que, jurisprudência se refere a uma multiplicidade de decisões judiciais numa mesma direção.

---

<sup>257</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes:** da persuasão à vinculação. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 73-74.

<sup>258</sup> “O termo jurisprudência – com o sentido que é normalmente empregado entre nós – é de origem francesa. Em determinado momento, como um método de trabalho destinado a facilitar a tarefa de controle então exercida pelo Supremo Tribunal Federal, súmulas foram incorporadas ao direito brasileiro, cujo parentesco mais próximo pode ser apontado com os assentos portugueses e com as máximas italianas. Em ambos os casos a influência sentida provém da tradição romano-canônica. Em uma certa altura, no entanto, mesmo depois da transformação dos conceitos de jurisprudência e de súmulas, a doutrina brasileira começou a propor a adoção de um sistema de precedentes obrigatórios – vinculantes – no direito brasileiro. A partir daí o direito brasileiro começou a recair igualmente sob a área de influência do *Common Law*, na medida em que procurou naquela tradição os elementos capazes de colaborar nessa adaptação”. (MITIDIERO, Daniel. **Precedentes:** da persuasão à vinculação. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 75)

<sup>259</sup> “Quando se fala do precedente, faz-se geralmente referência a *uma decisão* relativa a um caso particular, enquanto quando se fala da jurisprudência faz-se, normalmente, referência a *uma pluralidade* frequentemente muito ampla de decisões relativas a vários e diversos casos concretos. A diferença não é apenas de tipo semântico. O fato é que, nos sistemas fundados tradicional e tipicamente no precedente, geralmente, a decisão que se assume como precedente é uma só; no mais, poucas decisões sucessivas vêm citadas em apoio ao precedente. Deste modo, é fácil identificar qual decisão realmente “faz precedente”. Em vez disso, nos sistemas – como o nosso – em que se evoca a jurisprudência, faz-se referência geralmente a muitas decisões: às vezes, são dezenas ou até mesmo centenas, embora nem todas venham expressamente citadas. Isto implica várias consequências, entre elas a dificuldade – frequentemente de árdua superação – de se estabelecer qual decisão é verdadeiramente relevante (se é que existe uma) ou de decidir quantas decisões são necessárias para que se possa dizer que existe uma jurisprudência relativa a uma determinada interpretação de uma norma”. (TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara de Teffé. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014, p. 03)

Igualmente, também destaca Michele Taruffo diferenças substanciais, ou seja, de natureza qualitativa<sup>260</sup> entre precedentes e jurisprudência. Neste sentido, refere-se o Autor à regra fornecida pelo precedente de matriz universalizável e, portanto, aplicável como possível critério de decisão para o próximo caso concreto em face da similitude fática a ser afirmada ou refutada pelo juiz do caso posterior. Portanto, a aplicação do precedente judicial ao próximo caso concreto baseia-se numa análise factual. Em outras palavras, a confirmação da aplicação da *ratio decidendi* do caso anterior ao respectivo caso posterior, imporá a eficácia deste precedente cotejado, inclusive sendo suficiente um só para justificar tal desiderato.

Quanto à jurisprudência, Michele Taruffo definiu como um conjunto de sentenças ou grupo de sentenças que, *a priori*, não incluem os fatos que foram objeto de decisão, de modo que a aplicação da regra formulada em uma decisão anterior não é baseada na analogia dos fatos, mas na subsunção da *fattispecie* sucessiva em uma regra geral<sup>261</sup>. De fato, a utilização da jurisprudência decorre de um processo lógico-dedutivo, sendo os acórdãos jurisprudenciais estudados para fins de se averiguar o princípio de direito, ou seja, a *regula juris* abstrata a ser aplicada ao próximo caso. Neste ponto, diferentemente do precedente judicial, não há a preocupação na jurisprudência com a individuação da *fattispecie* concreta que foi objeto da decisão<sup>262</sup>.

Juraci Mourão<sup>263</sup>, por sua vez, propõe precisa delimitação conceitual entre precedente, jurisprudência e súmula. Em rápidas pinceladas, o ocasionamento do ganho hermenêutico no julgamento do caso tomado como referência, autorizará sua precedência individual diante dos casos posteriores. A jurisprudência, ao seu sentir, constitui-se no conjunto de julgamentos em um mesmo sentido, ou seja, a repetição da mesma resposta hermenêutica a várias situações distintas. E, as súmulas se tratam de atos administrativos dos tribunais, que, de forma sintética, abstratizam uma determinada linha jurisprudencial.

---

<sup>260</sup> “Além disso, como muitas vezes acontece, a quantidade condiciona a qualidade, o que leva a individuar uma diferença *qualitativa* entre o precedente e a jurisprudência”. (TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara de Teffé. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014, p. 03)

<sup>261</sup> “Este *modus operandi* encontra-se tão profundamente enraizado em nossos hábitos, que não se dá atenção aos fatos nem mesmo quando o inteiro texto da sentença se encontra disponível e não só a ementa. De fato, se o texto do acórdão é publicado por uma revista, geralmente os fatos do caso são suprimidos pela expressão *omissis*... Se, por outro lado, se dispõe de texto integral, mas se trata de um acórdão da Corte de Cassação, então os fatos do caso ou são expostos de forma muito sintética na parte “narrativa” da sentença ou sequer aparecem”. (TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara de Teffé. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014, p. 05)

<sup>262</sup> TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara de Teffé. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014, p. 5.

<sup>263</sup> LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 130.

Por conseguinte, quanto à utilização de cada uma destas espécies (precedente, súmula e jurisprudência), afirma Juraci Mourão a existência de distinções entre todos. Neste sentido, a utilização do precedente (enquanto resposta isolada) se mostra mais restrita em relação à jurisprudência (enquanto resposta idêntica e múltipla), porquanto há necessidade de similitude hermenêutica do caso-precedente com o caso- posterior. A jurisprudência, por sua vez, significando a repetição da mesma resposta hermenêutica a casos distintos, não se exigirá uma maior similitude fática entre os casos. Quanto às súmulas, além de não poderem ser equiparadas e aplicadas como leis parlamentares, possuem modo específico e próprio de uso: mediante o cotejo com os elementos dos julgamentos que lhe deram origem. Nesta medida, os seus enunciados apresentam de forma ilustrativa a jurisprudência ali delineada, sendo restrita sua aplicação aos precisos limites hermenêuticos dessa mesma jurisprudência<sup>264</sup>.

Por conseguinte, propõe então Juraci Mourão definição sobre precedente judicial, tratando-se de resposta institucional a um determinado caso, por meio de uma *applicatio*<sup>265</sup>, quando necessariamente tenha ocorrido um ganho hermenêutico<sup>266</sup>. Neste ponto, reitera-se a posição desta pesquisa acadêmica quanto ao precedente judicial, ou seja, também como resposta institucional dialógica, isto é, promotora (e fomentadora) de um diálogo entre texto (norma) e realidade (fato).

Lênio Streck, por seu turno, também diferencia especificamente os precedentes judiciais em face das súmulas vinculantes. Estas desvinculam-se dos casos que a originaram, impondo-se como verdadeiros textos normativos de vinculação geral e abstrata para os casos futuros. Neste sentido, aproxima-se da lei parlamentar, com dimensão atemporal e passando a ter validade após sua publicação no órgão oficial. Já os precedentes constituem-se como critério normativo a ser seguido em novos casos nos quais exista idêntica questão de direito. Nesta esteira, também se constituem nas principais decisões de determinado ordenamento

<sup>264</sup> LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 130-132.

<sup>265</sup> “Ao se considerar o precedente uma resposta, ele se vincula às perguntas e às indagações formuladas no processo de origem e àquelas suscitadas no novo caso. Esse é um ponto relevante na proposta embasada na ideia de círculo hermenêutico e de *applicatio* da filosofia de Gadamer. É justamente a compreensão do precedente nesse jogo de perguntas e respostas [...] que impedirá que haja uma generalização e abstração automática e não fundamentada. Essa generalização, quando permitida, comporta gradação e, ainda assim, terá força hermenêutica variável. Impede que artificialmente se desprenda uma parte de uma decisão (que só pode ser entendida em função do todo) como se fosse estanque e autônoma para ser utilizada em um grande número de situações posteriores”. (LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 276)

<sup>266</sup> “[...] um ganho hermenêutico, entendido como (1) a obtenção de um novo sentido; (2) a opção por um específico sentido obtido em função das peculiaridades concretas observadas e que, até então, fugia a uma interpretação realizada segundo a consideração de situações-padrão e comuns de aplicação; (3) avanço de sentidos não contidos aprioristicamente em um texto legislativo ou constitucional”. (LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 276)

jurídico, cuja função primordial é a de servir de paradigma para decisões posteriores. Assim, “o regime de precedentes representa o direito observando a si próprio”<sup>267</sup>.

A princípio, não há divergências substanciais do pensamento de Lênio Streck e Michele Taruffo quanto ao critério normativo proposto. De fato, não há que se falar em identidade da questão de fato, porquanto seria hipótese de coisa julgada (identidade da questão fática e da questão de direito). A similitude fática proposta por Taruffo diz respeito à *applicatio* do precedente judicial ao caso posterior, que poderá ser acatada ou refutada pelo juiz ou tribunal subsequente.

Nas próximas seções, analisa-se alguns elementos fundamentais para formação do precedente judicial, notadamente na sua parte vinculante enquanto resposta institucional. Há, portanto, elementos distintos dentro do mesmo precedente, ou seja, apenas uma parte realmente dotada da *binding force* almejada pelo sistema jurídico. Eis, portanto, alguns estudos sobre as razões substanciais e as razões acessórias do precedente judicial.

#### **4.3 Elementos de formação conceitual do precedente judicial: *ratio decidendi* e *obiter dictum***

Após lançar algumas concepções conceituais e notas distintivas sobre precedentes judiciais, súmulas e jurisprudência, esta seção se debruçará sobre o estudo específico dos elementos que compõem o conceito de precedente judicial (*ratio decidendi e obiter dictum*). A rigor, trata-se de tema de relevo para em seguida se adentrar ao interesse maior nesta investigação, qual seja, a força vinculante dos precedentes judiciais brasileiros, internacionais e estrangeiros par fins de concretização dos direitos humanos, em particular, o direito ao esquecimento no ambiente digital.

As expressões *ratio decidendi* e *obiter dictum* já mencionadas nesta pesquisa serão agora perquiridas de forma minudente sobre a ótica conceitual e, principalmente, sobre critérios de como dividi-los de forma adequada, ou seja, a separação com maior precisão entre a *ratio* e o *dictum*. De imediato, surge a premissa distintiva inaugural acerca do *binding element*: a *ratio decidendi* diz respeito ao núcleo vinculante do precedente judicial, enquanto que o *obiter dictum* seriam aspectos colaterais da decisão judicial que origina o precedente sem obrigação de vinculação aos casos futuros.

---

<sup>267</sup> STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 112.

Tradicionalmente, afirma Lênio Streck<sup>268</sup> que, a *ratio decidendi* diz respeito ao enunciado jurídico a partir do qual é decidido o caso. Em outras palavras, trata-se da regra jurídica utilizada pelo Poder Judiciário para justificar a decisão do caso concreto. Adverte o Autor, entretanto, a obrigatoriedade de ser analisada em correspondência com a questão fático-jurídica que ela solucionou, sob pena de deixar de ser *ratio decidendi* caso seja encarada como regra jurídica isoladamente.

Por conseguinte, o *obiter dictum* (plural: os *obiter dicta*) corresponderia ao enunciado, a interpretação jurídica ou a argumentação jurídica arregimentados na decisão judicial que ensejou o precedente. Depreende-se, portanto, tratar-se do núcleo com caráter de acessoriedade ou de menor relevância, isto é, subjacente para a solução da demanda. Assim, os *obiter dicta* estariam contidos na motivação da sentença, contudo, não se constituem em fundamentos jurídicos da própria decisão. Neste sentido, o fator preponderante para se delimitar a distinção entre *ratio decidendi* e os *obiter dicta* é o de se revelar o precedente jurídico, que será fundamental e paradigmático para a solução dos casos posteriores. De fato, os doutrinadores destacam as dificuldades para se definir o que é vinculante (*binding element*) dentro do precedente judicial<sup>269</sup>.

De outro giro, Juraci Mourão apresenta uma visão crítica em torno dos elementos recorrentemente utilizados pela doutrina para fins de distinção entre a *ratio* e o *dictum*. Nesta esteira, o *discrímen* contumaz versaria sobre instrumentos argumentativos de aproximação e rejeição de argumentações fáticas, desdobramentos sociais e contextuais, dificultando uma apreensão teórica geral sobre os referidos elementos. Ademais, afirma o Autor que, a presença desta problemática distintiva – *ratio e dictum* – ocorre de forma generalizada, ou seja, nos direitos da tradição europeia continental (*civil law*)<sup>270</sup>, nos direitos da tradição inglesa (*common law*)<sup>271</sup> e no Brasil<sup>272</sup>, todos em maior ou menor medida. Em sua tese, defende a

---

<sup>268</sup> “A *ratio decidendi*, além de possuir a função de colocar-se como o fundamento jurídico a solucionar os casos no *common law*, possui a função de evitar arbitrariedades nas decisões judiciais”. (STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 65)

<sup>269</sup> STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 65.

<sup>270</sup> “A tradição europeia continental, que há pouco desenvolve essa divisão, não atenta para esses pontos reduzindo a *ratio* simplesmente à regra jurídica de julgamento enunciado pela corte emissora ou dela inferida. Com isso, equipara-se precedente à lei, conforme propõe Kelsen”. (LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 176)

<sup>271</sup> “É possível perceber, porém, que a tradição inglesa, a despeito das várias técnicas, prestigia uma avaliação contextualizada, ora inserindo-a nos fatos, ora no direito. Por sua vez, a tradição continental se apega ao positivismo ora exegético, ora normativista”. (LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 176)

observância de três pontos cruciais: (1) pouca força de uma noção normativista; (2) uso de precedente fora de um simples silogismo e (3) elaboração conjunta da *ratio decidendi* dos precedentes judiciais.

Igualmente, Luiz Guilherme Marinoni<sup>273</sup> afirma que, sempre foi muito discutido no *common law* o conceito de *ratio decidendi*, inexistindo sinais de acordo quanto à sua definição ou mesmo quanto ao método inequívoco capaz de permitir a sua identificação na decisão judicial. Ademais, segundo o Autor, quando se fala em interpretação de precedente, não se busca necessariamente revelar o conteúdo do seu texto, mas, especialmente, identificar e delimitar a sua *ratio*.

Na doutrina do *common law*, desenvolveram-se dois testes tradicionais para identificação da *ratio decidendi* com intuito de atenuação da complexidade de sua definição e delimitação: o teste de Wambaugh e o método de Goodhart. Neste particular, destaca-se inicialmente o teste de Wambaugh, de Eugene Wambaugh<sup>274</sup> que, em última análise, atrela a *ratio* à ideia de regra jurídica impositiva para a decisão do magistrado.

Dito de outra forma, sem a utilização da *ratio*, o magistrado teria decidido de forma diferente. Segundo Eugene Wambaugh<sup>275</sup>, mesmo um iniciante poderia determinar se é possível que uma certa situação de direito seja envolvida em um determinado caso. Inicialmente, planeja-se a suposta situação de direito e, ato contínuo, insere-se na situação planejada uma determinada palavra que eventualmente possibilitasse a reversão do seu significado. Por conseguinte, indagar-se-ia se a decisão poderia ter sido a mesma caso o tribunal tivesse entendido como plausível e levado em consideração essa nova situação (mesmo com a palavra incluída e revertida o seu significado). Em caso de resposta afirmativa,

---

<sup>272</sup> “No Brasil, a dicção *ratio decidendi* não recebe, por parte dos tribunais, qualquer rigor teórico. Seu uso, normalmente, é apenas como sinônimo de fundamentos da decisão ou, literalmente, as razões para decidir. [...] Na doutrina, o mais comum é se verificar a importação das técnicas da tradição inglesa, prestigiando-se uma visão normativista. Há muito o que evoluir”. (LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 176)

<sup>273</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 163.

<sup>274</sup> WAMBAUGH, Eugene. **The study of cases: a course of instruction in Reading, stating reported cases, composing head-notes and briefs, criticizing and comparing authorities, and compiling digests**. 2. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1894.

<sup>275</sup> “Yet by experiment even the beginner can determine whether it is possible for a given proposition of law to be involved in a given case. In order to make the test, let him first frame carefully the supposed proposition of law. Let him then insert in the proposition a word reversing its meaning. Let him then inquire whether, if the court had conceived this new proposition to be good, and had had it in mind, the decision could have been the same. If the answer be affirmative, then, however excellent the original proposition may be, the case is not a precedent for that proposition, but if the answer be negative the case is a precedent for the original proposition and possibly for other propositions also”. (WAMBAUGH, Eugene. **The study of cases: a course of instruction in Reading, stating reported cases, composing head-notes and briefs, criticizing and comparing authorities, and compiling digests**. 2. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1894, p. 17)

ainda que a situação originalmente escolhida pudesse ser excelente, o caso não seria um precedente para aquela situação. De outra forma, se a resposta fosse negativa, o caso seria um precedente para a situação original e, possivelmente, para outras situações.

Por sua vez, Luiz Guilherme Marinoni<sup>276</sup> afirma ser apontado como falho pela doutrina contemporânea do *common law* o teste de Eugene Wambaugh. De fato, a refutação do Autor parece ser adequada, porquanto o tribunal poderá decidir com base em mais de um fundamento e, ainda assim, leva-lo à mesma solução para o caso concreto. Desta forma, ainda que se invertesse o significado de um desses fundamentos, ainda existiria o outro fundamento como suficiente para preservar a decisão original ou impedir a alteração de suas conclusões.

Por outro giro, o segundo método ventilado seria o de Goodhart, de Arthur Goodhart, qual seja, a *ratio decidendi* é denominada como *principle of a case*, sendo determinada a partir dos fatos materiais considerados fundamentais pelo magistrado para decisão do caso concreto. Nesta medida, em relação ao teste de Wambaugh, há uma ênfase maior aos fatos, embora a *ratio* não seja encontrada nas razões estabelecidas na *opinion* ou mediante a consideração de todos os fatos do caso analisado<sup>277</sup>.

Independentemente dos acertos e equívocos dos notoriamente conhecidos testes de Wambaugh (1894) e do método de Goodhart (1930), dentre outros, Luiz Guilherme Marinoni<sup>278</sup> afirma que a identificação da *ratio decidendi* sempre foi buscada em dois pontos: (a) nos fatos do caso e (b) nas razões que anunciam a regra solucionadora do caso concreto.

<sup>276</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 165-166.

<sup>277</sup> “The rules for finding the principle of a case can, therefore, be summarized as follows: (1) The principle of a case is not found in the reasons given in the opinion. (2) The principle is not found in the rule of law set forth in the opinion. (3) The principle is not necessarily found by a consideration of all the ascertainable facts of the case and the judge’s decision. (4) The principle of the case is found by taking account (a) of the facts treated by the judge as material, and (b) his decision as based on them. (5) In finding the principle it is also necessary to establish what facts were held to be immaterial by the judge, for the principle may depend as much on exclusion as it does on inclusion. The rules for finding what facts are material and what facts are immaterial as seen by the judge are as follows. (1) All facts of person, time, place, kind and amount are immaterial unless stated to be material. (2) If there is no opinion, or the opinion gives no facts, then all other facts in the record must be treated as material. (3) If there is an opinion, then the facts as stated in the opinion are conclusive and cannot be contradicted from the record. (4) If the opinion omits a fact which appears in the record this may be due either to (a) oversight, or (b) an implied finding that the fact is immaterial. The second will be assumed to be the case in the absence of other evidence. (5) All facts which the judge specifically states are immaterial must be considered immaterial. (6) All facts which the judge impliedly treats as immaterial must be considered immaterial. (7) All facts which the judge specifically states to be material must be considered material. (8) If the opinion does not distinguish between material and immaterial facts then all the facts set forth must be considered material. (9) If in a case there are several opinions which agree as to the result but differ as to the material facts, then the principle of the case is limited so as to fit the sum of all the facts held material by the various judges. (10) A conclusion based on a hypothetical fact is a dictum. By hypothetical fact is meant any fact the existence of which has not been determined or accepted by the judge”. (GOODHART, Arthur L. **Determining the ratio decidendi of a case**. Yale Law Journal, v. XL, n. 2, dec. 1930, p. 182-183)

<sup>278</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 166.

De imediato, admite-se que, as dificuldades inerentes à conceituação e à identificação da *ratio decidendi* também residem nestes dois aspectos. Primeiro, se buscada somente nos fatos do caso, estes por óbvio nunca se repetem exatamente da mesma maneira (sob pena inclusive de ocorrência de coisa julgada, se houver identidade fática e jurídica). Segundo, se buscada unicamente nas razões de decidir, imporão necessariamente um tratamento isonômico para os demais casos com fatos similares enquadrados na mesma categoria.

Por outro lado, Juraci Mourão afirma que, investigar se a *ratio* consiste nos fatos, em uma norma ou em um argumento, isto tudo é assunto do chamado “ponto de referência”. Este, por sua vez, possui relação com a distinção entre a *ratio decidendi* e o *obiter dictum*, sendo influenciado fortemente pela teoria/ideologia que se tem precedente<sup>279</sup>. Desta maneira, defende o Autor que, há de se ter uma nova forma de raciocinar diferentemente da encontrada atualmente na tradição dos direitos do *civil law*. Assim, emerge o protagonismo do advogado, na medida em que o direito será construído de forma conjunta com o magistrado, a depender do recorte fático delineado pelo causídico, bem como da forma de cotejá-lo com os elementos componentes do precedente invocado<sup>280</sup>.

Outrossim, Juraci Mourão deixa claro que, a *ratio* não pode ser equiparada à norma, porquanto se trata, no mínimo, de uma informação incompleta. Nesta esteira, dada a estrutura normativa “se f, então sc”, a norma poderá até ser parte do precedente, mas não sua integralidade. A lógica deôntica descrita e o método da subsunção não seriam capazes de abarcar todos os elementos do círculo hermenêutico do qual é fruto o precedente judicial<sup>281</sup>. Neste sentido, o Autor<sup>282</sup> reitera claramente que, a distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* não é rígida nem fixa. Neste ponto, a *ratio* deve coincidir com a resposta hermenêutica dada ao caso anterior, a qual não se restringe apenas ao critério jurídico ou fático, mas ao círculo hermenêutico como um todo que caracteriza a *applicatio*.

<sup>279</sup> “Com efeito, uma concepção realista aproximará à questão fática, já uma normativista a uma regra jurídica, sem falar da perquirição de qual seria o papel da fundamentação entre um extremo e outro”. (LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 177)

<sup>280</sup> “[...] se terá o precedente como um *standard* geral a ser utilizado dentro de uma nova estrutura argumentativa sem necessariamente encilhar um só ponto relevante, seja um fato, seja uma norma. [...] sem se esquecer-se da ideia de resposta desenvolvida pelos realistas; mas não uma resposta aos fatos, mas uma resposta hermenêutica (dentro de um círculo hermenêutico específico) abrangente a todo o caso julgado no precedente. (LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 180-181)

<sup>281</sup> “Esse ganho hermenêutico não se dá apenas por meio da identificação no precedente de uma norma, seja ela regra ou princípio. Isso é apenas uma parte dele. O relevante é a *applicatio* verificada que se manifesta em outros aspectos além do normativo”. (LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 180-184)

<sup>282</sup> LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 271.



Patrícia Perrone e Luís Roberto Barroso também afirmam sobre o tormentoso tema acerca do método adequado para definição da *ratio decidendi* ou de *holding*<sup>283</sup>. Este (ou esta), em princípio, corresponde justamente ao entendimento jurídico emergente de um precedente, que vinculará a decisão dos casos futuros. Em seguida, apresenta dois métodos para conceituação da *ratio*: fático-concreto<sup>284</sup> e o abstrato normativo<sup>285</sup>.

De imediato, apresentam Patrícia Perrone e Luís Roberto Barroso as dificuldades da utilização do método fático-concreto, porquanto tendem a ensejar a elaboração de *holdings* restritivas e presas às particularidades do caso concreto, desfavorecendo uma abordagem sistêmica do Direito. Ademais, a própria compreensão dos fatos relevantes de um caso para fins de definição do comando emergente da decisão, *per si*, pressupõe a consideração do entendimento do Tribunal quanto às razões que o levaram a tal avaliação. Nada obstante, o método fático-concreto pode ser fundamental para evitar a afirmação de um precedente abrangente demais, ou seja, quando se tem a formulação da *ratio* em termos muito amplos tornando seu comando superinclusivo. Neste sentido, defendem os Autores<sup>286</sup> a generalização da *ratio decidendi*, a fim de reger o maior número de casos possíveis, entretanto, sem abranger questões de fato cujas razões sequer foram consideradas na formulação do precedente judicial (método abstrato normativo).

Com efeito, Patrícia Perrone e Luís Roberto Barroso concluem que, ambos os métodos mencionados – fático-concreto e abstrato-normativo – são importantes para se encontrar a formulação adequada da norma emergente do precedente. Neste ponto, a identificação da *ratio decidendi* pressupõe a avaliação de alguns aspectos essenciais: (1) os fatos relevantes; (2) a questão jurídica posta em juízo; (3) os fundamentos da decisão; (4) a

---

<sup>283</sup> A expressão *ratio decidendi*, oriunda do direito inglês, ou *holding*, nomenclatura utilizada no direito norteamericano, conforme já tratado em seções anteriores.

<sup>284</sup> “Segundo um primeiro método, denominado *fático-concreto*, a *ratio decidendi* deve corresponder à regra extraída de um conjunto de fatos, de forma a que se afirme que sempre que estiverem presentes o fato A (relevante) e o fato B (relevante), e mesmo que ausente o fato C (irrelevante), a decisão será X. Para o método fático-concreto, importa o que a corte decidiu com relação a determinado conjunto de fatos, não o que disse ou os fundamentos que invocou para justificar a decisão”. (MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. *Trabalhando como uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro*. **Revista da AGU**, Brasília-DF, v. 15, n. 03, p. 09-52, jul./set. 2016, p. 25)

<sup>285</sup> “De acordo com o método *abstrato normativo*, quando o tribunal decide uma ação, ele produz a solução para o caso concreto e, ao mesmo tempo, decide como serão julgados os casos futuros semelhantes. Portanto, sua decisão tem em conta a norma mais adequada para solucionar todas as demandas que se encontrem dentro de uma apropriada categoria de similitude. Nessa hipótese, os fundamentos da decisão são essenciais para compreender o entendimento que funcionou como pressuposto para a solução concreta alcançada pelo tribunal e com que nível de generalidade a corte pretendeu afirmá-los”. (MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. *Trabalhando como uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro*. **Revista da AGU**, Brasília-DF, v. 15, n. 03, p. 09-52, jul./set. 2016, p. 26)

<sup>286</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. *Trabalhando como uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro*. **Revista da AGU**, Brasília-DF, v. 15, n. 03, p. 09-52, jul./set. 2016, p. 26.

solução determinada pela Corte. Desta forma, desvinculam os Autores o *holding* ou a *ratio* da ideia de sinônimo do próprio fundamento da decisão majoritária da Corte. Neste sentido, afirmam que, “a *ratio decidendi* de uma decisão corresponde a uma descrição do entendimento adotado pela corte como a premissa necessária ou adequada para decidir o caso concreto, à luz das razões invocadas pela maioria”<sup>287</sup>.

Quanto ao *obiter dictum* ou (aos) *obiter dicta*, isto é, referem-se às considerações marginais estranhas à decisão do caso<sup>288</sup>. Em outras palavras, tem-se como a discussão desnecessária à solução do caso concreto ou, ainda, quando certo argumento não foi aprovado pela maioria da Corte como justificativa para a solução dada a uma demanda. Este elemento componente do precedente judicial, diferentemente da *ratio decidendi*, não se presta a produzir efeitos vinculantes para julgados futuros.

Michelle Taruffo<sup>289</sup>, por sua vez, também diferencia os elementos *ratio* e *dictum* naquilo que é considerado como precedente em sentido próprio, qual seja, a parte da decisão judicial à qual se faz referência por dela derivar a regra de julgamento para o caso sucessivo. Afirma o Autor que, tal distinção não é desconhecida no âmbito da jurisprudência, entretanto, não costuma ser aplicada com o rigor necessário.

Nesta esteira, adverte Michelle Taruffo que, “torna-se bastante incerto que coisa seja aquilo que se utiliza para fortalecer a justificção da decisão posterior, de modo que também o

---

<sup>287</sup> “Frise-se: a *ratio decidendi* ou o *holding* não é o próprio fundamento aprovado pela maioria para decidir. A *ratio decidendi* ou a tese é uma descrição do entendimento jurídico que serviu de base à decisão. Essa diferença sutil foi objeto dos debates travados durante o julgamento da ADI 4697, quando parte do pleno do Supremo Tribunal Federal inclinou-se a aprovar, como tese afirmada no julgamento, a proposição segundo a qual é constitucional a lei que delega a fixação da anuidade aos Conselhos Profissionais, desde que determine o seu limite máximo e defina parâmetros para a sua gradação. No caso, o fundamento da decisão era a compatibilidade da delegação da competência para definir tal anuidade com o princípio da legalidade, na medida em que a lei delimitava ao menos seu teto e critérios mínimos de escalonamento”. (MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. *Trabalhando como uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro*. **Revista da AGU**, Brasília-DF, v. 15, n. 03, p. 09-52, jul./set. 2016, p. 27)

<sup>288</sup> “Essas considerações não significam, contudo, que os *obiter dicta* não tenham relevância jurídica. Entendimentos minoritários, votos vencidos e considerações desnecessárias à solução de um caso podem ser muito importantes para sinalizar as inclinações da corte quanto a julgamentos futuros, para indicar tendências deste ou daquele membro do colegiado, para inspirar novas teses e intervenções do legislador. Além disso, o *dictum* de hoje pode ser o *holding* de amanhã. Portanto, os *dicta* podem ter grande relevância para o desenvolvimento judicial do direito. Apenas não produzem - enquanto *dicta* - orientações vinculantes para o julgamento de casos futuros”. (MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. *Trabalhando como uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro*. **Revista da AGU**, Brasília-DF, v. 15, n. 03, p. 09-52, jul./set. 2016, p. 29)

<sup>289</sup> “[...] não raramente as súmulas contêm *obiter dicta*, enquanto quem formula a súmula, muitas vezes, extrai do texto da sentença qualquer enunciação jurídica sem verificar se essa seria a base efetiva da decisão; na prática judiciária não raramente comporta-se do mesmo modo, chamando novamente qualquer parte da sentença que pareça útil para invocar como precedente” [...]. (TARUFFO, Michele. *Precedente e jurisprudência*. Trad. Chiara de Teffé. **Civillistica.com**. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014, p. 6-7)

*obiter dictum* pode – embora indevidamente – ‘fazer precedente’<sup>290</sup>. Desta forma, a doutrina dos precedentes afirma ser a *ratio decidendi* a regra de direito posta como direito fundamento da decisão sobre os fatos específicos do caso, e *obiter dictum*, as afirmações e argumentações contidas na motivação da sentença que não constituem a parte integrante do fundamento jurídico da decisão<sup>291</sup>.

Com efeito, entende-se a *ratio decidendi* como o núcleo central do precedente judicial, sendo seu conceito tradicionalmente vinculado aos aspectos fáticos ou aos aspectos normativos, de acordo com os referenciais teóricos, filosóficos e ideológicos pré-compreendidos. Em outras palavras, não se confunde a *ratio* com a fundamentação da decisão judicial, nem tampouco como sinônimo de norma-regra ou norma-princípio. Trata-se, pois, da parcela virtuosa do DNA do precedente judicial, a ser transplantado ao caso posterior.

De fato, no contexto do conceito de precedente enquanto resposta institucional que necessariamente imponha o ganho hermenêutico ao caso em análise, a *ratio* tende a ser a parte que exponha este ganho durante a *applicatio* com maior habilidade e vivacidade. Desta forma, também será a parte do precedente vocacionada a vincular o caso posterior, fomentando e promovendo o diálogo permanente entre texto de norma e realidade pelo viés da filosofia hermenêutica e por seu perfil dialógico.

O *obiter dictum*, por sua vez, são apenas as questões secundárias pois não influenciam diretamente a decisão daquele caso concreto analisado. Desta forma, tem-se o *dictum* como algo acessório e não vinculante ao caso posterior. Apesar disto, o *obiter dictum* de hoje (do caso-precedente), poderá ser a *ratio* de amanhã na formação de novel precedente judicial. Não se descarta, por consequência, a relevância do *dictum* para o desenvolvimento do direito, apenas se reitera que, nesta condição, não orientará de forma vinculante o julgamento de casos futuros.

---

<sup>290</sup> TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara de Teffé. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014, p. 7.

<sup>291</sup> “Esta distinção pode ser difícil de ser estabelecida na prática, mas é fundamental quando nos faz compreender como apenas por meio da referência direta aos fatos da causa se pode determinar qual é a razão jurídica efetiva da decisão, ou seja, a *ratio* que somente pode ter eficácia de precedente”. (TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara de Teffé. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014, p. 07)

#### 4.4 A aplicação e a superação dos precedentes judiciais: *distinguishing*, *overruling*, dentre outras técnicas

Na seção anterior, verificaram-se as dificuldades em separar os *obiter dicta* e a *ratio decidendi*. Esta, por sua vez, numa perspectiva dinâmica, tem a sua importância pois será a parte do precedente responsável por regular o futuro. Em outras palavras, trata-se da extração precedentalista do princípio aplicável às causas futuras, qual seja, o DNA do caso, que vem a ser um elemento decorrente do DNA do direito<sup>292</sup>.

Nesta seção, perquirir-se-ão alguns mecanismos comumente utilizados pela doutrina dos precedentes para fins de adequada aplicação e, em última análise, também instrumentos que determinem eventuais superações do precedente no cotejo do caso concreto analisado. Desta forma, parte-se da premissa de que dois casos nunca serão absolutamente idênticos e, portanto, a comparação entre o precedente e o caso posterior ocorre por semelhanças e distinções entre os fatos juridicamente relevante para tomada de decisões.

Toni Fine<sup>293</sup> destaca no sistema jurídico americano a habilidade de os advogados de realizarem as distinções do precedente judicial a fim de afastá-lo do caso a ser julgado, bem como o poder de argumentação por analogia quando desejam que o precedente seja aplicado ao caso *sub judice*. Por essa razão, ao decidir o caso concreto, o Tribunal valer-se-á de técnicas de analogia (*analogy*) e de distinção (*distinguishing*) na comparação entre o precedente (caso anterior) e o caso atual em análise (caso posterior). Neste sentido, destaca o Autor que, o *stare decisis* permanece sendo um princípio e não uma regra imutável. Desta forma, torna-se mais recorrente o afastamento da aplicação do precedente a partir da realização de distinções entre os fatos envolvidos no precedente e no caso em exame (*distinguishing*) ante a revogação do precedente propriamente dito (*overruling*).

Igualmente, Rupert Cross e J. W. Harris afirmam que, na aplicação dos precedentes os juízes exercem analogias (*analogy*) entre casos, isto é, tomam as diferenças e distinções de forma comparativa entre o precedente e o caso *sub examine*. Desta maneira, a regra do *stare decisis* impõe aos juízes o raciocínio por analogia, devendo ocorrer decisões semelhantes para casos semelhantes e decisões distintas para casos diferentes. Assim, enquanto a distinção (*distinguishing*) do precedente poderá ser feita por qualquer juiz ou tribunal, a sua superação

---

<sup>292</sup> “Trata-se, pois, de levar a sério a advertência de Dworkin: juízes decidem por princípio, e não por políticas (e muito menos de acordo com a sua consciência). Direito se aplica a partir do respeito à coerência e à integridade”. (STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 64)

<sup>293</sup> FINE, Toni M. **Introdução do sistema jurídico anglo-americano**. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 69, p. 84.

(*overruling*) deverá ser realizada apenas pela corte que o criou ou por corte superior. Neste ponto, asseveram os Autores<sup>294</sup> que, o novo precedente deverá ser observado pelos demais tribunais, e o precedente superado deixa de ser vinculante, ostentando apenas valor histórico.

Por outro giro, o precedente judicial também poderá ser considerado ultrapassado, equivocado ou inadequado para solucionar problemas semelhantes, seja por razões diversas, como, p. ex., transformações sociais, econômicas, políticas etc. Nesta medida, o precedente judicial sem habilidade técnico-jurídica para solucionar os casos diante dos novos contextos poderá ser superado pela própria corte emissora ou pela corte superior, adaptando-o ou revogando-o (*overruling*).

Neste contexto, Luiz Guilherme Marinoni assevera sobre a aplicação da *ratio decidendi* de um precedente a um caso posterior, sendo necessária a comparação do caso que originou a *ratio* com o caso sob julgamento, analisando-se as circunstâncias fáticas. Nesta esteira, o *distinguishing* se refere a esta comparação, qual seja, o instituto com a finalidade de se verificar comparativamente a aplicação ou não do precedente ao caso *sub examine*. Dito de outra forma, “o *distinguishing* revela a demonstração entre as diferenças fáticas entre os casos ou a demonstração de que a *ratio* do precedente não se amolda ao caso sob julgamento, uma vez que os fatos de um e outro são diversos”<sup>295</sup>. Neste particular, reitera-se a necessidade de delimitação da *ratio decidendi* do precedente em face de o *obiter dictum*, tarefa por vezes hercúlea conforme já analisado nesta pesquisa.

Com efeito, reforça Luiz Guilherme Marinoni<sup>296</sup> que, não basta ao juiz para realizar o *distinguishing* apontar fatos diferentes. De rigor, cabe-lhe demonstrar capacidade argumentativa e distinção material, ou seja, justificativas plausíveis e convincentes para não aplicação do precedente. O *distinguishing* deverá ser realizado sob a tônica de uma pauta racional e metodológica, obedecendo-se a critérios e respeito às decisões passadas. Quanto à temática sobre a superação dos precedentes (*overruling*), também destaca o Autor<sup>297</sup> as

---

<sup>294</sup> “The rule of stare decisis causes the judges to reason by analogy because the principle that like cases must be decided alike involves the analogical extension of the decision in an earlier case. Allowance must also be made for the converse principle that dissimilar cases should be decided differently”. (CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. **Precedent in English Law**. 4. ed. Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 26, p. 128)

<sup>295</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 232.

<sup>296</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 232.

<sup>297</sup> “Esta ideia de uma – *qualified doctrine of horizontal bindingness* – decorre da circunstância de não se ter claro que a eficácia vinculante ou obrigatória não é incompatível com o *overruling*. Não é pela razão de ter poder para revogar os seus próprios precedentes que a Corte pode revogá-los à distância de circunstâncias especiais, como se a todo instante pudesse rever a mesma questão jurídica. Como já dito, não há qualquer sentido em ter poder para elaborar precedente e não ter dever de respeitá-lo. Lembre-se que a Suprema Corte americana, embora venha exercendo o seu poder de *overruling* de modo bem mais intenso, é sempre

mudanças ocorridas no sistema do *common law* inglês decorrentes da instalação da *Supreme Court of the United Kingdom*, a partir de 2009, conforme já mencionada nesta pesquisa. Neste ponto, a ideia se refere à eficácia horizontal particular dos precedentes judiciais, pois embora sejam formalmente vinculantes, estarão sujeitos ao *overruling*.

De fato, concorda-se com Luiz Guilherme Marinoni quando afirma que o sistema de precedentes que não admite o *overruling* não tem mais sentido no contexto atual. Neste ponto, tal raciocínio acabaria por impedir o desenvolvimento do direito, dinâmico, contemporâneo e eficaz, além de não se tratarem de propostas excludentes a eficácia horizontal dos precedentes e a possibilidade de estes serem revogados.

Por outro lado, a fim de não se realizar o *overruling* de forma recorrente e indiscriminada, torna-se salutar a observância da equação proposta por Marinoni diante da confrontação entre os seus requisitos básicos e os critérios para a preservação ou estabilidade do precedente. De rigor, para ocorrência do *overruling*, a perda de congruência social e o surgimento de inconsistência sistêmica devem prevalecer sobre a confiança justificada e a prevenção contra a surpresa injusta<sup>298</sup>.

De outro giro, Juraci Mourão adverte que, o fato de haver um precedente posterior não implica que o anterior com ele contrário irá ser revogado (*overruled*) de uma maneira total e plena, tornando-o absolutamente imprestável. Defende-se, portanto, a inexistência de uma exclusão automática do precedente sob o prisma do paradigma ideológico sistêmico (sistema coerentista)<sup>299</sup>. Ademais, não desconhece o Autor<sup>300</sup> a possibilidade de perda da força hermenêutica do precedente anterior, porém sua exclusão total estará condicionada aos subsequentes e reiterados julgados posteriores. Em outras palavras, impedem-se guinadas

---

cobrada quando revoga precedentes sem critérios razoáveis”. (MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 252)

<sup>298</sup> “Evidentemente não basta, para alterar um precedente, uma nova compreensão pessoal e individualizada da questão de direito. A posição de um único doutrinador ou de apenas um juiz não importa quando se pensa em preservar ou não um precedente. Na verdade, a vontade da minoria, ou melhor, aquilo que não configura a expressão geral da comunidade jurídica, é absolutamente incapaz de interferir sobre a estabilidade dos precedentes. Bem por isso não é possível revogar um precedente em razão da alteração na composição do órgão julgador ou do tribunal, como se o direito pudesse variar ao sabor do acaso”. (MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 260)

<sup>299</sup> “As características desse novo modelo de sistema coerentista propõem uma forma própria de coerência e de integridade a ser conservada entre as partes que o compõem. Em vez de uma compatibilidade lógico-formal, trabalha-se com uma noção mais ambiciosa. Com ela, a primeira revisão que se faz é sobre a figura piramidal e hierarquizada que, como visto, se calca em relações assimétricas unilaterais singulares. Substitui-se, repita-se, por uma figura de rede, em que as partes se ligam por múltiplas relações que não se traduzem em meras deduções. Tem-se, com isso, uma ideia de um todo articulado em que cada parte se engendra com muitas outras, em um apoio mútuo maleável pela lógica dialética. Cada parte ajunta-se às demais, forçando o manuseio da parte pelo todo e o todo pela parte”. (LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 266)

<sup>300</sup> LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 265.

radicais de orientação dos Tribunais, conformando o princípio da vedação das decisões surpresas mediante comportamento gradual e paulatino do sistema jurídico.

Michele Taruffo, por sua vez, também assevera sobre as sofisticadas técnicas argumentativas do sistema inglês entre as quais o *distinguishing* e o *overruling*, desmistificando ou relativizando o tradicional sistema vinculante do *common law*. Nesta medida, apesar de considerável a força do precedente no sistema anglo-saxão, esta será sempre reversível, revogável, anulável, *defeasible*, porquanto o juiz poderá formular solução mais justa para o caso *sub judice*. Por outro lado, no sistema americano de precedentes, afirma o Autor ser de menor grau a força do precedente, isto é, “os juízes americanos aplicam os precedentes com grande discricionariedade, isto é – por assim dizer – quando não encontram razões suficientes para não o fazer”<sup>301</sup>. Neste particular, menciona a expressão *overruled* para designar a falta de eficácia ao precedente por seu não compartilhamento pelo juiz seguinte.

Quanto ao *civil law*, aduz Michele Taruffo que, o grau de força atribuído ao precedente é, provavelmente, menor do que aquele atribuído ao precedente de *common law*. Assevera o Autor<sup>302</sup>, entretanto, sobre a existência de precedentes tão influentes e persuasivos a ponto de também serem impostos aos juízes dos casos posteriores. Nada obstante, também se presume neste sistema jurídico a existência de espaço para possível dissenso condicionado às razões e justificativas para adoção de regra de julgamento diversa ao do precedente.

Patrícia Perrone e Luís Roberto Barroso afirmam que, na operação com precedentes, o conceito de *distinguishing* se mostra fundamental. Portanto, o que justifica a aplicação de um entendimento anterior a novas causas é o fato de estas serem efetivamente semelhantes àquela em que o precedente se formou. Se forem diferentes, o precedente não incide e o juiz deve indicar o motivo da distinção. Neste contexto, apresentam os Autores<sup>303</sup> quatro elementos essenciais que devem ser confrontados para fins de avaliação da verossimilhança entre os dois casos e, por conseguinte, decidir-se pela aplicação (ou não) de um precedente judicial: (1) os fatos relevantes de cada qual; (2) os valores e as normas que incidem sobre cada conjunto de fatos; (3) a questão de direito que suscitam cada um; (4) os fundamentos que justificaram a decisão do precedente e sua adequação para orientar a decisão do novo caso. A rigor, quando duas demandas possuem fatos relevantes distintos, há uma tendência de que

---

<sup>301</sup> TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara de Teffé. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014, p. 8.

<sup>302</sup> TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara de Teffé. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014, p. 8.

<sup>303</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando como uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. **Revista da AGU**, Brasília-DF, v. 15, n. 03, p. 09-52, jul./set. 2016, p. 31.

normas diferentes incidam na nova causa e, por consequência, que esta coloque uma questão de direito diferenciada. Nessas hipóteses, os fundamentos que justificaram a decisão do precedente possivelmente serão insuficientes para decidir a nova ação.

Por conseguinte, Patrícia Perrone e Luís Roberto Barroso afirmam ser o *distinguishing* uma espécie de exceção à *ratio decidendi* de um precedente judicial. Em primeiro exame, o precedente judicial e a nova ação podem possuir verossimilhança e, em tese, merecerem o mesmo tratamento jurisdicional. A argumentação desenvolvida pelas partes pode demonstrar, entretanto, a existência de peculiaridades fáticas ou argumentos diferenciados que imponham uma discussão jurídica distinta. Em tal desiderato ocorrendo, qualquer órgão judicial tem legitimidade para deixar de aplicar o precedente mediante a técnica do *distinguishing*. Destacam-se, ainda, a proposta dinâmica e a capacidade de se redefinir empregada pelos Autores à *ratio decidendi*, porquanto cada novo caso que a aplica pode ampliar o seu alcance. Por isso, “se afirma que o *judge made law* dá ensejo a um desenvolvimento incremental do direito. Cada nova ação, cada novo caso, acrescentam um *plus* de determinação e de detalhamento ao sistema”<sup>304</sup>.

Nada obstante, frisa-se um ponto importante: a teoria subjacente à expressão *judge made law* – expressão própria do *common law* inglês - pode devotar um protagonismo exacerbado na figura do juiz ou Tribunal. De imediato, refuta-se tal assertiva, porquanto o processo judicial contemporâneo – e principalmente a ideia de precedente judicial - exige um protocolo cooperativo, ativo, construtivo e a existência de vários protagonistas, inclusive as partes e todos os operadores do Direito. Nesta medida, haverá um intercâmbio maior evidenciado pela relação jurídico-fática (caso particular e o direito se alimentam mutuamente), ou seja, se tratando de uma relação baseada na retroalimentação e no dinamismo.<sup>305</sup>

---

<sup>304</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando como uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. **Revista da AGU**, Brasília-DF, v. 15, n. 03, p. 09-52, jul./set. 2016, p. 31-32.

<sup>305</sup> Conferir: “[...] por isso a figura do advogado, em processos assim estruturados, é elevada. Eles não darão os fatos para que o juiz os devolva o direito. [...] serão os artifícios que trabalharão o caso concreto que não será tomado simplesmente como uma situação particular a ser submetida a uma formulação geral. O caso particular fomentará ativamente o direito a ser aplicado, sendo esse o motivo em se falar de um direito vivo (*case law*) contraposto ao *book law*. Eis o primeiro ponto que a teoria toma da Filosofia analítica: o caso particular não é mera conformação de uma teoria geral”. (LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 180)



Com efeito, defendem Patrícia Perrone e Luís Roberto Barroso<sup>306</sup> que, o raciocínio por dedução, a preocupação de julgar a matéria de forma ampla e sistemática e a maior dificuldade em diferenciar *ratio decidendi* de *obiter dictum* são características marcantes da atuação dos tribunais no sistema romano-germânico com precedentes. Por outro lado, a lógica dos julgamentos no *judge made law* circunscreve o raciocínio indutivo. Neste ponto, após a decisão do caso concreto (premissa menor), infere-se a tese universalizável (premissa maior do precedente normativo), que permitirá a solução de casos idênticos no futuro.

De fato, não se desconhece esse maior grau de abstrativização da “norma jurisprudencial” nos países de tradição do *civil law*, talvez no afã de se conferir maior amplitude e sistematicidade ao precedente judicial. Neste ponto, dificultam-se o *distinguishing* e o *overruling* porquanto elementos típicos da tradição do *common law*. Diante disto, tal fato corrobora a ideia de que, esta universalização do precedente não pode ser automática, abrupta, devendo comportar necessariamente um juízo argumentativo e dialógico. Caso contrário, ao se compreender que a *ratio decidendi* vinculante ao caso posterior se traduz em norma geral e abstrata praticamente equiparada a uma lei parlamentar, teremos tão somente uma aplicação dos precedentes mediante silogismo ou raciocínio lógico-dedutivo típico do positivismo normativo<sup>307</sup>.

Hermes Zaneti<sup>308</sup>, através de exemplos da *U.S. Supreme Court*, menciona a possibilidade de ocorrer variações do mesmo precedente em razão da mudança de circunstâncias fáticas. Neste particular, se refere o Autor especificamente ao caso *Miranda v. Arizona* (1966), consistente em um *leading case* envolvendo garantias individuais em razão de prisão cautelares e interrogatórios policiais, vinculando todos os casos ocorridos no território norte-americano que envolverem confissões de pessoas detidas ou interrogadas.

<sup>306</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando como uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. **Revista da AGU**, Brasília-DF, v. 15, n. 03, p. 09-52, jul./set. 2016, p. 31.

<sup>307</sup> Conferir: “[...] como revelado pela prática francesa, quer se entender que a *ratio* é apenas a parte interpretativa da decisão, ou seja, aquela parte que empresta determinado sentido a um texto legislativo. Mas isso é uma ficção por demais forçada, pois, repita-se, toda interpretação é ligada a uma aplicação, sendo o valor do precedente contribuir com o conhecimento do Direito com fulcro em uma situação efetiva e também real de aplicação e não meramente hipotetizada ou imaginada, tal qual faz um estudante ou teórico. Ademais, rompe o círculo hermenêutico mesmo em sua mais simplória perspectiva de compreensão do todo pela parte e a parte pelo todo. **O paradigma normativo, portanto, retira o elemento mais importante do precedente: a concretização do Direito por meio da *applicatio***” (grifos nossos). (LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 262)

<sup>308</sup> A suprema Corte Norte-Americana já redefiniu, modificou e expandiu os direitos de *Miranda* por diversas vezes: *Edwards v. Arizona* (1981); *Berkemer v. Maccarty* (1984); *Arizona v. Fulminante* (1991); *Dickerson v. United States* (2000). (ZANETI JR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 339)

Por conseguinte, reitera Hermes Zaneti<sup>309</sup> no âmbito da regra do *stare decisis* o poder-dever das Cortes Supremas de superar o precedente (*overruling*) ou entender que se trata de um caso diverso, prescrevendo então uma regra diferente para solução do caso concreto (*distinguishing*). Nesta medida, pressupõe-se uma tarefa interpretativa – *distinguishing* e *overruling* – promovendo uma permanente dialética existente entre o texto de norma e a realidade, a ser fomentada pelo precedente judicial.

Na doutrina norte-americana dos precedentes judiciais<sup>310</sup>, é possível se encontrar algumas técnicas denominadas de: (1) *express overruling*; (2) *implied overruling* e (3) *anticipatory overruling*. O caso (1) se refere à superação do precedente de forma expressa e fundamentada, momento em que a Corte supera, modifica ou excepcionaliza o precedente judicial existente. De outro giro, o caso (2) se refere à superação do precedente de forma implícita, ou seja, quando a decisão do caso posterior – sem mencionar o precedente judicial anterior e sem realizar distinções – adota solução diversa no julgamento de caso semelhante. Em outras palavras, o precedente foi revogado, implicitamente, por outro precedente posterior da Suprema Corte que decidiu de forma diferente caso assemelhado<sup>311</sup>.

Questão tormentosa do *common law* norte-americano se refere ao item (3), *anticipatory overruling*, ou seja, se seria possível ou não a superação de precedente por corte inferior. De outro modo, a corte inferior, de forma antecipada, pode contrariar precedente de corte superior? A princípio, a doutrina do *stare decisis* defende com veemência a vinculação vertical dos precedentes, isto é, as cortes inferiores devem seguir os precedentes das cortes superiores.

Por outro lado, Bradford<sup>312</sup> afirma ser entendimento minoritário a ideia de que as cortes inferiores devem observar cegamente os precedentes da Suprema Corte até a ocorrência de sua revogação expressa (*express overruling*). Desta maneira, arregimenta-se o entendimento de que, as cortes inferiores podem reconhecer que o precedente da Suprema Corte está efetivamente superado, ainda que não tenha ocorrido a sua superação expressa. Isto se refere à *anticipatory overruling*.

<sup>309</sup> ZANETI JR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 341.

<sup>310</sup> SUMMERS, Robert S.; ENG, Svein. Departures from precedents. In: MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (ed). **Interpreting precedents**: a comparative study. Aldershot: Dartmouth Publishing, 1997, p. 522-525.

<sup>311</sup> KNIFFEN, Margaret N. Overruling Supreme Court precedents: anticipatory action by United States courts of appeals. **Fordham Law Review**, v. 51, 1982, p. 57.

<sup>312</sup> “The majority view rejected this wooden application of *stare decisis*, arguing that lower courts should recognize when a Supreme Court precedent is effectively dead, whether or not the Supreme Court has acknowledged the murder”. (BRADFORD, C. Steven. Following Dead Precedent: The Supreme Court’s Ill – Advised Rejection of Anticipatory Overruling. **Fordham Law Review**, v.59, 1990, p. 40-41)

Salienta-se, entretanto, a distinção entre *anticipatory overruling* e *implied overruling*, desenvolvida por Margaret Kniffen<sup>313</sup>. Neste ponto, a primeira expressão (*anticipatory*) indica que não houve a revogação do precedente – nem expressa nem implicitamente – pela Suprema Corte, apesar de ele não ter sido aplicado pela corte inferior. Por sua vez, a segunda expressão (*implied*) indica que, a Suprema Corte revogou o precedente por outro precedente posterior decidindo de forma diversa caso semelhante. Neste último caso, apenas a forma escolhida para a revogação do precedente foi a implícita.

De qualquer forma, somente no ano de 1989, caso *Rodriguez de Quijas vs. Shearson/American Express, Inc.*, a Suprema Corte americana rejeitou expressamente a *anticipatory overruling*, afirmando naquela oportunidade a obrigação das cortes inferiores de seguir o precedente U.S Court, deixando para esta a prerrogativa de superar suas próprias decisões (*express overruling*). Nada obstante, a *anticipatory overruling* tem sido implementada excepcionalmente pelas cortes inferiores sendo objeto de debate intenso na doutrina dos precedentes norte-americanos.<sup>314</sup>

Neste contexto, alguns argumentos favoráveis à *anticipatory overruling* são destacados por Margaret Kniffen<sup>315</sup>: (1) a necessidade de efetivação da justiça no caso concreto se sobreporia à ausência de certeza absoluta acerca da eventual superação pela Corte superior; (2) a impressão de maior velocidade ao desenvolvimento do direito, embora possa contrastar com a busca de uniformidade e estabilidade do ordenamento jurídico; (3) a eficiência do sistema judicial diminuindo o número de recursos da Corte superior, embora também possa contrastar com maior aumento deles na Corte inferior; (4) aumento do respeito ao sistema judicial em desfavor da suposta perda de autoridade da Suprema Corte.

Por outro giro, Bradford<sup>316</sup> evidencia algumas críticas à *anticipatory overruling*: (1) insegurança jurídica, relativizando a *binding force* do precedente sem qualquer garantia absoluta de sua futura revogação pela Corte superior; (2) risco à uniformidade, à previsibilidade e à estabilidade do ordenamento jurídico, abrindo espaço para decisões indiscriminadas pelas Cortes inferiores; (3) diminuição do respeito à decisão da Suprema

---

<sup>313</sup> KNIFFEN, Margaret N. Overruling Supreme Court precedents: anticipatory action by United States courts of appeals. **Fordham Law Review**, v. 51, 1982, p. 57.

<sup>314</sup> BRADFORD, C. Steven. Following Dead Precedent: The Supreme Court's Ill – Advised Rejection of Anticipatory Overruling. **Fordham Law Review**, v.59, 1990, p. 41-42. KNIFFEN, Margaret N. Overruling Supreme Court precedents: anticipatory action by United States courts of appeals. **Fordham Law Review**, v. 51, 1982.

<sup>315</sup> KNIFFEN, Margaret N. Overruling Supreme Court precedents: anticipatory action by United States courts of appeals. **Fordham Law Review**, v. 51, 1982, p. 80-85.

<sup>316</sup> BRADFORD, C. Steven. Following Dead Precedent: The Supreme Court's Ill – Advised Rejection of Anticipatory Overruling. **Fordham Law Review**, v.59, 1990, p. 71-88.

Corte que poderia ter seus precedentes afastados pelas cortes inferiores sem sua manifestação prévia sobre tal desiderato.

Luiz Guilherme Marinoni tece alguns comentários sobre a razão de ser do *anticipatory overruling*, ou seja, não se prestando a autorizar a Corte de Apelação a criticar ou a (re)decidir a questão posta no precedente de forma indiscriminada. Indubitavelmente, não significa deferência ou autonomia maior à Corte inferior. Paradoxalmente, a sua legitimidade advém do dever de a Corte de Apelação se comportar de acordo com a Suprema Corte e, portanto, o dever de decidir da forma que a Suprema Corte decidiria se tivesse o caso *sub examine*<sup>317</sup>. Desta forma, esclarece ainda o Autor que, é a Suprema Corte que deve definir o momento propício à revogação de um precedente. Neste ponto, “é por isso que, bem vistas as coisas, a Corte de Apelação não revoga antecipadamente o precedente, mas deixa de aplicá-lo em virtude de ter fortes fundamentos de que a Suprema Corte, caso tivesse o caso em pauta para julgamento, revogaria o precedente”<sup>318</sup>.

De fato, apesar de se tratar de assunto complexo na doutrina estrangeira e nacional sobre a teoria dos precedentes, admite-se, *a priori*, com os temperamentos necessários e de forma fundamentada, ponderada e interpretada, a existência da revogação antecipada do precedente judicial pela Corte inferior (*anticipatory overruling*) em desfavor da Corte superior.

Com efeito, a *anticipatory overruling* tecnicamente não se trata de uma revogação propriamente dita (esta seria típica da Corte superior ou Corte emissora), mas de uma não aplicação de precedente judicial pela Corte inferior quando aquele se encontra em vias de revogação pela Suprema Corte. Neste ponto, tal raciocínio se mostra compatível com o paradigma ideológico sistêmico (sistema coerentista), ou seja, a impressão de maior ganho hermenêutico ao caso concreto parece se sobrepor à ausência de certeza inequívoca sobre a superação do precedente pela Corte superior em momento posterior.

Por outro giro, ao lado da superação (*overruling*) e da distinção (*distinguishing*), é possível encontrar na literatura estrangeira e nacional outras técnicas semelhantes de

---

<sup>317</sup> “Se a coerência do direito depende da sintonia entre os tribunais e as Cortes Supremas, não há razão para ter como racional uma decisão que desconsidera o próprio discurso da Suprema Corte, a evidenciar desgaste do precedente, nova tendência ou mesmo declaração de que se está à espera de um caso apropriado à revogação expressa”. (MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 265)

<sup>318</sup> “Assim, tudo se resume a uma questão de forte probabilidade de revogação do precedente por parte da Suprema Corte. Frise-se que não importa o entendimento da Corte de Apelação a respeito do precedente, mas sim a sua percepção acerca da probabilidade da sua revogação pela Corte Suprema, o que significa que a razão de ser do *anticipatory overruling* está apenas na necessidade de se fazer valer o entendimento anunciado, mas ainda não expresso, da Suprema Corte”. (MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 266)

inaplicabilidade dos precedentes: (1) sinalização (*technique of signaling*), quando o tribunal aplica o precedente ao caso *sub examine*, porém “sinaliza” que este não é mais confiável e, provavelmente, será revogado no futuro; (2) transformação (*transformation*), tal técnica envolve a reconfiguração do precedente, sem expressamente revogá-lo; (3) *overriding*, quando a corte limita ou restringe o precedente no julgamento do caso *sub examine*<sup>319</sup>.

Luiz Guilherme Marinoni afirma que, nos EUA, ocorre a utilização de certas técnicas de aplicação dos precedentes que se situam num espaço entre o *distinguishing* e o *overruling*. Desta forma, a Corte não revoga o precedente (*overruling*), tampouco realiza uma adequada distinção (*distinguishing*), isto é, que a solução dada ao caso *sub examine* está em consonância com o resultado a que se chegou no precedente. Segundo o Autor, uma das formas é a chamada “técnica da sinalização”, que, embora não revogue o precedente, reconhece o equívoco da sua *ratio decidendi*. Neste ponto, o *distinguishing* não seria compatível, porquanto haverá incompatibilidade entre a nova solução e a *ratio* do precedente existente. Por questão de segurança jurídica, entretanto, prefere o Tribunal apontar para a sua perda de consistência e *sinalizar* para sua futura revogação<sup>320</sup>.

Por conseguinte, outra técnica de aplicação dos precedentes é a denominada *transformation*. De fato, não se trata de revogação ou não aplicação do precedente pela distinção, o que ocorrerá é a sua transformação ou reconfiguração. Neste ponto, enquanto que a decisão operadora do *overruling* não é compatível com o resultado do precedente revogado, a *transformation* tentará compatibilizar o resultado do precedente transformado com o resultado alcançado no caso *sub examine*<sup>321</sup>.

Quanto ao *overriding*, outra técnica utilizada nos EUA, não se confunde com o *overruling* (não se revoga o precedente), nem com a técnica de sinalização (não se anuncia a sua iminente revogação), nem com a *transformation* (não se faz a reconstrução do precedente mediante nova configuração dos fatos relevantes ou materiais do precedente original). Neste

<sup>319</sup> EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**. Cambridge: Harvard University Press, 1998. Cap.7.

<sup>320</sup> “Essa aparente contradição é desfeita pelos motivos que fazem a Corte ver que, em alguns casos, é melhor manter o precedente do que revoga-lo: quando a segurança jurídica justifica a manutenção do precedente até que os jurisdicionados tenham plena consciência de que não mais devem considera-lo para pautar as suas atividades, é adequado sinalizar para a circunstância de que o precedente não tem mais autoridade e que, portanto, o *overruling* deverá ocorrer em breve”. (MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 244)

<sup>321</sup> “É preciso perceber, porém, que a *transformation* apenas se sustenta enquanto a Corte ainda supõe que é necessária maior discussão a respeito do tema jurídico. Se a questão está madura para ser definida, achando-se a Corte em condições de definir a nova norma e revogar o precedente, impõe-se o *overruling*. Assim, não parece que a *transformation* possa encontrar base unicamente na preservação da estabilidade dos precedentes, até porque, como restará demonstrado mais tarde, o *overruling* não contradiz a estabilidade do sistema, mas, ao contrário, garante-a”. (MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 246)

ponto, o *overriding* se aproxima com maior intensidade do *distinguishing*, na medida em que, embora o resultado da decisão com ele tomada não seja compatível com a totalidade do precedente, a Corte deixa de adotar precedente *a priori* aplicável, liberando a sua incidência<sup>322</sup>.

De outro giro, Patrícia Perrone<sup>323</sup> apresentando as diferenças entre *overruling* e *overriding*, equipara este à ideia de revogação parcial, enquanto aquele seria a revogação total do precedente judicial. Nesta medida, atrela a utilização de ambos os institutos ao cotejo do acerto, desacerto, inconveniência ou obsolescência do precedente que se pretende revogar. Em outras palavras, de sua (in)congruência social e/ou de sua (in)consistência sistêmica, justamente com os dois valores principais que justificam a adoção de precedentes com efeitos vinculantes: (a) a segurança jurídica/proteção da confiança dos cidadãos; e (b) a isonomia.

Com efeito, os fatores institucionais<sup>324</sup> e as peculiaridades de cada país poderão contribuir para maior ou menor frequência dos afastamentos dos precedentes, refletindo na segurança jurídica e na coerência dos respectivos sistemas jurídicos. Nesta esteira, diversos países do *common law* e do *civil law* têm adotado técnicas limitando os distanciamentos dos precedentes, dentre outros: (1) acesso amplo aos repositórios oficiais com as decisões das cortes superiores; (2) interposição de recursos específicos em face de decisões que se distanciam de precedentes; (3) previsão conferida às Cortes superiores para superação dos seus próprios precedentes, vedando tal desiderato no âmbito das Cortes inferiores e

---

<sup>322</sup> “Mesmo que signifique uma revogação parcial não expressamente anunciada, por constituir resultado incompatível com o do precedente, o *overriding* é admitido nos Estados Unidos. Frise-se que, ainda que o *overriding* trate da mesma situação envolvida no precedente, embora à luz de novo entendimento, ele não anuncia a sua revogação. Aliás, não obstante frequentemente conduza a uma revogação apenas parcial, em alguns casos pode ter a capacidade de silenciar, em sua totalidade, o entendimento anterior, gerando, assim, a implícita revogação do precedente em sua totalidade, chamada de *implied overruling* ou revogação implícita”. (MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 249)

<sup>323</sup> “Isso porque, estabelecido um precedente, os jurisdicionados tomam diversas decisões (por exemplo, econômicas), com base no entendimento nele expressado, de modo que sua alteração pode gerar sérias repercussões e um grave sentimento de incerteza. Além disso, a modificação de um entendimento implica em conferir tratamento diferenciado e, por conseguinte, desigual, àqueles que ajuizarão suas demandas após tal evento, efeitos que o sistema de precedentes vinculantes não pode evitar, mas que, em certa medida, objetiva mitigar. Por tal razão, a superação de precedentes sempre levará em conta tais valores de segurança e isonomia, ponderando-os com aqueles que militam em favor da mudança”. (MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes e vinculação. Instrumentos do *Stare Decisis* e prática constitucional brasileira. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 241, p. 177-208, jul. 2005, p. 188-189)

<sup>324</sup> Por exemplo, a *US Court* (EUA) é mais propensa em revogar seus próprios precedentes em matéria constitucional que infraconstitucional. Neste ponto, uma maior atuação da Suprema Corte é justificada e vai ao encontro do limitado poder de emenda do Congresso à Constituição dos EUA, sendo pouquíssimo utilizado na história. (FINE, Toni M. **Introdução do sistema jurídico anglo-americano**. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 85)

intermediárias; (4) exigência de procedimento especial para superação dos precedentes pelas Cortes superiores (quórum qualificado, justificativa etc)<sup>325</sup>.

De qualquer forma, a possibilidade de afastamento ou de superação dos precedentes judiciais não conflita com a doutrina do *stare decisis*, particularmente no *common law*, nem com a doutrina dos precedentes aplicável nos países de tradição europeia continental (*civil law*). Neste ponto, a ausência de caráter absoluto a estas doutrinas ou tradições constituem-se condições *sine a quo non* para suas próprias sobrevivências enquanto paradigmas teóricos, filosóficos e ideológicos.

Em outras palavras, a coerência do sistema exige a presença de tais institutos, valendo a máxima de Neil Duxbury<sup>326</sup> quanto ao juiz ou ao Tribunal, isto é, estes não precisam ser escravos do passado nem déspotas do futuro (corroborando a ideia possível de superação ou afastamento de precedentes judiciais em quaisquer tradições ou sistemas jurídicos instrumentalizados pelo uso de precedentes judiciais).

Na próxima subseção, a pesquisa se dirige ao estudo da teoria dos precedentes judiciais no Brasil. Neste particular, algumas inflexões introdutórias sobre o (neo)constitucionalismo e o marco filosófico do (pós)positivismo jurídico retomarão alguns temas tratados em seções anteriores, sobretudo, no que diz respeito ao fenômeno da constitucionalização do direito. Ademais, outra temática de relevo será o estudo do novo Código de Processo Civil no tocante ao precedentalismo brasileiro.

#### **4.5 Ponderações sobre a teoria dos precedentes judiciais no Brasil: uma abordagem constitucional-processual**

Esta seção é dividida em duas partes. Na primeira parte, a abordagem acadêmica será a constitucional. Nesta medida, a pesquisa se dirige ao estudo do (neo)constitucionalismo, dentre outras nomenclaturas e teorias possíveis que enxergam o constitucionalismo contemporâneo. Igualmente, sob o paradigma do (pós)-positivismo, dentre outros possíveis paradigmas jurídico-filosóficos que identifiquem o momento atual. E, obviamente, a

---

<sup>325</sup> SUMMERS, Robert S.; ENG, Svein. Departures from precedents. In: MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (ed). **Interpreting precedents: a comparative study**. Aldershot: Dartmouth Publishing, 1997, p. 529.

<sup>326</sup> “The judge who acts fairly and reasonably, and who performs his duties with professionalism and skill, need not be a slave to the past and a despot for the future, bound by the decisions of his dead predecessor and binding for generations to come the judgments of those who will succeed him”. (DUXBURY, Neil. **The authority of precedent: two problems**. Legal Theory Workshop Series. Faculty of Law. Toronto. 2005, p. 130)

associação do momento jurídico-constitucional-filosófico atual atrelado à teoria dos precedentes judiciais no Brasil.

Por conseguinte, na segunda parte da seção, o estudo da doutrina brasileira dos precedentes judiciais terá uma abordagem predominantemente jurídico-processual. Tal opção ocorre, principalmente, pela publicação do novo Código de Processo Civil de 2015. Neste ponto, se perquirirão os pontos de convergência e de divergência do novel diploma diante das perspectivas precedentalistas sob o enfoque do direito processual civil brasileiro.

#### **4.5.1 O (neo)constitucionalismo, o (pós)-positivismo e a doutrina brasileira dos precedentes judiciais**

A doutrina se refere de forma recorrente ao advento do (neo)constitucionalismo e do (pós)positivismo como fenômenos jurídico-filosóficos que contribuíram decisivamente para a formação da teoria dos precedentes judiciais no Brasil. De imediato, perquire-se o significado destas expressões que, embora tenham ingressado definitivamente no léxico jurídico, podem possuir diversos significados.

Luigi Ferrajoli<sup>327</sup> afirma existirem muitas concepções diferentes de Constituição e de constitucionalismo, ora como sistema jurídico e ora como teoria do direito. Nesta esteira, uma característica comum entre estes diversos significados diz respeito à ideia da submissão dos poderes públicos, inclusive o Poder Legislativo, a uma série de normas superiores como são aquelas que, nas atuais Constituições, sancionam direitos fundamentais. Assim, enquanto sistema jurídico, o constitucionalismo equivale a um conjunto de limites e de vínculos substanciais, além de formais, rigidamente impostos a todas as fontes normativas pelas normas supraordenadas. Por outro lado, enquanto teoria do direito, o constitucionalismo revela uma concepção de validade das leis que não está mais ancorada apenas na conformidade das suas formas de produção a normas procedimentais sobre a sua elaboração, mas também na coerência dos seus conteúdos com os princípios de justiça constitucionalmente estabelecidos.

Nada obstante, para além destes traços comuns, o constitucionalismo também pode ser concebido de duas maneiras opostas em relação ao positivismo jurídico: (1) como sua superação (sentido tendencialmente jusnaturalista ou ético-objetivista) ou (2) como sua

---

<sup>327</sup> FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principalista e constitucionalismo garantista. Tradução André Karam Trindade. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 13-58.



expansão e seu complemento. Neste ponto (1), ou seja, o constitucionalismo como superação do positivismo jurídico com frequência é etiquetado e difundido como “neoconstitucionalismo”. Luigi Ferrajoli defende, entretanto, justamente o contrário: uma concepção de constitucionalismo estritamente “juspositivista”<sup>328</sup>. Nesta medida, a expressão “neoconstitucionalismo” seria ambígua e enganadora, pois em ambos os sentidos apresentados designa um sistema jurídico e/ou uma teoria do direito ancorados na experiência histórica do constitucionalismo do século XX, que se afirmou com as Constituições rígidas do segundo pós-guerra.

Neste sentido, outra coisa é o “constitucionalismo “político”<sup>329</sup> enquanto prática e concepção dos poderes públicos voltadas à sua limitação, à garantia de determinados âmbitos de liberdade. Está, todavia, em oposição a esta noção política de constitucionalismo que vem se afirmando, no léxico e no debate filosófico-jurídico, a expressão “neoconstitucionalismo”, referente à experiência jurídica das atuais democracias constitucionais.

De fato, referir-se ao “neoconstitucionalismo” no plano empírico como sinônimo de constitucionalismo jurídico dos ordenamentos dotados de Constituições rígidas mostra-se assimétrico em relação ao constitucionalismo político e ideológico delineado. Este, por sua vez, não designa um sistema jurídico, tampouco uma teoria do direito, mas, tão somente, serve como sinônimo de Estado Liberal de Direito. Melhor sorte também não lhe assiste – o neoconstitucionalismo – quando identificado no plano teórico com a concepção jusnaturalista do constitucionalismo, porquanto não assimilaria as características essenciais e distintivas em relação à sua concepção juspositivista, que lhe resultaria, de fato, ignorada<sup>330</sup>.

---

<sup>328</sup> “Entende-se, sumariamente, por “positivismo jurídico” uma concepção e/ou um modelo de direito que reconhece como “direito” qualquer conjunto de normas postas ou produzidas por quem está autorizado a produzi-las, independentemente dos seus conteúdos e, portanto, de sua eventual injustiça”. (FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista*. Tradução André Karam Trindade. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 13-58)

<sup>329</sup> Frise-se: a expressão “constitucionalismo” para designar uma “ideologia” termina por se converter em um termo do léxico político ao invés do léxico jurídico, impedindo que se evidencie a transformação do paradigma que intervém na estrutura do direito positivo com a introdução da rigidez constitucional. (FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista*. Tradução André Karam Trindade. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 13-58)

<sup>330</sup> “Outra razão, por fim, diz respeito à própria expressão “positivismo jurídico”, que assume um sentido que não colabora para que se acredite na sua contraposição ao (neo)constitucionalismo. Se, na verdade, o constitucionalismo adota uma noção ampliada, o positivismo jurídico, ao contrário, às vezes propõe uma noção restrita, mediante a sua identificação – não simplesmente com a ideia da positividade do direito – com a ideia do primado da lei estatal e dos parlamentos e, por isso, com o modelo paleojuspositivista do Estado Legislativo de Direito”. (FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista*. Tradução André Karam Trindade. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE,

Desta forma, não há que se falar em “neoconstitucionalismo” como contraponto ao positivismo jurídico, pois em tal expressão não se encontra simetria com as noções de modelo de sistema jurídico e/ou de Teoria do Direito. Desse modo, o (neo)constitucionalismo seria concebido não como um novo e mais desenvolvido paradigma juspositivista, mas, sim, como uma superação em sentido antipositivista do próprio positivismo. Nada obstante, propõe Luigi Ferrajoli<sup>331</sup> a terminologia “*jus-constitucionalismo*” ou “constitucionalismo jurídico” ou “Estado Constitucional de Direito” para designar o constitucionalismo rígido das atuais democracias constitucionais, qualquer que seja sua concepção filosófica e metodológica. Neste ponto, ter-se-ia uma tipologia correlata, na medida que tais expressões estaria em oposição ao “Estado Legal” ou “Estado legislativo de Direito”, privado de Constituição ou dotado de Constituição flexível.

Com efeito, o traço distintivo do constitucionalismo – existência positiva de uma lei superior à legislação ordinária (independentemente das técnicas adotadas para garantia da sua superioridade) - poderia ser identificado por dois modelos: (1) modelo estadunidense do controle difuso, mediante o qual ocorre a não aplicação das leis constitucionalmente inválidas, originado pela estrutura federalista dos Estados Unidos; e (2) modelo europeu do controle concentrado, mediante o qual ocorre a anulação da leis, cuja origem remonta ao século passado em face do “nunca mais” formulado à experiência dos regimes totalitários. Luigi Ferrajoli<sup>332</sup> propõe, então, uma nova distinção do constitucionalismo jurídico: *o constitucionalismo argumentativo ou principialista*, caracterizando-se pela configuração dos direitos fundamentais como valores ou princípios morais estruturalmente diversos das regras. Aqueles seriam, portanto, dotados de uma normatividade mais fraca, confiada não mais à subsunção, mas à ponderação legislativa e judicial.

Neste particular, *o constitucionalismo normativo ou garantista*<sup>333</sup>, caracterizando-se por uma normatividade forte, de tipo regulativo. Neste ponto, a tese seria a de que, a maior

---

André Karam (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 13-58)

<sup>331</sup> FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. Tradução André Karam Trindade. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 13-58.

<sup>332</sup> FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. Tradução André Karam Trindade. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 13-58.

<sup>333</sup> “Para esta segunda caracterização, o constitucionalismo poderá ser definido como um sistema jurídico e/ou uma teoria do direito que preveem – para a garantia daquilo que vem estipulado constitucionalmente como vinculante e inderrogável – a submissão (inclusive) da legislação a normas relativas à produção não só formais, relativas aos procedimentos (ao quem e ao como), mas também materiais, relativas aos conteúdos

parte dos princípios constitucionais, em especial os direitos fundamentais, comportam-se como regras, uma vez que implica a existência ou impõe a introdução de regras consistentes em proibições de lesão ou obrigações de prestações que são suas respectivas garantias.

Igualmente, Lênio Streck também assevera que, a expressão “neoconstitucionalismo” pode se levar a equívocos, porquanto se trata de fenômeno jurídico-constitucional associado à jurisprudência da valoração e suas derivações axiológicas. Neste ponto, representaria o incentivo ou a institucionalização de uma recepção acrítica da jurisprudência de valores, da teoria da argumentação de Robert Alexy e do ativismo judicial norte-americano<sup>334</sup>.

Em outras palavras, a expressão “neoconstitucionalismo” caracteriza-se pela configuração dos direitos fundamentais como valores ou princípios morais estruturalmente diversos das regras, porquanto dotados de uma normatividade fraca, confiada não mais à subsunção, mas à ponderação. No plano teórico-interpretativo, representa tão somente a superação do juspositivismo, reafirmando as críticas antiformalistas deduzidas pelos partidários da escola do direito livre, da jurisprudência dos interesses e a sua versão contemporânea, qual seja, a jurisprudência dos valores<sup>335</sup>.

---

das normas produzidas (ao que se deve decidir e ao que não se deve decidir), cuja violação gera antinomias, por comissão, ou lacunas, por omissão”. (FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista*. Tradução André Karam Trindade. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 13-58)

<sup>334</sup> “Nesse sentido, torna-se necessário afirmar que a adoção do nomen juris “neoconstitucionalismo” certamente é motivo de ambiguidades teóricas e até de mal-entendidos. Explicando melhor: em um primeiro momento, foi de importância estratégica a importação do termo e de algumas das propostas trabalhadas pelos autores da Europa Ibérica. Isto porque o Brasil ingressou tardiamente nesse “novo mundo constitucional”, fator que, aliás, é similar ao da realidade europeia, que, antes da segunda metade do século XX, não conhecia o conceito de constituição normativa, já consideravelmente decantada no ambiente constitucional estadunidense. Portanto, falar de neoconstitucionalismo implicava ir além de um constitucionalismo de feições liberais – que, no Brasil, sempre foi um simulacro em anos intercalados por regimes autoritários – na direção a um constitucionalismo compromissório, de feições dirigentes, que possibilitasse, em todos os níveis, a efetivação de um regime democrático em *terrae brasilis*”. (STRECK, Lênio Luiz. *Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo*. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 59-94)

<sup>335</sup> “Aliás, a referência reiterada aos “valores” demonstra bem que o ranço neokantiano permeia o imaginário até mesmo daqueles que pretendem fazer uma dogmática crítica. De fato, não é exagero afirmar que, em termos teóricos, a grande maioria dos juristas filiados ao neoconstitucionalismo permanece atrelada, de algum modo, ao paradigma filosófico que se formou a partir do neokantismo oriundo da escola de Baden (e da noção de moral pós-convencional). Em outras palavras, continuamos reféns de um culturalismo defasado que pretendia fundar o elemento transcendental do conhecimento na ideia sintética de valores, que representariam, por sua vez, o complexo destes valores que comporia o mundo cultural. Chega a ser intrigante o fato de que toda tradição constituída depois do *linguistic turn* – inclusive de alguns setores da filosofia analítica – tenha criticado o objetivismo ingênuo dessa concepção do neokantismo valorativo, demonstrando que a questão dos valores não dava conta radicalmente dos fundamentos linguístico-culturais que determinam o processo de conhecimento. A própria formação da cultura é algo muito mais propriamente ligado à linguagem e à constituição de contextos significativos, do que propriamente ao problema da formação e transformação deste enigma chamado “valores”. Isso fica bem representado na formulação daquilo que Ernildo Stein denomina “paradoxo de Humboldt”: nós possuímos linguagem porque temos cultura ou temos cultura porque possuímos

Com efeito, conclui Lênio Streck ser equivocada a utilização da expressão “neoconstitucionalismo” para significar a construção de um direito democraticamente produzido, sob o signo de uma constituição normativa e da integridade da jurisdição. Nesta esteira, é preferível designar o constitucionalismo instituído após a segunda guerra mundial de – *Constitucionalismo Contemporâneo*<sup>336</sup> – referindo-se de fato aos modelos constitucionais que implementaram o *plus* democrático.

De imediato, comunga-se do entendimento de Ferrajoli e Streck quanto à expressão “neoconstitucionalismo” e à teoria subjacente para emoldurá-lo. Neste sentido, não há que se falar nesta terminologia enquanto superação do positivismo jurídico (exegetismo/legalismo/normativismo), pois depender-se-ia, *a priori*, de posturas voluntaristas incompatíveis com a democracia, como, p. ex., o ativismo e a discricionariedade judicial.

Nesse contexto, emerge o pós-positivismo enquanto paradigma jurídico-filosófico do “neoconstitucionalismo” ou “constitucionalismo contemporâneo”. Assim, reconhece-se a normatividade primária dos princípios constitucionais<sup>337</sup> e se valoriza a concretização dos direitos fundamentais. Neste ponto, a crítica ao positivismo jurídico perpassa pela

linguagem? Portanto, o discurso axiológico no interior do direito deveria ter sucumbido junto com o paradigma filosófico que o sustentava. A despeito disso, continua-se a falar – acriticamente, por certo – em “valores”, sem levar em conta a sua conhecida e problemática origem filosófica. Aqui também é possível dizer que a palavra “valores” assumiu uma dimensão “performativa”, bastando que se a invoque para que as portas da “crítica” do direito se abram...!”. (STRECK, Lênio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 59-94)

<sup>336</sup> “Nessa medida, pode-se dizer que o Constitucionalismo Contemporâneo representa um redimensionamento na práxis político-jurídica que se dá em dois níveis: no plano na teoria do Estado e da Constituição, com o advento do Estado Democrático de Direito; e, no plano da Teoria do Direito, no interior da qual se dá a reformulação da teoria das fontes (a supremacia da lei cede lugar à onipresença da Constituição); na teoria da norma (devido à normatividade dos princípios) e na teoria da interpretação (que, nos termos que proponho, representa uma blindagem às discricionariedades e ativismos). Todas essas conquistas devem ser pensadas, num primeiro momento, como continuadoras do processo histórico através do qual se desenvolve o constitucionalismo. Com efeito, o constitucionalismo pode ser concebido como um movimento teórico jurídico-político em que se busca limitar o exercício do poder a partir da concepção de mecanismos aptos a gerar e garantir o exercício da cidadania”. (STRECK, Lênio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 59-94)

<sup>337</sup> “Nessa linha, tenho sustentado que a normatividade assumida pelos princípios possibilita um “fechamento interpretativo” próprio da blindagem hermenêutica contra discricionarismos judiciais. Por razões diferentes, Dworkin e Ferrajoli apontam nesse sentido. Nas teses que propugnam o fechamento interpretativo (Dworkin, Ferrajoli, Streck), essa normatividade não é oriunda de uma operação semântica ficcional, como se dá com a teoria dos princípios de Alexy. É importante fazer esse alerta. Ao contrário, ela – a tese do fechamento (não abertura) e normatividade dos princípios – retira seu conteúdo normativo de uma convivência intersubjetiva que emana dos vínculos existentes na moralidade política da comunidade”. (STRECK, Lênio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 59-94)

transmutação da lógica da subsunção para a lógica da ponderação, mediante a coexistência harmoniosa no Direito entre princípios jurídicos e regras jurídicas<sup>338</sup>.

Nada obstante, ainda hoje, advoga-se a tese de que, os princípios seriam componentes libertários da interpretação do direito, isto é, libertando-se os julgadores do seu incômodo e passivo papel de juiz ser apenas “boca da lei”, expressão clássica do positivismo exegético (legalista). Neste ponto, parcela considerável dos juristas optou por considerar os princípios constitucionais como um sucedâneo dos princípios gerais do direito ou como sendo o “suporte dos valores da sociedade”<sup>339</sup>.

De forma contrária, Lênio Streck se refere criticamente ao fenômeno chamado de “panprincipiologismo”, isto é, o crescimento criativo de um conjunto de “álibis” teóricos convenientemente denominados de princípios na busca inconstante de “meta-regras” para solução das práticas judiciárias cotidianas. Segundo o Autor, paradoxalmente, isto pode fragilizar o direito, ao invés de reforçá-lo<sup>340</sup>.

Com efeito, Lênio Streck e Ferrajoli estão de acordo, ou seja, os princípios não são valores e, por conseguinte, não existe distinção estrutural entre regra e princípio. Em outras palavras, somente se aplica um princípio se for por intermédio de uma regra que, por sua vez, possuirá sempre um princípio lhe tangenciando. Além disto, pode ocorrer a aplicação de

---

<sup>338</sup> “A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. [...], mas não é assim que funcionam os princípios [...] mesmo aqueles que mais se assemelham a regras não apresentam consequências jurídicas que seguem automaticamente quando as condições são dadas. [...] Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância”. (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 39-42)

<sup>339</sup> “Estamos, assim, diante de um considerável número de standards interpretativos, que mais se parecem com topoi ou axiomas com pretensões dedutivistas. Sua diversidade – e a absoluta falta de critérios até mesmo para a sua definição – dá mostras da dimensão dos problemas enfrentados pelas diversas teorias que tratam da construção das condições de possibilidade da institucionalização de princípios efetivamente de índole constitucional. Na verdade, no modo como são apresentados – pelo menos em sua expressiva maioria –, tais standards são originários de construções nitidamente pragmaticistas, mas que, em um segundo momento, adquirem foros de universalização”. (STRECK, Lênio Luiz. *Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo*. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 59-94)

<sup>340</sup> “Assim, está-se diante de um fenômeno que pode ser chamado de “pan-principiologismo”, caminho perigoso para um retorno à “completude” que caracterizou o velho positivismo novecentista, mas que adentrou ao século XX a partir de uma “adaptação darwiniana”: na “ausência” de “leis apropriadas” (a aferição desse nível de adequação é feita, evidentemente, pelo protagonismo judicial), o intérprete “deve” lançar mão dessa ampla principiologia, sendo que, na falta de um “princípio” aplicável, o próprio intérprete pode criá-lo”. (STRECK, Lênio Luiz. *Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo*. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 59-94)

princípios como se regras o fossem e, em última análise, o panprincipiologismo é forte componente da fragilização do direito.

Da mesma forma, em matéria de princípios, Lênio Streck se aproxima das ideias de Ronald Dworkin, notadamente pelo fato de estes serem vivenciados (faticizados) por aqueles que participam da comunidade política e da formação de uma sociedade. É por isto, inclusive, que os princípios são elevados ao *status* da constitucionalidade e, por via de consequência, são deontológicos<sup>341</sup>.

De fato, as teses defendidas por Lênio e Ferrajoli caminham na mesma direção: a superação do arbítrio. Nesta medida, o ponto de partida para a democracia é o direito que, por sua vez, não está adstrito ou vinculado à política, à moral ou à economia. Em outras palavras, a democracia (substancial) exige previamente um elevado grau de autonomia do direito, devendo conter mecanismos para tal desiderato em face de possíveis antagonistas de natureza exógena (moral, economia, política) ou de natureza endógena (panprincipiologismo, ponderação, abertura interpretativa dos princípios e cláusulas gerais)<sup>342</sup>.

Por outro giro, Lênio Streck discorda de Ferrajoli num ponto fundamental, qual seja, quando se defende a construção de uma teoria constitucional pós-positivista. Nesta medida, Streck comunga da tese da institucionalização da moral no (e pelo) Direito de Habermas, ou seja, o que teria a força cogente é o Direito que, por sua vez, recebe conteúdos morais quando de sua elaboração legislativa. Assim, são as Constituições desse novo período que albergaram “esses novos direitos” (onde a moral se encontra institucionalizada), resgatando-se as promessas incumpridas da modernidade. Tem-se, portanto, um novo paradigma constitucional no pós-positivismo onde não se admite discricionariedade nem para o legislador<sup>343</sup>, tampouco para o juiz, indubitavelmente dissociado do princípio democrático<sup>344</sup>.

---

<sup>341</sup> “Acrescente-se, ainda, que a regra só se aplica em face do caráter antecipatório do princípio. O princípio está antes da regra. Somente se compreende a regra através do princípio. Os princípios não são princípios porque a Constituição assim o diz, mas a Constituição é principiológica porque há um conjunto de princípios que conformam o paradigma constitucional, de onde exsurge o Estado Democrático de Direito. Ou seja, um princípio não é um adereço do direito. Certas teorias do direito reduzem a discussão dos princípios a essa simples “positivação”. (STRECK, Lênio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 59-94)

<sup>342</sup> STRECK, Lênio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 59-94.

<sup>343</sup> “Dizendo de outro modo: é por isso que o Estado Democrático de Direito não admite discricionariedade (nem) para o legislador, porque ele está vinculado à Constituição (lembramos sempre a ruptura paradigmática que representou o constitucionalismo compromissório e social). No âmbito do legislador, quando afirmo não haver discricionariedade, quero dizer que ele não pode fazer o que quer. Há uma legitimidade política do legislador que lhe permite, no “espaço estrutural-constitucional”, fazer opções. Daí a diferença entre o

Neste sentido, não há como se desvencilhar o positivismo jurídico da ideia de discricionariedade (e vice-versa). De início, a discricionariedade se encontrava no plano político, ocorrendo o enfraquecimento do Direito por via da formulação do Estado Legislativo e a construção do juiz “boca da lei” (o juiz que pronunciava as palavras da lei, sendo esta expressão da vontade geral). Nesta medida, intensificado com o movimento de Codificação do século XIX, restaram-se o silogismo interpretativo, a cisão entre fato e direito e a proibição de interpretação dos juízes.

Por conseguinte, verifica-se a inépcia do sistema de Codificação (a lei não pode albergar todos os fatos possíveis), ou seja, a facticidade apresenta problemas que foge do alcance do legislador racional. Assim, o sistema novamente se adapta e coloca ao lado do legislador racional, um juiz/intérprete racional a atuar mediante os princípios gerais do direito, a analogia e os costumes<sup>345</sup>.

Neste contexto, o modelo de Estado Legislativo – fruto da Revolução Francesa – persiste até o primeiro momento do Estado Social, incorporando maior espaço de discricionariedade para os poderes executivos (os governos, por meio da discricionariedade administrativa). Neste momento, então, têm-se duas espécies de discricionariedade política de 1º grau ou nível (Poder Legislativo e Poder Executivo) e uma espécie de discricionariedade política de 2º grau ou nível (Poder Judiciário), por meio de uma política judiciária<sup>346</sup>.

legislador e o juiz. O juiz sempre terá “dúvidas”, que podemos chamar de “ontológicas”, mas, ao contrário do legislador, ele está vinculado a uma espécie de DNA do direito, formado pela doutrina *latu sensu* e a jurisprudência, o que faz com que seja obrigado a obedecer a coerência e a integridade do direito (reconstrução da história institucional)”. (STRECK, Lênio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 59-94)

<sup>344</sup> O “constituir” da Constituição é a obrigação suprema do direito. A partir da feitura da lei, a decisão judicial passa a ser racionalizada na lei, que quer dizer “sob o comando da Constituição”, e não “sob o comando das injunções pessoais-morais-políticas do juiz ou dos tribunais”. Essa questão é de suma importância, na medida em que, ao não mais se admitir a tese da separação (e tampouco da vinculação), não mais se corre o risco de colocar a moral como corretiva do direito. E isso terá consequências enormes – como já se viu – na discussão da relação “regra-princípio”. (STRECK, Lênio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 59-94)

<sup>345</sup> “Desse modo, o primeiro criará, de forma absolutamente discricionária – poderíamos falar em uma discricionariedade política que funcionava como condição de possibilidade – o conteúdo da lei, ao passo que o juiz/intérprete racional terá uma delegação para, de forma limitada, preencher os vácuos deixados pela discricionariedade absoluta (política) do legislador. Cria-se, assim, uma espécie de “discricionariedade de segundo nível”, representada pela atividade interpretativa do juiz racional”. (STRECK, Lênio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 59-94)

<sup>346</sup> “Desse modo, a discricionariedade deferida para o juiz pelo legislador acaba por se consubstanciar em uma política judiciária, que, no limite, dá poderes para que o juiz determine a “lei do caso”, a pretexto do dever de julgamento que a própria ordem requer. Veja-se que não é por acaso que Kelsen, ao desconsiderar o

De fato, a teoria crítica hermenêutica formulada por Lênio Streck tem como ponto fulcral o problema da discricionariedade e o enfrentamento da questão da arbitrariedade no Direito. Neste ponto, há concordância que o tal problema não foi resolvido pelo positivismo (nem o exegético, nem o normativo ou seus sucedâneos). Assim, o problema da interpretação do Direito também se constitui num problema da aplicação. Reitera-se, então, que democracia e discricionariedade são incompatíveis<sup>347</sup>.

Com efeito, afirma-se que, os princípios no Estado Democrático de Direito, sob a égide do pós-positivismo, devem se constituir como um modo concreto de enfrentamento da discricionariedade judicial. Nesta medida, foge-se da perspectiva de Alexy de princípios enquanto “mandados de otimização” e se aproxima da ideia de princípios enquanto manifestações da densidade normativo-concreta de um mandamento legal (regra-preceito). Assim, a regra-princípio também necessitará desta densificação que, por sua vez, ocorrerá no momento da aplicação<sup>348</sup>.

Luís Roberto Barroso destaca, entretanto, o protagonismo do Poder Judiciário no Brasil com a promulgação da CF/88, reforçando o controle de constitucionalidade, a proteção dos direitos fundamentais e o contínuo processo de constitucionalização do direito. Em regra, todas as temáticas inseridas na Constituição poderiam ser sindicalizadas pelo Judiciário, embora, por vezes, envolvam decisões políticas, também o são agora questões jurídicas<sup>349</sup>.

---

problema da razão prática e construir sua ciência sob uma pura razão teórica, irá chamar de política dos juízes (política jurídica) a atividade dos juízes e tribunais. E é por isso que Kelsen desdobra a interpretação em dois níveis: o ato de conhecimento, a ser feito pelo cientista do direito, e o ato de vontade (do poder, lembrando sempre o último princípio epocal da modernidade, a *Wille zur Macht*), pelo qual se institucionalizou o decisionismo judicial”. (STRECK, Lênio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 59-94)

<sup>347</sup> “De minha parte, penso que a hermenêutica – no modo como trabalho com ela em Verdade e consenso – possibilita o enfrentamento e a superação do decisivo problema, não enfrentado pelo positivismo (tanto o exegético como o normativista e seus sucedâneos), que é o da interpretação do direito e que é, ao mesmo tempo, o problema da aplicação (*applicatio*, como diz Gadamer, ao se insurgir contra a cisão entre interpretar e aplicar). Mais do que isso, a imbricação que realizo entre Gadamer e Dworkin permite demonstrar não só a possibilidade de respostas corretas – na fórmula que eu proponho como “adequadas à Constituição” – como também a sua necessidade democrática, caracterizando verdadeiro direito fundamental do cidadão. Desse modo, penso que é possível ir além da tese semântica de Kelsen e da discricionariedade da moldura da norma ou da admissão de que alguns espaços de poder judiciário são inexoravelmente discricionários, como afirma Ferrajoli. Discricionariedade e democracia são coisas incompatíveis”. (STRECK, Lênio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 59-94)

<sup>348</sup> STRECK, Lênio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 59-94.

<sup>349</sup> “A Constituição passa a ser, assim, não apenas um sistema em si - com a sua ordem, unidade e harmonia - mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Este fenômeno, identificado



Neste contexto, segundo Luís Roberto Barroso, o crescente processo de judicialização da política (ou politização do Judiciário) podem ser justificados por 03 (três) fatores: (1) a independência do Poder Judiciário é imprescindível à defesa dos direitos fundamentais; (2) a crescente desilusão com a política majoritária e a democracia representativa; (3) a atuação estratégica dos agentes políticos (preferem a judicialização de questões polêmicas ante o desgaste político decisório). Neste particular, segundo o Autor<sup>350</sup>, incrementar-se-ia uma posição ativista do Judiciário, qual seja, a deliberada expansão deste mediante o uso da interpretação constitucional para suprir lacunas, sanar omissões legislativas ou determinar políticas públicas quando ausentes ou ineficientes. Em última análise, o Poder Judiciário restaria como guardião maior do pacto social fundado e instaurado pela promulgação da Constituição.

Data vênia, a concordância irrestrita e irrefletida com Luís Roberto Barroso poder-se-á incorrer, entretanto, em alguns perigos: (1) a independência dos poderes legislativo e executivo também o são imprescindíveis à concretização dos direitos fundamentais; (2) a sucumbência do princípio da separação dos poderes a partir de juízos morais e políticos dos magistrados, autorizando estes a revisar conteúdos técnicos e políticas públicas majoritárias mediante decisões judiciais (contramajoritárias); (3) a instauração de um eventual “Estado de Juízes”<sup>351</sup>.

Outrossim, vetor importante decorrente deste (neo)constitucionalismo se refere à expansão do controle de constitucionalidade concentrado após a Constituição Federal de 1988. Num primeiro momento, o poder constituinte originário consagrou 04 (quatro) instrumentos de controle abstrato: (1) ação direta de inconstitucionalidade por ação (ADI)<sup>352</sup>;

---

por alguns autores como *filtragem constitucional*, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. A constitucionalização do direito infraconstitucional não identifica apenas a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional”. (BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 225, p. 5-37, jul./set. 2001, p. 34)

<sup>350</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 40.

<sup>351</sup> “Daqui resulta o temor da instauração de um eventual ‘Estado de juízes’, caso o remédio limitador seja utilizado de modo a cercear ou comprimir a ação do poder constitucionalmente legítimo para levar a cabo a tarefa de elaboração das leis”. (BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 420)

<sup>352</sup> “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual [...]” (BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Assembleia Nacional Constituinte, 1988)

(2) ação direta de inconstitucionalidade por omissão<sup>353</sup>; (3) ação direta de inconstitucionalidade interventiva federal<sup>354</sup> e (4) arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF)<sup>355</sup>.

Por conseguinte, a Emenda Constitucional nº 03/1993 instituiu a ação declaratória de constitucionalidade (ADC), podendo ser proposta pelos mesmos legitimados para ADI<sup>356</sup> e cujas decisões possuem eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Neste ponto, confirmaram-se os efeitos vinculantes das decisões de mérito proferidas nas ações do controle concentrado de constitucionalidade: (a) ADI e ADC (Art.102, §2º, CF/88, redação da EC 45/2004<sup>357</sup>c/c artigo 28, parágrafo único, da Lei 9.868/99<sup>358</sup>) e (b) ADPF (Art. 10, §3º, da Lei 9.882/99)<sup>359</sup>.

<sup>353</sup> “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) [...] § 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”. (BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Assembleia Nacional Constituinte, 1988)

<sup>354</sup> Cumpre-se ressaltar que a decretação da intervenção dependerá de provimento do Supremo Tribunal Federal, de acordo com que estabelece o artigo 36, inciso III, primeira parte, da CF/88, e de representação do Procurador-Geral da República, na hipótese do artigo 34, inciso VII, da CF/88. O objeto é a lei ou ato normativo, ou omissão, ou ato governamental estaduais que desrespeitem os princípios sensíveis elencados no artigo 34 inciso VII da CF, quando a lei de natureza estadual (ou distrital de natureza estadual) contrariar: a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático; b) direitos da pessoa humana; c) autonomia municipal; d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta; e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

<sup>355</sup> “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...] § 1.º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. (Transformado do parágrafo único em § 1º pela Emenda Constitucional nº 3, de 17/03/93)”. (BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Assembleia Nacional Constituinte, 1988)

<sup>356</sup> “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) V o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional”. (BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Assembleia Nacional Constituinte, 1988)

<sup>357</sup> “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)” (grifos nossos). (BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Assembleia Nacional Constituinte, 1988)

<sup>358</sup> “Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão. Parágrafo único. **A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a**

Ademais, outra obra constitucional engendrada pela Reforma do Judiciário (Emenda Constitucional nº 45/2004) foi a instituição no Brasil das súmulas vinculantes editadas pelo STF, por força do artigo 103-A, §§, da CF/88<sup>360</sup>. Além da mesma força vinculante inerente ao controle de constitucionalidade abstrato, admitiu-se instrumento jurídico para sua promoção, qual seja, a utilização de Reclamação ao STF contra ato administrativo ou decisão judicial que contrariar súmula vinculante.

De imediato, sobre a proposta de vinculação instituída pela EC 45/2004, Lênio Streck<sup>361</sup> reitera que, as diferenças entre precedente judicial e súmula vinculante, qual seja, a vinculação por precedentes do *stare decisis* não é inexorável como a idealizada pela Emenda Constitucional conhecida como “Reforma do Judiciário”. Nesta medida, permite-se a irrestrita cassação de toda decisão judicial ou ato administrativo por meio de Reclamação, caso se contrarie a súmula vinculante estatuída pelo STF. Deste modo, conclui o Autor<sup>362</sup> que, não se

---

**interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal”** (grifos nossos). (BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Brasília, DF: Presidência da República, 1999)

<sup>359</sup> “Art. 10. Julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental. § 1º O presidente do Tribunal determinará o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente. § 2º Dentro do prazo de dez dias contado a partir do trânsito em julgado da decisão, sua parte dispositiva será publicada em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União. § 3º **A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público**” (grifos nossos). (BRASIL. Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Brasília, DF: Presidência da República, 1999)

<sup>360</sup> “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”. (BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Assembleia Nacional Constituinte, 1988)

<sup>361</sup> “Isto conforme teor do § 3º do art. 103-A da CF, no qual a vinculação proposta é tamanha que da maneira como foi aprovada não permite a (necessária) problematização e o ajuste jurisprudencial pelos juízes, a ponto de, sem nenhum exagero, podermos afirmar que a súmula vinculante no Brasil tem a pretensão de capturar a racionalidade, a partir de um retorno a uma espécie de “essencialismo jurídico”, em que cada súmula – que, como veremos, não é um precedente – contenha a substância (universalidade?) de todos os casos”. (STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 70)

<sup>362</sup> “É nisso, pois, que reside o perigo da institucionalização das Súmulas Vinculantes. É nisso que reside o perigo de pensar que no Brasil existem “precedentes” no modo do common law. Trata-se, entre outras coisas,

trata de um grande mal a introdução das súmulas vinculantes no Brasil. O problema fundamental gira, entretanto, em torno de a comunidade jurídica compreendê-las como precedentes judiciais do *common law*, ocasionando dois equívocos: (1) as súmulas vinculantes, como tal (textos), não deixam de ser “interpretáveis”; e, por consequência, (2) se precedentes judiciais do *common law* o fossem, deveriam ser aplicadas de acordo com o *modus operandi* do *common law*.

Outrossim, antes de se analisar a doutrina dos precedentes com a chegada do novo CPC de 2015 em seção posterior desta pesquisa, o antigo Código de Processo Civil de 1973 já tinha sido alterado algumas vezes dentro deste contexto do (neo)constitucionalismo ora narrado. De rigor, resta-se importante a análise perfunctória de alguns aspectos que emolduram o encaminhamento destas questões no ordenamento jurídico brasileiro. Nesta esteira, algumas modificações do CPC/73 dizem respeito ao reforço jurídico-processual conferido à autoridade das decisões judiciais no controle difuso de constitucionalidade.

Neste contexto, destacam-se: (1) critérios diferenciados para fins de declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum* pelos órgãos fracionários dos Tribunais<sup>363</sup>; (2) maiores poderes conferidos ao relator nos Tribunais, podendo negar seguimento ou dar provimento de imediato aos recursos, quando em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do STF ou Tribunais superiores<sup>364</sup>; (3) inexistência de reexame necessário para as sentenças fundadas em jurisprudência do plenário do STF ou em suas súmulas ou de Tribunal superior competente<sup>365</sup>; (4) a arguição de inexigibilidade de

---

da introdução de um paradoxo em nosso sistema jurídico: os juízes podem contrariar leis; se o fizerem, caberá recurso. O que os juízes não podem fazer é ousar contrariar súmulas. Nesse caso, conforme a EC 45, não caberá recurso, e sim reclamação. Ou seja, em terrae brasilis a lei não vincula; a súmula sim, mesmo que ela seja ilegal/inconstitucional!”. (STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 218)

<sup>363</sup> “Art. 481. [...] Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão. (Incluído pela Lei nº 9.756, de 1998)”. (BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 1973)

<sup>364</sup> “Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. (Redação dada pela Lei nº 9.756, de 1998) [...] § 1º-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso. (Incluído pela Lei nº 9.756, de 1998)”. (BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 1973)

<sup>365</sup> “Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: (Redação dada pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001) [...] § 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente. (Incluído pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001)”. (BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 1973)

título judicial fundado em decisão fundada em lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo STF, inclusive em interpretação incompatível com a Constituição Federal, desconstituindo a coisa julgada<sup>366</sup>; (5) caracterização de repercussão geral imediata quando o recurso impugnar decisão contrária à súmula ou jurisprudência do STF<sup>367</sup>; e (6) instituição dos recursos representativos da controvérsia com encaminhamento ao STF, nos casos de multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia<sup>368</sup>; dentre outros.

Neste diapasão, o Brasil adota o modelo de controle de constitucionalidade híbrido ou misto, na medida em que comunga o controle judicial difuso, de procedência norte-americana, e o controle judicial concentrado, de procedência austríaca e de outros países da Europa pós-segunda guerra mundial<sup>369</sup>. Excepcionalmente, portanto, admitem-se alguns

<sup>366</sup> “Art. 475-L. A impugnação somente poderá versar sobre: (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005) [...] II – inexigibilidade do título; (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005) § 1º Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal. (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005) (Vide Lei nº 13.105, de 2015) (Vigência) [...]”

Art. 741. Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre: (Redação dada pela Lei nº 11.232, de 2005) [...] II - inexigibilidade do título; [...] Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II do **caput** deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal. (Redação pela Lei nº 11.232, de 2005) (Vide Lei nº 13.105, de 2015) (Vigência)” (BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 1973)

<sup>367</sup> “Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006). [...] § 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006)”. (BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 1973)

<sup>368</sup> “Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006). [...] § 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006)”. (BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 1973)

<sup>369</sup> Tradicionalmente, três grandes sistemas de controle de constitucionalidade existem no mundo ocidental: (1) **Controle judicial difuso**, de procedência norte-americana, consagrado no famoso caso *Marbury v. Madison*, julgado em 1803, permitindo o controle de constitucionalidade por todo e qualquer juiz ou tribunal, de forma incidental e com efeitos retroativos (*ex tunc*); (2) **Controle judicial concentrado**, de procedência austríaca, além de outros países da Europa após a segunda guerra, permitindo o controle de constitucionalidade apenas pelo Tribunal Constitucional. Este, por sua vez, exerce de forma principal (e não incidental), em tese (independe de pretensão resistida – lide), com efeitos *erga omnes* e para o futuro (*ex nunc*); e o (3) **Controle político de constitucionalidade**, de procedência francesa, sendo exercido por órgão político Conselho Constitucional (e não pelo judiciário) em relação à lei em tese e de forma preventiva, em regra. Neste ponto, o modelo francês passou por reformas após 2008 e, a partir de então, passou a ser admitido o controle repressivo de constitucionalidade das leis pelo referido Conselho Constitucional, por provocação do Conselho de Estado ou Corte de Cassação. (SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, 929-947)

resquícios constitucionais do controle político de constitucionalidade (modelo francês), quer seja pelo controle exercido pelo Poder Legislativo<sup>370</sup>, quer seja pelo controle exercido pelo Poder Executivo<sup>371</sup>.

Por conseguinte, ainda sob o império das discussões em torno do controle difuso de constitucionalidade, desperta atenção hodierna o fenômeno de sua abstrativização, ou seja, a sua aproximação ao controle abstrato de constitucionalidade. Em outras palavras, trata-se da possibilidade de atribuição de efeitos *erga omnes* às decisões judiciais que declaram, incidentalmente ou difusamente, a inconstitucionalidade de leis e atos normativos. Registra-se, por oportuno, que tradicionalmente a estas decisões judiciais somente se conferia efeitos *inter partes*, conforme dispositivos processuais CPC/73<sup>372</sup> e NCPC/15<sup>373</sup>.

De forma contrária ao fenômeno de aproximação ou equiparação do controle difuso ao controle concentrado de constitucionalidade, Lênio Streck e Georges Abboud criticam tal posicionamento, a pretexto do julgamento da Reclamação Constitucional 4335/AC<sup>374</sup>, julgada

<sup>370</sup> No iter procedimental legislativo, de forma preventiva, as Comissões de Constituição e Justiça realizam esse papel (CCJ). De forma repressiva: “Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: [...] V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa; [...] Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001) [...] § 5º A deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)” (BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Assembleia Nacional Constituinte, 1988)

<sup>371</sup> De forma preventiva: “Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará. § 1º - Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto”. (BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Assembleia Nacional Constituinte, 1988)

<sup>372</sup> “Art. 458. São requisitos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem; Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros”. (BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 1973)

<sup>373</sup> “Art. 489. São elementos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem; [...] Art. 506. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros”. (BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015)

<sup>374</sup> “**Ementa: Reclamação. 2. Progressão de regime. Crimes hediondos. 3. Decisão reclamada aplicou o art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90, declarado inconstitucional pelo Plenário do STF no HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 1.9.2006. 4. Superveniência da Súmula Vinculante n. 26. 5. Efeito ultra partes da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso. Caráter expansivo da decisão. 6. Reclamação julgada procedente.** Após o voto do Senhor Ministro Gilmar Mendes (Relator), julgando

em plenário do STF em março do ano de 2014. Nesta esteira, afirmam que, esta decisão é gravíssima do ponto de vista jurídico, porquanto desrespeitou o inciso X, do artigo 52 da CF/88<sup>375</sup>. Desta forma, destacam os Autores que, tal caso se tratou de verdadeira mutação constitucional à brasileira, ultrapassando o único limite imposto às mutações constitucionais: o próprio texto constitucional. Paradoxalmente, a anunciação intencional nos votos dos Ministros Gilmar Mendes<sup>376</sup> e Eros Grau<sup>377</sup> de suposta mutação constitucional evidencia,

---

procedente a reclamação, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Eros Grau. Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 1º.02.2007. Decisão: Após o voto-vista do Senhor Ministro Eros Grau, que julgava procedente a reclamação, acompanhando o Relator; do voto do Senhor Ministro Sepúlveda Pertence, julgando-a improcedente, mas concedendo habeas corpus de ofício para que o juiz examine os demais requisitos para deferimento da progressão, e do voto do Senhor Ministro Joaquim Barbosa, que não conhecia da reclamação, mas igualmente concedia o habeas corpus, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello e a Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 19.04. 2007. Decisão: Colhido o voto-vista do Ministro Ricardo Lewandowski, que não conhecia da reclamação, mas concedia habeas corpus de ofício, pediu vista dos autos o Ministro Teori Zavascki. Não votam os Ministros Luiz Fux e Dias Toffoli. Presidência do Ministro Joaquim Barbosa. Plenário, 16.05.2013. **Decisão: O Tribunal, por maioria, conheceu e julgou procedente a reclamação, vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, que não conheciam da reclamação, mas concediam habeas corpus de ofício.** Não participaram da votação os Ministros Luiz Fux e Dias Toffoli, que sucederam aos Ministros Eros Grau e Sepúlveda Pertence. Ausentes, justificada mente, a Ministra Cármen Lúcia, em viagem oficial para participar da 98ª Comissão de Veneza, na cidade de Veneza, Itália, e, neste julgamento, o Ministro Joaquim Barbosa (Presidente), que votou em assentada anterior. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski (Vice-Presidente no exercício da Presidência)” (grifos nossos). (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Rcl 4335 / AC – ACRE**. Relator: Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 20 mar. 2014)

<sup>375</sup> “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: [...] X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;” (BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Assembleia Nacional Constituinte, 1988)

<sup>376</sup> **Trecho do Voto do Ministro Gilmar Mendes (Relator):** “É possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica **mutação constitucional** em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988. Valendo-nos dos subsídios da doutrina constitucional a propósito da mutação constitucional, poder-se-ia cogitar aqui de uma autêntica *reforma da Constituição sem expressa modificação do texto*. Em verdade, a aplicação que o Supremo Tribunal Federal vem conferindo ao disposto no art. 52, X, da CF indica que o referido instituto mereceu uma significativa reinterpretção a partir da Constituição de 1988. É possível que a configuração emprestada ao controle abstrato pela nova Constituição, com ênfase no modelo abstrato, tenha sido decisiva para a mudança verificada, uma vez que as decisões com eficácia *erga omnes* passaram a se generalizar. A multiplicação de processos idênticos no sistema difuso - notória após 1988 - deve ter contribuído, igualmente, para que a Corte percebesse a necessidade de atualização do aludido instituto. [...]. **De fato, é difícil admitir que a decisão proferida em ADI ou ADC e na ADPF possa ser dotada de eficácia geral e a decisão proferida no âmbito do controle incidental - esta muito mais morosa porque em geral tomada após tramitação da questão por todas as instâncias - continue a ter eficácia restrita entre as partes. Explica-se, assim, o desenvolvimento da nova orientação a propósito da decisão do Senado Federal no processo de controle de constitucionalidade, no contexto normativo da Constituição de 1988**”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Rcl 4335 / AC – ACRE**. Relator: Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 20 mar. 2014, p. 54-55)

<sup>377</sup> **Trecho do Voto do Ministro Eros Grau (Relator):** “Outra questão a ser imediatamente introduzida, anexa à anterior, diz com a impossibilidade de o Senado Federal permanecer inerte, da sua inércia resultando comprometida a eficácia da decisão expressiva do que venho referindo como poder de veto exercido pelo Supremo. A resposta é óbvia, conduzindo inarredavelmente à reiteração do entendimento adotado pelo Relator, no sentido de que ao Senado Federal, no quadro da mutação constitucional declarada em seu voto --- voto dele, Relator --- e neste meu voto reafirmada, está atribuída competência apenas para dar publicidade à

entretanto, verdadeira alteração constitucional (e não mutação). Arrematam ainda que, o controle de constitucionalidade difuso é essencialmente diferente de controle concentrado, e, portanto, essa pseudoteoria que equipara os dois controles é chamada de “objetivação do controle difuso”<sup>378</sup>.

De qualquer sorte, tem-se a ilação de que, a Reclamação Constitucional nº 4335/AC, julgada procedente por diferentes razões, sirva de importante exemplo quanto ao caráter expansivo da decisão judicial em sede de controle difuso de constitucionalidade. Registra-se, entretanto, que neste caso em 2014 ainda não se decidiu de forma majoritária entre os Ministros do STF que tenha ocorrido, de fato, a mutação constitucional em face do artigo 52, inciso X, da CF/88. Neste sentido, depreende-se do voto divergente - neste ponto - do Ministro Luís Roberto Barroso<sup>379</sup>, acompanhado por outros Ministros do STF. Assevera que, embora goste da tese doutrinária de fundo quanto à possibilidade em tese de mutação constitucional, encontram-se limites na própria textualidade dos dispositivos constitucionais (artigo 52, inciso X, CF/88). Reitera, então, o simbolismo do voto do Relator (Ministro Gilmar Mendes), nesta parte, conclamando ulteriores mudanças legislativas pelo poder constituinte reformador ou derivado.

Com efeito, o voto do Ministro Luís Roberto Barroso quanto à importância do artigo 52, X, CF/88 para o controle de constitucionalidade difuso se encontra na mesma direção dos

suspensão da execução de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. **A própria decisão do Supremo contém força normativa bastante para suspender a execução da lei declarada inconstitucional**”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Rcl 4335 / AC – ACRE**. Relator: Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 20 mar. 2014, p. 81-82)

<sup>378</sup> “Ela carrega a ideia de que o STF e o STJ não julgam lides. Suas atuações seriam tão somente objetivas. Desafiamos alguém a demonstrar a atuação objetiva desses tribunais quando eles julgam procedente um habeas corpus, enfim... na realidade, a chamada objetivação permite ao STF fazer o que ele quiser, inclusive afastar-se do texto constitucional. A ideia de que a atuação do STF e do STJ estaria reduzida apenas a uma função objetiva não encontra respaldo no texto constitucional. Nem mesmo mediante emenda constitucional seria possível transformar o STF e o STJ em tribunais que julgam questões exclusivamente de natureza objetiva, uma vez que, mesmo com a alteração dos arts. 102 e 105 da CF, ainda assim não estaria autorizado tal entendimento. Isso ocorre porque somente seria possível afirmar que o STF e o STJ são tribunais de natureza jurisdicional exclusivamente objetiva se fossem suprimidos do texto constitucional todos os writs constitucionais previstos na CF 5º, tais como: mandado de segurança, mandado de injunção, habeas corpus e habeas data”. (STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 93-94)

<sup>379</sup> “De modo que eu gosto da tese, mas vejo este obstáculo: a mutação do artigo 52, X. Eu acho até que a realidade tem impulsionado no sentido da mutação, mas nós não podemos prescindir da mudança do Texto. [...]. Assim, louvando - não formalmente, mas sinceramente - esse impulso dado pelo voto do Ministro Gilmar Mendes no sentido de reconhecer a mutação constitucional e vendo isso, talvez, quase como que um apelo ao legislador ou ao poder constituinte reformador para que reveja isso, porque acho que é bom, para o país e para a jurisdição, a universalização dos precedentes do Supremo Tribunal Federal, do Plenário, eu, no entanto, manifesto-me contrariamente ao reconhecimento da mutação constitucional, porém adiro ao voto do Ministro Teori Zavascki para conhecer e julgar procedente a Reclamação por inobservância da Súmula Vinculante nº 26”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Rcl 4335 / AC – ACRE**. Relator: Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 20 mar. 2014, p. 185-187).



posicionamentos doutrinários de Lênio Streck e Georges Abboud traçados anteriormente<sup>380</sup>. De imediato, depreende-se que, na eventual hipótese de se consolidar a tese da teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, admitir-se-á, por via de consequência, a mutação constitucional do dispositivo acima mencionado. Neste caso, então, caberia ao Senado Federal tão somente conferir publicidade à decisão judicial do STF, sem qualquer discricionariedade do Poder Legiferante para suspender ou não a execução da lei ou do ato normativo.

Por conseguinte, no final do ano de 2017, destacam-se outras decisões do STF ventiladas no Informativo nº 886<sup>381</sup> do STF que tangenciam a temática ora tratada, qual seja, a possibilidade de se atribuir efeito vinculante *erga omnes* em sede de declaração incidental de inconstitucionalidade. Trata-se do julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade ADI 3406/RJ<sup>382</sup> e ADI 3470/RJ<sup>383</sup>. De imediato, há de se ressaltar: estas são ações próprias do controle concentrado de constitucionalidade (ADI), a serem apreciadas necessariamente pelo

---

<sup>380</sup> Reitera-se o posicionamento: “Na Reclamação 4.335/AC, pretendeu-se conferir eficácia *erga omnes* a essa decisão incidental. Os Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau acolheram essa tese, fundamentando na “mutação constitucional” do art. 52, X, 101 no sentido de que todas as decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo STF no controle concreto e incidental possuem, por si só, eficácia *erga omnes*, independentemente da atuação do Senado, que, por conta da mutação constitucional, apenas publica essas decisões (**perguntamos: por que o Senado deveria publicar, se já existe o Diário?**)”. (grifos nossos) (STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 91)

<sup>381</sup> “O Supremo Tribunal Federal (STF), por maioria, julgou improcedentes pedidos formulados em ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas contra a Lei nº 3.579/2001 do Estado do Rio de Janeiro. O referido diploma legal proíbe a extração do asbesto/amianto em todo território daquela unidade da Federação e prevê a substituição progressiva da produção e da comercialização de produtos que o contenham. **A Corte declarou, também por maioria e incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei federal nº 9.055/1995, com efeito vinculante e “erga omnes”**. O dispositivo já havia sido declarado inconstitucional, incidentalmente, no julgamento da ADI 3.937/SP (rel. orig. min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. min. Dias Toffoli, julgamento em 24.8.2017)” (grifos nossos). (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. ADI: amianto e efeito vinculante de declaração incidental de inconstitucionalidade. **Informativo STF**, Brasília, n. 886, 27 nov./1º dez. 2017)

<sup>382</sup> **Decisão (ADI 3406/RJ)**: “O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, julgou improcedente a ação, e, incidentalmente, declarou a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 9.055/95, com efeito vinculante e *erga omnes*. Vencidos o Ministro Marco Aurélio, que votou pela procedência do pedido, e, em parte, o Ministro Alexandre de Moraes, que divergia parcialmente para julgar parcialmente procedente o pedido e dar interpretação conforme aos arts. 2º e 3º da Lei 3.579 do Estado do Rio de Janeiro, nos termos de seu voto. Ao final, o Tribunal indeferiu pedido de análise de modulação de efeitos suscitado da tribuna. Impedidos os Ministros Roberto Barroso e Dias Toffoli. Ausente, justificadamente, o Ministro Ricardo Lewandowski. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 29.11.2017”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3406. **Portal do STF**, Brasília, Processos, Acompanhamento Processual, 8 fev. 2019)

<sup>383</sup> **Decisão (ADI 3470/RJ)**: “O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, julgou improcedente a ação, e, incidentalmente, declarou a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 9.055/95, com efeito vinculante e *erga omnes*. Vencidos o Ministro Marco Aurélio, que votou pela procedência do pedido, e, em parte, o Ministro Alexandre de Moraes, que divergia parcialmente para julgar parcialmente procedente o pedido e dar interpretação conforme aos arts. 2º e 3º da Lei 3.579 do Estado do Rio de Janeiro, nos termos de seu voto. Ao final, o Tribunal indeferiu pedido de análise de modulação de efeitos suscitado da tribuna. Impedido o Ministro Roberto Barroso. Ausente, justificadamente, o Ministro Ricardo Lewandowski. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 29.11.2017”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3470. **Portal do STF**, Brasília, Processos, Acompanhamento Processual, 8 fev. 2019)

Supremo Tribunal Federal (STF) em sede de jurisdição constitucional. Por outro lado, ambas as ações foram julgadas improcedentes, ou seja, a norma questionada à luz da CF/88 foi considerada constitucional. Trata-se, pois, da Lei nº 3.579/2001 do Estado do Rio de Janeiro, que proíbe a extração do asbesto/amianto em todo território daquela unidade da Federação e prevê a substituição progressiva da produção e da comercialização de produtos que o contenham.

Nada obstante, apesar de não se ter veiculado como pedido pelos Autores das ADIs mencionadas, o plenário do STF<sup>384</sup>, por maioria de votos, conferiu efeito vinculante a uma declaração de inconstitucionalidade incidental em sede do controle concentrado (por via de ADI). Neste ponto, houve a declaração de inconstitucionalidade com efeitos vinculantes para todos do artigo 2º, da Lei Federal n.º 9.055/1995.

Em outras palavras, houve, de fato, o reconhecimento de uma inconstitucionalidade de forma incidental pelo STF, porquanto a referida lei federal não era objeto da demanda (pedido principal). A rigor, entretanto, “incidental” costuma ser oposto ao “principal”, quando se refere ao modo como a questão é levada à apreciação do Poder Judiciário. Desta forma, o controle principal (concentrado, abstrato) ocorre em regra por meio de ação direta dirigida à Corte Constitucional, enquanto o controle incidental (difuso, concreto) pode ser feito por qualquer juiz ao apreciar o litígio entre as partes<sup>385</sup>.

---

<sup>384</sup> “Para a ministra Rosa Weber, a Lei nº 9.055/1995, como norma geral que é, adota uma postura teleológica, frente à exploração econômica do amianto, e reconhece seus riscos e a necessidade de controle. Define as condições mínimas a serem observadas para que a exploração do asbesto da variedade crisotila seja tolerada como lícita. A simples tolerância não vincula a atividade legislativa de Estados e Municípios. De modo algum ostenta eficácia preemptiva de atividade legislativa estadual que, no exercício legítimo da competência concorrente, venha a impor controles mais rígidos ou proibitivos. Portanto, a Lei nº 9.055/1995 e a Lei nº 3.579/2001 estão orientadas na mesma direção, tendo a legislação estadual complementar, no caso, apenas avançado onde o legislador federal preferiu se conter. Ao impor um nível de proteção mínima a ser observado em todos os Estados da Federação, a Lei nº 9.055/1995 não pode ser interpretada como obstáculo à maximização dessa proteção, conforme escolha dos Estados, individualmente considerados. A proibição progressiva encartada na legislação estadual em apreço está alinhada à diretriz norteadora e à teleologia do regime previsto na Lei nº 9.055/1995. **A mesma conclusão de ausência de inconstitucionalidade formal conduz ao entendimento de que inconstitucional, e em consequência nulo e ineficaz, o art. 2º da Lei nº 9.055/1995, a atrair, por si só, a incidência do art. 24, § 3º, da Lei Maior, segundo o qual “inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena”.** Por isso, **infundada a alegada afronta ao art. 24, V, VI e XII, e §§ 1º a 4º, da Constituição Federal**” (grifos nossos). (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. ADI: amianto e efeito vinculante de declaração incidental de inconstitucionalidade. **Informativo STF**, Brasília, n. 886, 27 nov./1º dez. 2017)

<sup>385</sup> “O controle incidental sempre é de natureza concreta. O controle principal, em regra, é de natureza abstrata, mas pode, excepcionalmente, ter natureza concreta, como é exemplo o mandado de injunção, em que a questão de inconstitucionalidade por omissão constitui objeto da ação, mas é aferida a partir da situação pessoal, concreta, lamentada em juízo pelo demandante. É o caso também da ação direta interventiva, cuja decisão favorável é requisito de admissibilidade para a intervenção federal. **Controles principal e incidental constituem “modos” como a questão de constitucionalidade é levada à apreciação do Judiciário. Enquanto isso, os controles abstrato e concreto exprimem a “maneira” como a questão de constitucionalidade é apreciada e julgada pelo Judiciário.** Quando a questão de constitucionalidade é relacionada com uma situação pessoal e concreta, há controle concreto. Na hipótese em que se examina a

No caso em exame, o controle de constitucionalidade *a priori* era o principal (concentrado, abstrato) – via de ADI – a ser realizado pelo STF. Destaca-se, entretanto, que incidental (não foi a forma de controle) mas aquilo que consta na fundamentação, ou melhor, a questão incidental adotada na fundamentação. Dito de outra forma, houve uma declaração incidental de inconstitucionalidade dentro do controle concentrado de constitucionalidade, julgando-se parte da lei federal (não impugnada) inconstitucional<sup>386</sup>.

Por outro giro, até o presente momento, o acórdão ainda não foi publicado na íntegra consoante consulta ao sítio eletrônico do STF. Ademais, em 19.12.2017, houve o deferimento de tutela de urgência, fundada no poder geral de cautela, suspendendo em parte os efeitos da decisão. A parte suspensa, por sua vez, se trata exatamente da atribuição de eficácia *erga omnes* à declaração incidental de inconstitucionalidade, até a publicação do acórdão respectivo e fluência do prazo para oposição dos aventados embargos de declaração<sup>387</sup>.

Por oportuno, registram-se nestas ações (ADI 3406/RJ e ADI 3470/RJ) recentes pareceres da Procuradora Geral da República, de 05 de outubro de 2018, opinando que tais julgamentos se tratam de verdadeiro acolhimento pelo STF da tese de abstrativização do controle difuso, inclusive em relação aos efeitos da decisão de inconstitucionalidade. Neste ponto, investigar-se-á se se trata de consolidação desta tese pelo STF, conforme sugerido nos pareceres da Procuradoria Geral da República<sup>388</sup>, ou, de outra forma, se prevalece a tese da

compatibilidade da norma com a Constituição, independentemente de qualquer situação concreta, há controle abstrato. Por fim, apenas para evitar mal-entendido, é importante rechaçar a terminologia “controle por via de ação”, com significado de controle principal, e “controle por via de defesa, como sinônimo de controle incidental. O modo incidental não se perfaz apenas por defesa, podendo advir da própria ação, que pode afirmar, como causa de pedir, a inconstitucionalidade de lei. É o que ocorre em mandado de segurança em que o impetrante alega, por exemplo, que a lei em que se funda o imposto que a autoridade está a exigir é inconstitucional” (grifos nossos). (SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, 943-944)

<sup>386</sup> “Deixe-se claro, assim, que o sistema brasileiro não é um sistema misto, em que se associam o controle difuso e o controle concentrado. No Brasil, há sistema difuso, conjugando-se, isto sim, os controles incidental e principal e os controles concreto e abstrato”. (SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, 943-946)

<sup>387</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3406. **Portal do STF**, Brasília, Processos, Acompanhamento Processual, 8 fev. 2019.

<sup>388</sup> “CONSTITUCIONAL. AGRAVOS EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECLARAÇÃO INCIDENTAL, COM EFEITOS VINCULANTES E *ERGA OMNES*, DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2.º DA LEI 9.055/1995. AMIANTO. VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE. EFEITOS NOCIVOS PARA A SAÚDE E O MEIO AMBIENTE. DECISÃO MONOCRÁTICA DEFERINDO TUTELA DE URGÊNCIA PARA SUSPENDER A DECISÃO, NO PONTO EM QUE SE ATRIBUI EFICÁCIA *ERGA OMNES*, ATÉ A PUBLICAÇÃO DO RESPECTIVO ACÓRDÃO E INÍCIO DA FLUÊNCIA DO PRAZO PARA OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E EVENTUAL MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO PLENÁRIA. IMPROPRIEDADE. DECISÃO QUE SE AMOLDA MATERIALMENTE À MANIPULAÇÃO DOS EFEITOS. EXIGÊNCIA DE QUÓRUM QUALIFICADO DE DOIS TERÇOS DOS VOTOS. [...]. Em sessão de julgamento realizada em 29 de novembro de 2017, a Corte Constitucional julgou improcedente a ação, declarando a constitucionalidade da Lei estadual 3.579/2001 e, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2.º da Lei 9.055/1995; **porém, com efeito vinculante e erga omnes, a demonstrar acolhimento da**

transcendência dos motivos determinantes, inclusive com seus reflexos teórico-valorativos com a chegada do novo CPC/2015.

De fato, com as decisões do STF em sede das ADI 3406/RJ e ADI 3470/RJ, cujos acórdãos na íntegra ainda não foram publicados, intensificaram-se as divergências doutrinárias sobre tal desiderato: enfim, o STF consolidou a abstrativização do controle difuso ou se trata de caso de transcendência dos motivos determinantes? Neste ponto, tal dúvida é recorrentemente invocada pelo fato de a invocação pelos Ministros do STF, nestas decisões judiciais mencionadas, de uma possível mutação constitucional para o artigo 52, inciso X, CF/88. Este dispositivo, por sua vez, é atrelado ao controle difuso (pois é incidental), entretanto, no caso *sub examine* o que ocorreu foi a declaração incidental de inconstitucionalidade em controle concentrado.

Com efeito, nestes recentes casos das ADI 3406/RJ e ADI 3470/RJ, tratou-se de evidente atribuição de eficácia vinculante sobre a fundamentação de decisão em controle concentrado (julgada improcedente por sinal, ou seja, declarando a constitucionalidade da norma impugnada, conforme visto anteriormente). Neste particular, tem-se a transcendência dos motivos determinantes em sede de controle principal (concentrado, abstrato), sendo a abstrativização do controle difuso algo diverso.

Igualmente, a jurisdição constitucional alemã possui esta particularidade de atribuir efeito vinculante aos motivos determinantes das decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional, em relação à *ratio decidendi*. A despeito disto, muitas críticas doutrinárias surgem diante desta postura do sistema de constitucionalidade alemão, apesar de que tal vinculação não alcança os particulares e nem mesmo o próprio Tribunal Constitucional<sup>389</sup>.

No Brasil, Lênio Streck distingue, entretanto, o “efeito vinculante” da “eficácia *erga omnes*”, ou seja, apesar de ambos estarem adstritos ao dispositivo da coisa julgada, apenas o “efeito vinculante” é exclusivo do controle abstrato de constitucionalidade das leis e atos normativos, vinculando particulares. Portanto, o efeito *erga omnes* não é exclusivo do

---

“**abstrativização do controle difuso**”, inclusive em relação aos efeitos da decisão de inconstitucionalidade [...]” (grifos nossos). (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Procuradoria-Geral da República. Agravo na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.406/RJ. n. 174/2018 SFCONST/PGR. Sistema único n. 145.328/2018. Brasília, DF: MPF, 5 out. 2018)

<sup>389</sup> “Sobre a questão, Peter Häberle – sem dúvida um dos constitucionalistas mais notáveis da atualidade – critica com veemência a atribuição de efeito vinculante às decisões dos Tribunais Superiores, incluindo o Tribunal Constitucional Alemão. Nessa perspectiva, caso se estendesse a força vinculante aos motivos determinantes, o “diálogo jurídico” ficaria entorpecido, os demais tribunais perderiam a coragem para alcançar outras interpretações da Constituição e a força inovadora de eventuais votos particulares seria desatendida. Essa vinculação faria com que a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição ficasse, ao menos em parte, fechada”. (STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 166)

controle abstrato de constitucionalidade, pois se estiver no fundamento do pedido de uma ação civil pública, p. ex., ainda que difuso, atribuir-se-á efeito erga omnes à coisa julgada coletiva<sup>390</sup>. Neste contexto, entende o Autor<sup>391</sup> que, o efeito vinculante destinando constitucionalmente às decisões definitivas de mérito às ações do controle de constitucionalidade concentrado (art. 102, § 2º, da CF/1988) não se equipara à eficácia vinculante do sistema de precedentes judiciais e à sua respectiva política do *stare decisis*. Neste sentido, aquele tem origem no sistema alemão de controle de constitucionalidade, enquanto este se trata do regime de precedentes do *common law*, dotado de maior flexibilidade de aplicação do direito.

Ademais, destacam Lênio Streck e George Abboud<sup>392</sup> que, a atribuição do efeito vinculante à motivação das decisões dos tribunais superiores gera o risco do engessamento sistema jurídico, inclusive argumento desenvolvido na Alemanha onde se originou tal técnica. Por oportuno, a coisa julgada com efeito *erga omnes* realizaria com maior eficiência e menor risco tal função, podendo ainda o STF editar súmula vinculante com enunciado ao qual se pretende atribuir o efeito vinculante, assegurando isonomia dos jurisdicionados e garantia da segurança jurídica.

De imediato, comunga-se com o entendimento de Streck e Abboud, ou seja, o efeito vinculante das decisões do STF deve ser restrito às decisões judiciais com força de coisa julgada. Neste ponto, a desassociação doutrinária e jurisprudencial entre eficácia *erga omnes* e coisa julgada ou entre esta e o efeito vinculante não devem subsistir, porquanto o que não se transitou em julgado, em suma, não tem aptidão para nada vincular na sistemática jurídico-processual.

Outrossim, nesta perspectiva evolutiva jurídico-processual-constitucional, além das súmulas vinculantes<sup>393</sup> que já foram abordadas anteriormente, cumpre-se ressaltar o instituto

---

<sup>390</sup> “O efeito erga omnes não vincula os particulares, tal vinculação é proveniente do efeito vinculante (art. 102, § 2º, da CF/1988). Além disso, também não retira o texto normativo do mundo jurídico. A retirada de determinada lei do mundo jurídico ocorre em razão da eficácia declaratória da coisa julgada material operada nas sentenças de total rechaço que declaram a inconstitucionalidade e a nulidade de toda a lei ou parte dela”. (STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 165)

<sup>391</sup> STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 165-166.

<sup>392</sup> STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 167-168.

<sup>393</sup> “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas

jurídico-processual da repercussão geral como requisito de admissibilidade nos recursos extraordinários, por força da Emenda Constitucional nº 45/2004<sup>394</sup>. A rigor, pretende-se conferir caráter objetivo ao recurso extraordinário, isto é, não se limitando unicamente aos interesses das partes envolvidas.

Lênio Streck e George Abboud advertem, entretanto, a necessidade de se atribuir ganho quantitativo e, sobretudo, qualitativo na implementação do instituto da repercussão geral. Em outras palavras, apesar de reconhecê-lo como instrumento formidável utilizado pelo STF como filtro para diminuição da quantidade de processos (ganho quantitativo), há sérios riscos de não se realizar uma interpretação constitucional adequada da repercussão geral, notadamente quando o recurso extraordinário versar sobre direitos fundamentais<sup>395</sup>. Adiante, arrematam os Autores que, o advento da CF/88 trouxe maior complexidade ao sistema, somando-se tal fato às recepções equivocadas da jurisprudência de valores, da ponderação e do ativismo norte-americano. Neste cenário, asseveram a existência de uma adaptação “darwiniana do establishment”. De outra forma, as súmulas vinculantes – às quais defendem a possibilidade de ocorrer o controle difuso de constitucionalidade<sup>396</sup> – e o instituto da repercussão geral são vislumbrados como mecanismos de fechamento interpretativo para

---

determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)” (BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Assembleia Nacional Constituinte, 1988)

<sup>394</sup> “Art. 102. [...] § 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”. (BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Assembleia Nacional Constituinte, 1988)

<sup>395</sup> “A repercussão geral da forma como tem sido usada pelo STF é um mecanismo formidável para diminuição de recursos a serem analisados, afinal, a repercussão geral forneceu o salvo-conduto para o STF, literalmente, escolher aquilo que quiser julgar, até mesmo porque grande parcela de nossa doutrina afirma que repercussão geral é aquilo-que-o-Supremo-disser-que-é. Logo, o STF nunca erra quando delibera sobre repercussão geral”. (STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 11-12)

<sup>396</sup> “Não admitir o controle concreto de constitucionalidade das súmulas vinculantes é algo desarrazoado, porque em um sistema, no qual se admite o controle difuso de constitucionalidade das leis, passaria a se tornar proibido o controle difuso de constitucionalidade das súmulas vinculantes, que não poderiam ser afastadas no caso concreto de nenhuma maneira, mesmo que sua aplicação acarrete inconstitucionalidades para o caso a ser decidido, logo, não seria nenhum exagero parafrasear a máxima hobesiana e afirmar que diante do atual modelo, *Autoritas non Veritas, facit Summula*”. (STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 186)

conter a enorme quantidade de processos em face do ativismo e da discricionariedade judicial<sup>397</sup>.

Por outro giro, algumas relações do neoconstitucionalismo e do novo CPC podem ser exploradas nesta pesquisa. Nesta medida, há de se investigar se a tese da abstrativização do controle de constitucionalidade difuso com a chegada do NCPC/2015 foi consolidada, isto é, sendo irrelevante a atuação do Senado Federal (art. 52, X, CF/88) para concessão de efeitos *erga omnes* às decisões da Suprema Corte. Ademais, se tal eficácia expansiva poderia ser atribuída inclusive às decisões prolatadas pelo STJ, bem como a outros tribunais especificados na legislação (art. 927<sup>398</sup>; art. 332<sup>399</sup>; art. 932, IV e V<sup>400</sup>, dentre outros do NCPC/15).

Na próxima subseção, portanto, perquirir-se-ão os influxos teórico-valorativos da teoria dos precedentes e as suas interseções com a chegada do novo Código de Processo Civil de 2015. Desta vez, trata-se de análise dogmática, à luz dos novos dispositivos jurídico-processuais, da doutrina e da jurisprudência. Cumpre-se investigar, prioritariamente, se o novo CPC se trata ou não da institucionalização da teoria dos precedentes judiciais no Brasil.

---

<sup>397</sup> “Assim, no Brasil há fortes indícios dessa tentativa de clivagem entre a vinculação constante na doutrina dos precedentes, instrumentalizada pelo *stare decisis*, com uma vinculação do sistema por intermédio das súmulas vinculantes e de outros mecanismos secundários, como a repercussão geral, a utilização de súmulas para obstaculizar a “subida” de recursos e a “legitimidade” para juízos monocráticos, sem considerar a inautêntica tradição de os juristas se acomodarem diante de simples ementários jurisprudenciais, que fazem o papel de “enunciados performativos”. Ou seja, apostamos em verbetes e ementários, nos esquecendo do aspecto qualitativo da decisão. Por consequência, fortalecemos a prática inautêntica decisória – aquela que se limita a reproduzir verbetes e ementas, sem atentar para especificidade do caso concreto”. (STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 175-176)

<sup>398</sup> “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados”. (BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015)

<sup>399</sup> “Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar: I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local”. (BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015)

<sup>400</sup> “Art. 932. Incumbe ao relator: IV - negar provimento a recurso que for contrário a: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;”. (BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015)

#### 4.5.2 A teoria dos precedentes judiciais e o novo Código de Processo Civil de 2015

Consoante se pesquisou em seções anteriores, o Brasil não está adstrito integralmente a nenhuma das tradições jurídicas dos direitos. De fato, não se desconhece sua maior aproximação com os direitos de tradição romano-germânica, também conhecidos com o sistema jurídico do *civil law*. Pode-se afirmar, entretanto, que há influxos teórico-valorativos tanto do *common law* como do *civil law* no direito brasileiro.

Nesta esteira, apesar de a temática dos precedentes judiciais ser afeta precipuamente à Teoria Geral do Direito, no Brasil, ganham-se novos contornos com a publicação do novo Código de Processo Civil de 2015. Frise-se: apesar de não se tratar necessariamente de matéria jurídico-processual, talvez por influência do *civil law* e do seu positivismo normativo, somente com o apelo formal, lógico e dedutivo (res)urgem os precedentes judiciais como pauta de primeira ordem na doutrina e na jurisprudência.

De início, em uma perfunctória análise da presença do vocábulo “precedente(s)” no Código de Processo Civil revogado de 1973, verificava-se unicamente no artigo 479, *caput*, qual seja, no título sobre processos nos tribunais, especificamente no capítulo sobre a uniformização da jurisprudência. Neste ponto, tinha-se o enunciado do dispositivo: “o julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência”. De fato, constata-se no CPC/1973 o protagonismo até então delegado ao precedente judicial: a função de uniformização da jurisprudência.

Por outro giro, no novo CPC/2015, o termo “precedente(s)” aparece inicialmente nos artigos 489, §1º, incisos V e VI, na seção sobre os elementos e efeitos da sentença; nos artigos 926, §2º e 927, §5º, ambos nas disposições gerais, do título da ordem dos processos e dos processos de competência originária dos tribunais; no artigo 988, inciso IV, no capítulo sobre o instituto da Reclamação; e, por fim, no artigo 1.042, §1º, inciso II, na seção sobre o recurso de agravo em recurso especial e em recurso extraordinário. Posteriormente, por força da Lei 13.256/2016, permaneceu apenas expressamente mencionado nos importantes dispositivos V e VI, do parágrafo 1º, do artigo 489<sup>401</sup> e nos artigos 926, §2º e 927, §5º, do NCPC/2015.

---

<sup>401</sup> “Art. 489. São elementos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem. **§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de**



Nada obstante, hodiernamente se recorrem aos artigos 926 e 927 do NCPC/2015 pelo fato de que, supostamente teriam introduzidos a teoria dos precedentes no Brasil, mais precisamente na relação jurídico-processual. Em outras palavras, seriam então os pontos de partida da nova sistemática dos precedentes obrigatórios, consagrando a vinculação horizontal e vertical dos precedentes. São os dispositivos:

**Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.**

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

**Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:**

**I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;**

**II - os enunciados de súmula vinculante;**

**III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;**

**IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;**

**V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.**

**§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.**

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores. (grifos nossos)

---

sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. § 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. § 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé” (grifos nossos). (BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015)

Nesta direção, Hermes Zaneti defende que, até o advento do NCPC/15, o Brasil não adotava integralmente a teoria da *stare decisis*. Em outras palavras, as decisões judiciais e a ideia de precedente com força tão somente persuasiva eram preponderantes, com raríssimas exceções como, p. ex., as súmulas vinculantes e as decisões do STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Ademais, acrescenta o Autor<sup>402</sup> que, por trás dos dispositivos normativos do NCPC, há a necessidade de se adotar um modelo de precedente judicial amplo e fundamentado nas premissas da racionalidade, estabilidade, coerência, integridade e vinculação aos fatos da causa. De fato, tais premissas são desenvolvidas pela doutrina e utilizadas pelo legislador para a construção do modelo brasileiro de *civil law*, ou seja, um modelo para ordenamentos híbridos, com precedentes vinculantes por determinação legal e por razões materiais, conforme desenvolvido nesta pesquisa.

Por outro giro, Lênio Streck<sup>403</sup> se apresenta absolutamente cético e resistente à ideia de um “*common law à brasileira*”, “*commonlização*” ou “*stare decisis à brasileira*” ou qualquer coisa deste gênero com a chegada do NCPC/15. Neste ponto, afirma peremptoriamente duas premissas no Brasil: (1) não vivemos um “sistema de precedente” e (2) não aceitamos que o Judiciário possa legislar<sup>404</sup>. Neste sentido, o Autor menciona recente decisão judicial do Supremo Tribunal Federal, da lavra do Ministro Edson Fachin que, em sede de controle de constitucionalidade difuso (RE 655.265), “decretou” a existência do *common law* no Brasil porque adotamos o *stare decisis* com a chegada do NCPC/15. Neste particular, afirmou criticamente: “o direito é aquilo que as Cortes superiores dizem que é. E as decisões são resultantes de um ato de vontade. É o que sustentam os adeptos da tese de que os tribunais superiores devem ser Tribunais de Precedentes. Ou Cortes de Vértice”<sup>405</sup>.

<sup>402</sup> “Note-se que a relevância desta análise serve para demonstrar como os precedentes estão sendo compreendidos no Brasil (mesmo que com certa polêmica) e, portanto, qual a tendência do direito positivo brasileiro e da dogmática jurídica brasileira em matéria de precedentes (pelo menos em uma leitura normativa do CPC/2015)”. (ZANETI JR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 369)

<sup>403</sup> “Explico: face à ausência de racionalidade na aplicação das leis, parcela de processualistas passaram a defender a tese de que o novo CPC se abriu para a *commonlização* do Direito. E, para tanto, entendem que devem haver Cortes de Precedentes que façam testes, que se tornam vinculantes para o restante do sistema. Detalhe: em nenhum momento seus defensores demonstram que, mesmo no *common law*, as cortes superiores são tribunais de julgamento de teses ou tribunais que produzam teses em abstrato ou generalizantes”. (STRECK, Lênio Luiz. **Precedentes judiciais e hermenêutica**. O sentido da vinculação no CPC/2015. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 17)

<sup>404</sup> O Autor se acosta a outros processualistas que defendem a mudança de racionalidade no uso de julgados dos tribunais que deva partir da busca de uma eficiência que não desmonte o devido processo constitucional e que evite o isolamento de cortes supremas em relação ao restante da comunidade jurídica. Cf. STRECK, Lênio Luiz. **Precedentes judiciais e hermenêutica**. O sentido da vinculação no CPC/2015. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 17.

<sup>405</sup> “Parece haver um problema com a nomenclatura das Cortes de Vértice. Em trigonometria, todo lado do triângulo é vértice. O ponto da base também é vértice e não somente o “cume” ou pico”. (STRECK, Lênio

De fato, o STF, no julgado mencionado, ratifica jurisprudencialmente a posição brasileira de adoção da política institucional do *stare decisis* (típica do sistema do *common law*) no âmbito do sistema jurídico brasileiro (precipualemente *civil law*). Paradoxalmente, para se (re)afirmar uma aproximação ao *common law*, necessita-se de aresto jurisprudencial expresso nesta direção, algo típico de uma importação acrítica do seu elemento essencial. Assenta a ementa do julgado:

EMENTA: INGRESSO NA CARREIRA DA MAGISTRATURA. ART. 93, I, CRFB. EC 45/2004. TRIÊNIO DE ATIVIDADE JURÍDICA PRIVATIVA DE BACHAREL EM DIREITO. REQUISITO DE EXPERIMENTAÇÃO PROFISSIONAL. MOMENTO DA COMPROVAÇÃO. INSCRIÇÃO DEFINITIVA. CONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA. ADI 3.460. REAFIRMAÇÃO DO PRECEDENTE PELA SUPREMA CORTE. **PAPEL DA CORTE DE VÉRTICE. UNIDADE E ESTABILIDADE DO DIREITO. VINCULAÇÃO AOS SEUS PRECEDENTES. STARE DECISIS.** PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA ISONOMIA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DE SUPERAÇÃO TOTAL (*OVERRULING*) DO PRECEDENTE (grifos nossos)<sup>406</sup>.

Desta forma, a crítica de Lênio Streck ao precedentalismo brasileiro (supostamente) consolidado com a chegada do NCPC/15 remonta a três macro aspectos: (1) o problema

---

Luiz. **Precedentes judiciais e hermenêutica.** O sentido da vinculação no CPC/2015. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 18)

<sup>406</sup> “1. A exigência de comprovação, no momento da inscrição definitiva (e não na posse), do triênio de atividade jurídica privativa de bacharel em Direito como condição de ingresso nas carreiras da magistratura e do ministério público (arts.93, I e 129, §3º, CRFB - na redação da Emenda Constitucional n. 45/2004) foi declarada constitucional pelo STF na ADI 3.460. 2. Mantidas as premissas fáticas e normativas que nortearam aquele julgamento, reafirmam-se as conclusões (*ratio decidendi*) da Corte na referida ação declaratória. 3. O papel de Corte de Vértice do Supremo Tribunal Federal impõe-lhe dar unidade ao direito e estabilidade aos seus precedentes. 4. **Conclusão corroborada pelo Novo Código de Processo Civil, especialmente em seu artigo 926, que ratifica a adoção – por nosso sistema – da regra do *stare decisis*, que “densifica a segurança jurídica e promove a liberdade e a igualdade em uma ordem jurídica que se serve de uma perspectiva lógico-argumentativa da interpretação”.** (MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016). 5. A vinculação vertical e horizontal decorrente do *stare decisis* relaciona-se umbilicalmente à segurança jurídica, que “*impõe imediatamente a imprescindibilidade de o direito ser cognoscível, estável, confiável e efetivo, mediante a formação e o respeito aos precedentes como meio geral para obtenção da tutela dos direitos*”. (MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013). 6. Igualmente, a regra do *stare decisis* ou da vinculação aos precedentes judiciais “*é uma decorrência do próprio princípio da igualdade: onde existirem as mesmas razões, devem ser proferidas as mesmas decisões, salvo se houver uma justificativa para a mudança de orientação, a ser devidamente objeto de mais severa fundamentação. Daí se dizer que os precedentes possuem uma força presumida ou subsidiária.*” (ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiro, 2011). 7. Nessa perspectiva, a superação total de precedente da Suprema Corte depende de demonstração de circunstâncias (fáticas e jurídicas) que indiquem que a continuidade de sua aplicação implicam ou implicarão inconstitucionalidade. 8. A incoerência desses fatores conduz, inexoravelmente, à manutenção do precedente já firmado. 9. Tese reafirmada: “*é constitucional a regra que exige a comprovação do triênio de atividade jurídica privativa de bacharel em Direito no momento da inscrição definitiva*”. 10. Recurso extraordinário desprovido” (grifos nossos). (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Recurso Extraordinário 655.265 Distrito Federal**. Relator Min. Luiz Fux. Relator para o acórdão Min. Edson Fachin. Julgado em: 13 abr. 2016)

metodológico da teoria dos precedentes no que diz respeito à cisão entre interpretação e aplicação; (2) o equívoco de se pensar que a força vinculante dos precedentes advém de aspectos meramente formais (autoridade) e não pela qualidade das suas razões. Neste ponto, não subsiste pensar em *stare decisis* no sentido de o precedente nascer para vincular, quando estaria na verdade para *vincular contingencialmente*; (3) o dever de coerência e de integridade não significa a incorporação irrefletida de uma teoria dos precedentes<sup>407</sup>.

Por sua vez, quanto aos dispositivos do NCPC que supostamente teriam instaurado a teoria dos precedentes no Brasil, menciona Lênio Streck que, “não ajudei a colocar a coerência e a integridade no 926 para instalar o *stare decisis* ou engessar o sistema, criando Tribunais de Precedentes. Foi justamente por razões contrárias. Foi para que não tivéssemos ‘donos de sentidos’ ou ‘adjudicadores de sentidos’<sup>408</sup>. Reitera, portanto, o Autor a negativa ao positivismo jurisprudencialista e ao realismo jurídico dos precedentistas.

Nesta direção, inclina-se Juraci Mourão ao assevera que, o artigo 926, *caput* (coerência) se trata de a porta de entrada do paradigma sistêmico, inspirado no Direito como integridade<sup>409</sup>. Neste ponto, propõe a análise dos demais dispositivos do atual Código de Processo Civil à luz do paradigma ideológico coerentista, inclusive quanto ao correto modo de relacionamento dos precedentes entre si<sup>410</sup>.

Quanto ao parágrafo segundo, do referido artigo 926, do NCPC/2015 – “ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação” - afirma Lênio Streck ser uma das poucas vezes que o novo diploma processual se refere expressamente ao vocábulo “precedente”, inclusive fato já

<sup>407</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Precedentes judiciais e hermenêutica**. O sentido da vinculação no CPC/2015. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 14.

<sup>408</sup> “O CPC não contém, pois, um sistema de precedentes e nem comporta teses gerais e abstratas com pretensões que os precedentistas têm em mente. Teses só nas súmulas vinculantes, com a ressalva do CPC de que, na aplicação, devem ser vistos os casos – sim, os casos – que a conformaram, no julgamento de ‘recursos repetitivos’ e no incidente de resolução de demandas repetitivas e no incidente de assunção de competência, que, obviamente, só terão sentido – as teses – se tiverem relação com os casos incluídos no âmbito da repetição. Simples assim”. (STRECK, Lênio Luiz. **Precedentes judiciais e hermenêutica**. O sentido da vinculação no CPC/2015. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 84-85)

<sup>409</sup> Para o Autor, há de se observar toda a complexidade do Direito para elucidação do dever de decidir de acordo com o dever de integridade. A observância da constituição de acordo com o constitucionalismo brasileiro contemporâneo é ponto de referência.

<sup>410</sup> “O modo de se aferir a incoerência de julgados são as mais diversas, pois a incompatibilidade se dá no plano hermenêutico, que invoca tanto uma lógica formal quanto material, bem como não apenas padrões normativos, mas também axiológicos. Assim, dois precedentes podem ser contraditórios quando as normas possíveis de serem erigidas deles forem incompatíveis, prescrevem consequências distintas para os mesmos fatos. Entretanto, há outras hipóteses de incoerência, quanto erigem conceitos contraditórios entre si (imaginem-se conceituarem nas *ratione decidendi* vida como somente o estágio após o parto e vida como o estágio já no momento da fecundação, ainda que *in vitro*), quando consagram valores inconciliáveis ou de várias outras formas de se comporem os diversos elementos do círculo hermenêutico”. (LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 292-293)

mencionado nesta pesquisa. Registra o Autor, entretanto, a clareza do dispositivo quanto a ideia de que súmula e precedente são coisas absolutamente distintas<sup>411</sup>.

Com efeito, ementas ou mera indicação de trechos dos acórdãos não refletem necessariamente com fidedignidade as questões decididas no julgado utilizado como paradigma. Aliás, por vezes, os julgados utilizados como referência para adoção de solução jurídica semelhante em casos futuros sequer retratam o entendimento consolidado no âmbito da jurisprudência da respectiva Corte. Tem-se, portanto, uma necessária reflexão a todos os operadores do direito: a ementa dos julgados, *per se*, perde importância para o percurso percorrido pelos julgadores para se chegar até ao conteúdo ementado.

Dito de outro modo, a descontextualização entre as razões fáticas e jurídicas que ensejaram à edição da súmula levará ao seu uso indevido, ou seja, a uniformização de casos essencialmente distintos. Neste ponto, o referido artigo 926, parágrafos 1º e 2º, apontam nesta direção, quando associa a edição de súmulas à jurisprudência dominante do Tribunal, bem como a sua pertinência às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram a sua criação.

Outrossim, tal mudança de cultura jurídico-interpretativa propiciada pelo estudo dos precedentes judiciais deve ser uma máxima de todos os que atuam no processo judicial, direta ou indiretamente. Neste sentido, advogados, defensores, magistrados, estagiários, servidores, peritos e etc devem cooperar-se entre si, em busca da atividade satisfativa justa e efetiva, sob o norte da boa-fé objetiva, conforme preceituam as normas fundamentais do processo civil<sup>412</sup>.

No que diz respeito aos parágrafos do artigo 927, do NCPC/2015, o parágrafo 1º remete aos juízes e tribunais à observância ao já mencionado artigo 489, §1º e ao artigo 10<sup>413</sup>, do NCPC. Quanto à fundamentação adequada da decisão, que trata o primeiro dispositivo, será novamente analisado nas próximas seções desta pesquisa. Quanto ao segundo

---

<sup>411</sup> “De qualquer forma – e isso é extremamente relevante – em momento algum o Código associa precedente à decisão de Tribunal Superior, de modo que seria forçar demais dizer que somente as “Cortes Supremas” criariam precedentes. Nem o CPC, com todos os seus problemas de redação, confunde isso. Mas os defensores da introdução do “sistema de precedentes” fazem essa confusão”. (STRECK, Lênio Luiz. **Precedentes judiciais e hermenêutica**. O sentido da vinculação no CPC/2015. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 84)

<sup>412</sup> “Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa. Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé. Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. (BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015)

<sup>413</sup> “Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”. (BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015)

dispositivo, tem-se o princípio da vedação às decisões surpresas, reforçando o contraditório e ampla defesa substantiva no processo civil<sup>414</sup>.

Quanto ao parágrafo 2º, do artigo 927, registra o novo CPC, sem correspondente no código revogado de 1973, a ideia de que, em processos cujo resultado possa alcançar um grande número de pessoas, deve o juiz ou tribunal permitir a intervenção de pessoas, órgãos ou entidades com interesse, ainda que indireto, na controvérsia. De fato, não deixa de ser uma tentativa do legislador de imprimir um maior grau de legitimação fático-jurídica às decisões judiciais desta envergadura.

Neste contexto, tem-se a possibilidade de realização de audiências públicas no âmbito dos tribunais em face de sua atividade administrativa sumular, bem como nos incidentes de resolução de demandas repetitivas. Assim, poderá o relator ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria (artigo 983, §1º, NCPC)<sup>415</sup>, subsidiando a motivação das decisões judiciais, inclusive para fins de alteração ou rediscussão da tese jurídica adotada em enunciado de súmulas.

Quanto aos parágrafos 3º e 4º, do artigo 927, do NCPC/2015, recorre-se aos princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança, do atendimento ao interesse social e da isonomia para fins de justificar: (1) a modulação dos efeitos na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do STF, dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos; e (2) a modificação do enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos, exigindo a necessidade de fundamentação adequada e específica.

Quanto ao 5º e último parágrafo do artigo 927, do NCPC/2015, vislumbra-se a ampla divulgação e conhecimento pela comunidade jurídica dos precedentes judiciais, inclusive para fins de justificar eventual vinculação horizontal e vertical. Neste ponto, o princípio da publicidade é atendido com regozijo quando se utiliza para este fim a rede mundial de

---

<sup>414</sup> Nesta perspectiva, o princípio do contraditório – vedando às decisões surpresa no processo civil – impõe a obrigação ao juiz de oportunizar às partes que se manifestem previamente à decisão judicial. Nestes casos, tal obrigação se aplica às questões jurídico-processuais de conhecimento de ofício, assim como às questões extraídas das provas dos autos. Como exemplo do princípio veiculado no artigo 10, ora estudado, cita-se o artigo 487 do novo CPC, que estabelece as hipóteses em que o juiz extinguirá o processo com resolução de mérito. Nesta medida, o parágrafo único estabelece que, “ressalvada a hipótese do § 1º do art. 332 (improcedência liminar), a prescrição e a decadência não serão reconhecidas sem que antes seja dada às partes oportunidade de manifestar-se”.

<sup>415</sup> “Art. 983. O relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida, e, em seguida, manifestar-se-á o Ministério Público, no mesmo prazo. § 1º Para instruir o incidente, o relator poderá designar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria”. (BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015)

computadores, democratizando e universalizando o acesso, conforme delineado nas seções vestibulares desta pesquisa sobre o meio ambiente digital e a sociedade em rede.

#### 4.5.2.1 Existe um novo rol de precedentes judiciais vinculantes no CPC de 2015?

Nesta seção, analisar-se-ão os incisos do artigo 927, do NCPC/2015, ou seja, se se trata realmente de um novo rol de precedentes judiciais (vinculantes) ventilados pelo legislador processual. Nesta esteira, têm-se: (I) - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; (II) - os enunciados de súmula vinculante; (III) - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; (IV) - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; (V) - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Lênio Streck reitera que, o novo CPC de 2015 não instituiu um novo sistema de precedentes judiciais, porquanto os provimentos que devem ser observados supostamente estariam todos elencados no artigo 927 e, por via de consequência, o vocábulo utilizado no *caput* do referido artigo foi o verbo “observar” e não “vincular” em relação aos juízes e tribunais. Ademais, afirma não ter encontrado qualquer menção à expressão “precedentes vinculantes” no CPC justificando a suposta instauração deste novo regime precedentalista.<sup>416</sup>

Outrossim, segundo Lênio Streck,<sup>417</sup> a única expressão “vinculante” encontrada no CPC diz respeito às “súmulas vinculantes” (art. 927, II, NCPC/15) que, conforme já visto, não se confundem com precedentes e são conformadas por estes. Neste contexto, a expressão “observação” do *caput* do artigo 927 se vincula material e hermenêuticamente aos artigos

---

<sup>416</sup> “Não encontrei menção a ‘precedentes vinculantes’ (vi, sim, menção às súmulas vinculantes). E nem menção à jurisprudência pacificada. Também não encontrei menção a que “teses” – a não ser as resultantes de IRDR, de julgamento de ‘recursos repetitivos’ e de assunção de competência – sejam vinculantes”. (STRECK, Lênio Luiz. **Precedentes judiciais e hermenêutica**. O sentido da vinculação no CPC/2015. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 81)

<sup>417</sup> “Dir-se-á que, ao aplicar precedentes, deve-se olhar para os fatos presentes no precedente, mas isso também não é uma exigência para aplicação de súmulas, mormente quando o próprio §2º do 926 diz que para editar enunciados deve-se ater às circunstâncias fáticas dos ‘precedentes’ que motivaram a sua criação? Ademais, se as súmulas são enunciados generalizantes extraídos dos ‘precedentes’, poderíamos dizer que elas são enunciados generalizantes extraídos de razões generalizantes extraídas de decisões? Mas, então, qual a utilidade das súmulas?”. (STRECK, Lênio Luiz. **Precedentes judiciais e hermenêutica**. O sentido da vinculação no CPC/2015. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 84)

926, *caput*, NCPC/15 (integridade e coerência) e 489, §1º, do NCPC/15 (quase teoria da decisão ou tese do *distinguishing*)<sup>418</sup>.

De imediato, assisti razão a Lênio Streck, porquanto a observância de precedentes judiciais jamais poderia ocorrer de forma automática ou por via da lógica da subsunção (legislador). Frise-se: precedente judicial não é norma jurídica (lei parlamentar)<sup>419</sup>. Ademais, haverá sempre um DNA do Direito a ser perquirido e observado por meio da *applicatio*, inclusive para aplicação das súmulas vinculantes ao caso concreto.

Por outro giro, Gadamer afirma que, o problema central da hermenêutica se encontra no problema da *aplicação*, pois somente esta estaria contida em toda compreensão. Neste ponto, de acordo com o conceito de precedente defendido nesta pesquisa, qual seja, a necessidade de se exprimir um ganho hermenêutico para reprodução ao próximo caso, tem-se como ponto central a observância deste paradigma filosófico<sup>420</sup>.

Por outro giro, sobre a temática da *applicatio* e da eventual tentativa de subsunção para construção das decisões judiciais, depreende-se da leitura de Gadamer o relevo destinado à hermenêutica. Neste particular, afirma Gadamer que, “entre hermenêutica jurídica e dogmática jurídica existe, pois, uma relação essencial, na qual a hermenêutica detém uma

---

<sup>418</sup> “Aliás, por qual razão o CPC acolheu a tese do *distinguishing* no artigo 489? Simples: porque precedentes e súmulas somente se aplicam a partir de uma reconstrução de sua história institucional. Fora disso seria entender os precedentes e seus ‘genéricos’ (teses, enunciados) como proposições que contenham de antemão as questões fáticas. E voltaríamos ao século XIX, cindindo juízes de validade e facticidade”. (STRECK, Lênio Luiz. **Precedentes judiciais e hermenêutica**. O sentido da vinculação no CPC/2015. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 83)

<sup>419</sup> “É preciso ter claro que precedentes com pretensões generalizantes já não são precedentes, isto é, no mínimo já não são precedentes naquilo que sempre entendeu como ‘precedente’. Algo que precede, mas que só se aplica contingencialmente. Quem tem pretensão e poder de validade universalizante é apenas a lei”. (STRECK, Lênio Luiz. **Precedentes judiciais e hermenêutica**. O sentido da vinculação no CPC/2015. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 83)

<sup>420</sup> “A tarefa da interpretação consiste em concretizar a lei em cada caso, isto é, em sua *aplicação*. A complementação produtiva do direito, que ocorre com isso, está obviamente reservada ao juiz, mas este encontra-se por sua vez sujeito à lei, exatamente como qualquer outro membro da comunidade jurídica. Na ideia de uma ordem judicial supõe-se o fato de que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa do conjunto. A pessoa que se tenha aprofundado em toda a concreção da situação estará em condições de realizar essa ponderação justa. Justamente por isso existe segurança jurídica em um Estado de Direito, ou seja, podemos ter uma ideia daquilo a que nos atemos. Qualquer advogado ou conselheiro está em princípio capacitado para aconselhar corretamente, ou seja, para prever corretamente a decisão do juiz com base nas leis vigentes. Claro que esta tarefa da concreção não consiste unicamente num conhecimento dos parágrafos correspondentes. Temos de conhecer também a judicatura e todos os momentos que a determinam, se quisermos julgar juridicamente um caso determinado. Não obstante, a única pertença à lei que se exige aqui é a ordem judicial seja reconhecida como válida para todos e que, por conseguinte, não existam exceções quanto a ele. Por isso sempre é possível, por princípio, conceber a ordem judicial vigente como tal, o que significa reelaborar dogmaticamente qualquer complementação jurídica realizada”. (GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis/RJ: Vozes, 1997, p. 335-336)



posição predominante. Pois não é sustentável a ideia de uma dogmática jurídica total, sob a qual se pudesse baixar qualquer sentença por um simples ato de subsunção<sup>421</sup>.

Juraci Mourão<sup>422</sup>, por sua vez, assevera se tratar de uma expressão feliz a terminologia “o dever de observar” (art. 927, NCPC/2015), na medida em que, não se evidencia de plano uma constrição inarredável ou formalmente constrangedora. Ademais, se mostra a expressão em perfeita sintonia com a *gravitational force* ou força hermenêutica do precedente que, longe de ser uma regra do tudo ou nada, dependerá de uma série de elementos formais e materiais de integridade, coerência e justificação, os quais serão aferidos pelo aplicador.

Neste contexto, cumpre-se destacar novamente: qualquer decisão judicial pode gerar um precedente, isto é, estes podem advir de decisões interlocutórias, de sentenças ou acórdãos (artigos 203 e 204, NCPC/2015)<sup>423</sup>. De imediato, portanto, tem-se a ilação de que o *caput* do artigo 927 não se trata de um rol exaustivo de precedentes judiciais, existindo inclusive várias outras possíveis manifestações do Poder Judiciário capazes de veicular um precedente ou jurisprudência<sup>424</sup>.

Outrossim, os enunciados das súmulas, vinculantes ou não, também não se confundem com o conceito de precedente judicial defendido nesta pesquisa, qual seja, como sendo uma resposta institucional dialógica entre o direito e a realidade importando em ganho hermenêutico. Desta forma, tem-se que os incisos II e IV do artigo 927 não se enquadram no conceito de precedente judicial ora proposto.

---

<sup>421</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis/RJ: Vozes, 1997, p. 336.

<sup>422</sup> “O termo é mais brando, pois evoca um dever de considerar, de atentar, sem qualquer subjugação. É a expressão mais correta a descrever a maneira de se utilizarem precedentes, que devem ser considerados, jamais ignorados. Observar não significa que devam ser aplicados em toda ocasião sem haver razões hermenêuticas para tanto, ao deixar de seguir um precedente apontado a falta dessas mesmas razões também consiste em observá-los”. (LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 308)

<sup>423</sup> “Art. 203. Os pronunciamentos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos. § 1º Ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução. § 2º Decisão interlocutória é todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre no § 1º. § 3º São despachos todos os demais pronunciamentos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte. § 4º Os atos meramente ordinatórios, como a juntada e a vista obrigatória, independem de despacho, devendo ser praticados de ofício pelo servidor e revistos pelo juiz quando necessário. Art. 204. Acórdão é o julgamento colegiado proferido pelos tribunais”. (BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015)

<sup>424</sup> “É possível lembrar as decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça em processos originários, em recursos ordinários, dos órgãos fracionários dos tribunais, Cortes congêneres (como tribunal estadual diverso ou federal de outra região), entre outros. Há, portanto, uma insuficiência quantitativa”. (LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 300)

De outra banda, nem todas as manifestações judiciais que se enquadram nos incisos do artigo 927 se enquadram necessariamente no conceito de precedente judicial ora defendido, quais sejam: I (as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade); III (os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos); e V (a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados). A título de exemplo, uma decisão do STF em sede de recurso extraordinário repetitivo não necessariamente vai implicar num ganho hermenêutico como decisão-paradigma para o próximo caso concreto.

Por conseguinte, também não parece coerente a interpretação de que somente as decisões judiciais espelhadas nos incisos do artigo 927 devem ser observadas pelos juízes e tribunais. Definitivamente não, porquanto o novo Código de Processo Civil de 2015 não estabeleceu uma dicotomia entre precedentes vinculantes – que supostamente seriam apenas os elencados no artigo 927, tese já refutada nesta pesquisa pois sequer existe vinculação formal ao empregar o verbo “observar” – e precedentes persuasivos ou não vinculantes (que seriam os residuais, ou seja, não expressos no artigo 927. NCPC/2015).

Desde já, adianta-se que, toda decisão judicial - enquanto precedente judicial - vincula, diferenciando apenas a gradação desta vinculação (p.ex.: forte, média, fraca). Esta, por sua vez, é definida por elementos de ordem formal (Corte emissora do precedente; órgão interno emissor; tipo de processo judicial; mudança de membros do colegiado etc) e de ordem material (estabilidade, integridade, coerência, justificação etc). Neste particular, a ideia de precedente judicial ora defendida implica em instrumento poderoso para a ciência do Direito, ou seja, em um relevante mecanismo autorreflexivo e contributivo ao sistema jurídico. Trata-se, portanto, de uma resposta institucional importante, de natureza jurídico-filosófica, ideológica e teórica<sup>425</sup>.

Com efeito, têm-se duas conclusões parciais importantes: (1) o artigo 927 e seus incisos do NCPC/2015 não se tratam da tipificação do precedentalismo no Brasil ou, em outras palavras, de um rol exaustivo de precedentes judiciais (aliás, nem todos os incisos destacam precedentes judiciais, p. ex., os enunciados de súmulas); (2) Também não se tratam necessariamente de precedentes judiciais dotados de força vinculativa formal, porquanto o

---

<sup>425</sup> “Todo precedente deve, necessariamente, ser observado e considerado dentro de seus limites hermenêuticos e relevância para o caso posterior. E todos eles, estejam arrolados ou não no art. 927, passaram a desfrutar, com a edição do atual código, de uma medida protetiva geral de extrema importância: o dever de fundamentação adequada no uso de precedentes, jurisprudência e súmulas, sobretudo quando invocados pelas partes, sob pena de nulidade da decisão”. (LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 303)

verbo utilizado pelo legislador (“observar”) não autoriza esta ilação e, por via de consequência, todos os precedentes judiciais são vinculantes, ainda que apenas no aspecto material (ganho hermenêutico).

Então, enfim, pode-se indagar: qual a importância ou o destaque do legislador em albergar alguns tipos de pronunciamentos judiciais nos incisos do artigo 927, do NCPC/2015 e outros não? Neste ponto, Juraci Mourão<sup>426</sup> sugere a distinção pelo fato de que, todos estes pronunciamentos elencados no dispositivo do artigo 927 se utilizam de uma ou das duas seguintes medidas no intuito de reprodução em outros julgados daquilo assentado: (1) medidas protetivas: são pronunciamentos judiciais agraciados com a possibilidade de uso de reclamação ou (2) medidas promocionais: porque propiciam a prolação de decisões céleres (p.ex., julgamentos monocráticos por relatores, a concessão de tutelas provisórias de evidência ou improcedência liminar do pedido no juízo de primeiro grau).

Como medida protetiva – o instituto jurídico da reclamação – o novo código de processo civil disciplina no artigo 988, com as modificações introduzidas pela Lei 13.256/2016:

Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:  
 I - preservar a competência do tribunal;  
 II - garantir a autoridade das decisões do tribunal;  
 III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;  
 (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência)  
 IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência;  
 (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência)

Desse modo, o artigo 988, incisos III e IV estipula proteção jurídico-processual qualificada – ensejando a propositura de reclamação diretamente ao tribunal competente - dos pronunciamentos judiciais previstos no artigo 927, incisos: (I) - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; (II) - os enunciados de súmula vinculante; (III) - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial

---

<sup>426</sup> “Identifica-se, pois, em todas as hipóteses arroladas a existência, em outras passagens do código, de específicos instrumentos processuais correlatos, que consistem em medida protetiva ou promocional daquilo que restou assentado neles. Em outras palavras, todos os itens autorizam uma ou as duas das seguintes medidas: a) um remédio processual específico e mais céleres (a reclamação) que permite cassar uma decisão divergente, correspondendo, assim, a uma proteção ao que foi assentado no precedente, jurisprudência ou súmula emergente de um dos itens do artigo; b) decisões imediatas (decisões monocráticas do relator de recurso, tutela provisória de evidência ou a improcedência liminar no primeiro grau), tendo, dessa forma, a qualidade de medida promocional (incentivadora) da observância do parâmetro oriundo de algum dos itens do art. 927”. (LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 301)

repetitivos; (IV) - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional.

Como medidas promocionais, estimulando condutas processualmente desejáveis de todos que atuam no processo judicial, destaca-se inicialmente um caso de concessão de tutela provisória de evidência de forma diferenciada. Neste ponto, tem-se a autorização da concessão desta tutela, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, podendo o juiz decidir liminarmente: quando as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante (artigo 311, inciso II, NCPC/2015). Nesta esteira, promovem-se os pronunciamentos judiciais elencados nos incisos II, III e IV, do artigo 927, do NCPC/2015.

Adiante, a segunda medida promocional destacada diz respeito ao artigo 332, do NCPC/2015, dispondo:

Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

Com efeito, permite ao juiz de primeiro julgar liminarmente improcedente alguns pronunciamentos judiciais destacados nos incisos II, III e IV, do artigo 927, do NCPC/2015. Tem-se, portanto, uma importante medida promocional, dispensando inclusive a citação do réu nos casos mencionados. Neste ponto, não há de se falar em relativização da garantia constitucional da ampla defesa e do contraditório, pois somente o seria se fosse o caso de “procedência liminar”, não podendo o réu alegar qualquer prejuízo em face de decisão que lhe foi favorável.

Por conseguinte, a terceira medida promocional destacada diz respeito às decisões monocráticas do relator. Neste ponto, possibilita a este negar provimento liminarmente ou, após contrarrazões, julgar procedente, ambos de forma monocrática, promovendo alguns pronunciamentos judiciais elencados nos incisos II, III e IV, do artigo 927, do NCPC/2015. Tem-se:

Art. 932. Incumbe ao relator:

IV - negar provimento a recurso que for contrário a: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido

pele Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

Nada obstante, o único inciso do artigo 927, do NCP/2015, não mencionado expressamente em nenhuma medida protetiva ou promocional específica foi o inciso V, qual seja, a observância dos juízes e tribunais à orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. Apesar disto, o dispositivo do artigo 332, IV, do NCPC/2015 faz menção expressa ao enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local como causa para julgamento de improcedência liminar em caso de descumprimento, bem como os incisos IV e V do artigo 932, do NCPC se referem à observância às súmulas do próprio tribunal como causa de julgamento liminar monocrático pelo relator.

Em razão disto, Juraci Mourão<sup>427</sup> defende que, a expressão “orientação do plenário ou do órgão especial” do artigo 927, V, do NCPC/2015 albergaria as expressões: (1) “enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local”, esculpida na medida promocional do artigo 332, IV, do NCPC/2015; (2) “súmulas do próprio tribunal”, enquanto medida promocional do artigo 932, incisos IV e V, do NCPC, que autoriza, de forma monocrática, a improcedência ou a procedência liminar do recurso contrário a estas; e (3) “orientações não sumuladas do plenário ou do órgão especial”, aos quais os juízes e tribunais estiverem vinculados.

De imediato, tem-se a ilação de que, os dispositivos elencados no artigo 927, do NCPC/2015, não possuem diferenças substanciais de outros possíveis precedentes veiculados em outras espécies de pronunciamentos judiciais. Conforme visto, a diferença é meramente acessória, ou seja, o fato de ali estarem se justifica pelo fato de o legislador lhes assegurar mecanismos promocionais ou protetivos a fim de garantir o que se restou resolvido. Em outras palavras, não significa dizer que os possíveis precedentes elencados nos incisos do

---

<sup>427</sup> “O inciso V é o único que autoriza a compreensão de pronunciamentos tanto que possuem uma medida promocional (as orientações sumuladas) quanto que não possuem referido reforço (orientações não sumuladas). Isso, contudo, não infirma a constatação de que o rol desse artigo contém apenas hipóteses objeto de reforço formal. Entender que o inciso V também abarca decisões não sumuladas é um excesso que não tem maiores repercussões sobre as normas que regem o sistema normativo sobre precedentes estabelecido no código e especificamente nesse dispositivo”. (LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 301)

artigo 927 implicarão em ganho hermenêutico maior do que outros possíveis precedentes não formalmente ali previstos.

Igualmente, também não se verifica hierarquia entre os possíveis precedentes judiciais elencados nos incisos do artigo 927, do NCPC/2018. Neste ponto, Juraci Mourão defende uma estrutura em rede para o sistema de precedentes, porquanto a clássica estrutura piramidal, cuja aplicação se apresenta comum à estrutura normativa-parlamentar (normas constitucionais, legais, regulamentares etc) não se mostra apropriada no âmbito do precedentalismo<sup>428</sup>. Em outras palavras, não há que se falar na ideia de Cortes de Vértice, como se apenas o STF e o STJ, p. ex., pudessem produzir precedentes judiciais (vinculantes).

Neste contexto, Juraci Mourão<sup>429</sup> destaca 05 (cinco) razões para tal desiderato, quais sejam: (1) os precedentes de uma corte intermediária não podem ser compreendidos apenas como delegações de poder das cortes imediatamente superiores, haja vista que o poder de emitir precedentes advém da própria Constituição Federal e não de qualquer Corte Superior; (2) os precedentes possuem força hermenêutica variável não apenas por questões formais (de natureza hierárquica), mas, sobretudo, por questões materiais (conteudistas) relacionadas à coerência e à justificação; (3) as relações entre os precedentes não são unidirecionais (de cima para baixo), na medida em que os precedentes emitidos por Cortes inferiores podem influenciar qualitativamente as decisões das Cortes superiores; (4) Os critérios de solução das antinomias, isto é, dos conflitos aparentes de normas próprios da estrutura normativa-piramidal, não se mostram aptos a solucionar eventuais conflitos entre precedentes; (5) os sistemas piramidais e hierarquizados não são hábeis e eficientes para lidar com problemas complexos, que implicarão em ganho hermenêutico a fim de ser reproduzido posteriormente em situações similares por meios dos precedentes judiciais.

Por esta razão, Juraci Mourão defende a análise de dois gêneros de relação no sistema de precedentes judiciais: (1) relação entre o ordenamento jurídico-normativo e o sistema de precedentes em rede; e (2) relação ente os subsistemas de precedentes de cada

---

<sup>428</sup> “Por outro lado, quando as partes do sistema interferem entre si mutuamente, sem qualquer sentido proibido, há o que o autor chama de relações circulares (denominadas nesta obra de relação simétricas). Em um sistema de precedentes, admite-se que julgados prévios interfiram nos posteriores independentemente do grau hierárquico do emissor e do aplicador. Essa circularidade (simetria) das relações impede a formação de hierarquias rígidas e estagnadas, pelo que o sistema toma uma forma de rede”. (LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 311-312)

<sup>429</sup> “Como o modelo piramidal e hierarquizado falha de uma maneira geral para os precedentes, não se pode falar de uma hierarquia específica entre os itens do art. 927. Assim, o julgamento do Supremo Tribunal Federal em controle abstrato de constitucionalidade não necessariamente vai se sobrepor a uma súmula vinculante, dependerá do jogo hermenêutico a ser verificado em cada caso”. (LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 313-314)

Corte com subsistemas de outras Cortes. Depreende-se, na primeira hipótese, uma relação interdisciplinar<sup>430</sup> entre os precedentes judiciais e as normas jurídicas em sentido amplo, enquanto que na segunda hipótese tem-se algo de natureza intradisciplinar<sup>431</sup>, isto é, entre os subsistemas de Cortes emissoras de precedentes.

Por conseguinte, outra medida protetiva geral de importância no novo CPC de 2015 relativamente aos precedentes judiciais, às súmulas e à jurisprudência, diz respeito ao já mencionado artigo 489, §1º, incisos V e VI. Nestes dispositivos, não se considera fundamentada qualquer decisão judicial que: (1) limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; (2) deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Com efeito, depreende-se que, o novo CPC não permite uma determinada conduta ao juiz ou tribunal ao fundamentar suas decisões: a ignorância aos precedentes judiciais, às súmulas e à jurisprudência. De fato, poder-se-ão segui-los, distingui-los, superá-los, desafiá-los, entretanto, deverão observá-los (o que não significa, por óbvio, cancelá-los). Tem-se, portanto, a exigência de fundamentação adequada no novo CPC de 2015 sem paradigma com o código revogado de 1973, corroborando a reforma constitucional promovido pela EC nº 45/2004 (artigos 93, incisos IX e X, da CF/88)<sup>432</sup>.

---

<sup>430</sup> “Com essa inter-relação, ambos os sistemas são fortalecidos, tanto porque se solucionam dúvidas hermenêuticas e se obtêm novos sentidos para os enunciados normativos, quanto porque no trato entre os precedentes ganham uma ordenação, evitando a decantada jurisprudência lotérica”. (LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 315)

<sup>431</sup> “No tocante à relação entre subsistemas de precedentes, é necessário compreender que há mútua interação entre as várias cortes, independentemente de sua hierarquia. Aquela que se mantiver isolado, sem observar qualquer outro julgado, nem mesmo da própria corte, tende à desordem e à arbitrariedade”. (LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 315)

<sup>432</sup> “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) X - as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)” (BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Assembleia Nacional Constituinte, 1988)

#### 4.5.2.2 Graus de vinculação dos precedentes judiciais no novo CPC/2015

Na seção anterior, destacaram-se os possíveis precedentes judiciais elencados nos incisos do artigo 927, do NCPC/2015, sendo este dispositivo um rol não exaustivo, sem hierarquia predefinida entre eles. Ademais, justifica-se a presença de forma apartada dos demais precedentes judiciais pelo fato de arremetarem medidas protetivas ou promocionais do conteúdo de suas decisões veiculadas por aqueles pronunciamentos judiciais elencados pelo legislador do novo CPC.

De imediato, ora se deve perquirir: há de se falar em gradação diferenciada de precedentes judiciais, ou seja, existem precedentes judiciais que vinculam de forma mais forte, média ou fraca em relação a outros? Daniel Mitidiero afirma expressamente que, “qualquer tentativa de ceifar a força vinculante do precedente importa em negativa à Constituição e à legislação federal e ao mesmo tempo negativa de autoridade a essas Cortes Supremas”<sup>433</sup>.

De imediato, concorda-se neste ponto com Daniel Mitidiero, ou seja, todo precedente judicial é vinculante (consoante já se afirmou nesta pesquisa), entretanto, entre os precedentes judiciais (todos vinculantes) existem gradações diferentes? De outra forma, qual o sentido desta vinculação, ou seja, apenas de natureza formal ou se pretende agregar ao precedente outro tipo de vinculação de natureza material?

Por outro lado, Daniel Mitidiero afirma peremptoriamente que, apenas o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) formam precedentes. Neste particular, como os precedentes emanariam exclusivamente das Cortes Supremas, seriam sempre obrigatórios (vinculantes). Assim, existe no direito brasileiro um forte efeito vinculante dos precedentes (*Strong-binding-force*)<sup>434</sup>.

Com efeito, discorda-se de Daniel Mitidiero ao atribuir apenas ao STF e ao STJ a função exclusiva de formação de precedentes (ideia de Cortes de Vértice). Nesta esteira, já se verificou nesta pesquisa que, qualquer pronunciamento judicial (decisão interlocutória, sentença ou acórdão) poderá se veicular precedente judicial, desde que implique em ganho

<sup>433</sup> “Quando o art. 927 do CPC, refere que os tribunais e juízes observarão está dizendo o óbvio – que paradoxalmente, porém, é necessário repetir: que tribunais e juízes encontram-se vinculados aos precedentes horizontal e verticalmente”. (MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 137)

<sup>434</sup> “Embora o Código tenha introduzido legislativamente o conceito de precedente entre nós, a autoridade do precedente obviamente dele não decorre. Na verdade, a autoridade do precedente decorre do fato desse encarnar o significado que é adstrito ao direito pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça. Vale dizer: a autoridade do precedente é a própria autoridade do direito interpretado e a autoridade de quem o interpreta”. (MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 93)



hermenêutico a ser reproduzido ao caso seguinte. E, portanto, será vinculante, ainda que apenas no aspecto material. Portanto, as diferenças com Daniel Mitidiero remontam à própria noção de precedente judicial, pois ora se defende que, tanto um juiz do interior do País, como a Suprema Corte (STF), ambos poderão produzir precedentes judiciais, ainda que a gradação vinculativa ocorra de maneira diferente nos casos narrados.

De outra forma, Lênio Streck<sup>435</sup> afirma magistralmente que, um precedente não nasce precedente, mas se torna um precedente. Em outras palavras, não vai ser o conteúdo veiculado na decisão judicial ou a autoridade de quem emanou a decisão judicial (p.ex., o STF ou o STJ) que irão necessariamente carimbá-la com o passaporte de precedente. Neste sentido, qualquer que seja a concepção adotada para definição do precedente, a aplicação da decisão judicial (como precedente) parte de uma atividade reconstrutiva. Neste particular, afirma o Autor criticamente que, quando os precedentistas descrevem o “sistema de precedentes do novo CPC/2015” como tal, de fato, há uma valoração subjacente nesta asserção: é bom (e seguro juridicamente) que tenhamos os precedentes vinculantes prescritos pelo novo CPC. De outra forma, poder-se-ia afirmar: “as Cortes de Vértice proferem precedentes, o CPC consagrou. Acostumem-se”<sup>436</sup>.

A rigor, sob o pretexto ou argumento da segurança jurídica, atribui-se ao novo CPC como subsistema normativo precedentalista e, mais precisamente, às Cortes STF e STJ, como as mais legítimas fábricas de precedentes judiciais vinculantes do Brasil. Dito de outra forma, ao se cancelar esta tese, teremos o Direito sob o norte do realismo jurídico, pois este será tão somente o que o Poder Judiciário (as Cortes de Precedentes) dizem que o é. Tem-se, portanto, uma tarefa predominantemente hermenêutica sendo realizada por meio de silogismo ou mera subsunção<sup>437</sup>.

Desta forma, propõe Lênio Streck quanto aos enunciados jurisprudenciais (vinculantes ou não) como respostas ou construções institucionais para solução do caso

---

<sup>435</sup> “É o tribunal subsequente que, interpretando, dispõe a delimitação da *ratio decidendi* do (que virá a ser o) precedente. Onde está a cisão entre interpretação e aplicação? Em que se baseia o precedente-que-nasce-precedente-por-sair-da-Corte-de-Vértice?”. (STRECK, Lênio Luiz. **Precedentes judiciais e hermenêutica**. O sentido da vinculação no CPC/2015. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 115-116)

<sup>436</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Precedentes judiciais e hermenêutica**. O sentido da vinculação no CPC/2015. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 118.

<sup>437</sup> “Por fim, ainda, um breve comentário sobre a justificativa que pauta toda a empreitada precedentalista: a segurança jurídica. Que não percamos de vista que, reduzida a termos com os quais todos concorda(ria)m, qualquer tese parece justificável. Explico: alguém não quer segurança jurídica? Assim fica fácil. E mais: a partir de termos tão abstratos, é possível defender qualquer coisa. Por segurança jurídica, posso dizer que não é bom que as Cortes Supremas tenham esse poder. Que segurança jurídica é melhor garantida quando o que é vinculante é... a lei. Ou seja, baseando-me no mesmo preceito, posso defender uma tese absolutamente contrária. E, se me permitem, é com ela que fico”. (STRECK, Lênio Luiz. **Precedentes judiciais e hermenêutica**. O sentido da vinculação no CPC/2015. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 119)

concreto, serem compreendidos a partir de 02 (dois) teoremas fundamentais da hermenêutica: (1) o círculo hermenêutico e (2) a diferença ontológica. Dito de outra forma, parte-se da premissa de que as ementas e os enunciados em geral não têm força de lei e, por óbvio, não gozam dos requisitos da regra-abstração e generalidade<sup>438</sup>.

Com efeito, conforme já afirmado, a tarefa de construção do precedente judicial, capaz de transplantar seu DNA - formal e materialmente - ao próximo caso, se completa por meio da *applicatio*. Nesta esteira, por meio da hermenêutica filosófica de antecipação de sentidos, evitar-se-iam as arbitrariedades quanto a estes, manipuláveis pelo próprio intérprete, assujeitando ou aprisionando o objeto<sup>439</sup>.

Por outro giro, Hermes Zaneti Jr. apresenta a proposta de divisão quanto ao grau de vinculação dos precedentes judiciais em: (nº 01) *precedentes normativos vinculantes*, qual seja, quando a vinculatividade é compreendida a partir da argumentação racional no processo de interpretação/aplicação do direito, independentemente de lei formal<sup>440</sup>; (nº 02) *precedentes normativos formalmente vinculantes (de iure)*, ou seja, neste caso o ônus argumentativo advém da lei (parlamentar), reforçando a vinculação horizontal e vertical. Diferentemente do item anterior (nº 01), existe a obrigatoriedade formal de se levar em consideração os casos-

<sup>438</sup> “O problema, pois, é que, ao serem assim utilizados, esses ‘pequenos significantes’ transformam-se em regras, escondendo e impedindo o aparecimento do princípio que subjaz em cada regra”. (STRECK, Lênio Luiz. **Precedentes judiciais e hermenêutica**. O sentido da vinculação no CPC/2015. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 138)

<sup>439</sup> “A hermenêutica – na especificidade, a Crítica Hermenêutica do Direito – está assentada no paradigma da intersubjetividade, superando os dois paradigmas – o objetivismo e o subjetivismo. Isso acarreta compromissos teóricos. Não há um sujeito que assujeita o objeto. Tampouco há um sujeito assujeitado às coisas. Logo, qualquer possibilidade de adesão a quaisquer dos diversos positivismos se torna uma tarefa impossível. Isto quer dizer que minha posição advém de um não-positivismo, que quer dizer que não admito discricionarismos e análises que substituam o direito pela moral. Logo, o juiz não decide por sua vontade; juiz não faz ato de vontade; juiz não tem livre convencimento. É a linguagem pública que deve constranger as ‘vontades individuais’. Mais ainda, por ser não-positivista, não posso compartilhar de qualquer tese que ponha o Direito, como é o caso das Cortes de Precedentes. Admitir que um juiz deva aplicar um precedente independentemente de seu conteúdo é fazer uma mistura de dois paradigmas: o da filosofia da consciência pela qual o Direito (o precedente) é posto e o objetivista, pelo qual o juiz se assujeita ao objeto-precedente. Por todos os ângulos que se examina a tese precedentalista, não é possível com ela concordar”. (STRECK, Lênio Luiz. **Precedentes judiciais e hermenêutica**. O sentido da vinculação no CPC/2015. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 139)

<sup>440</sup> “Em outras palavras, a consideração e aplicação dos casos-precedentes dar-se-á de duas formas: horizontalmente (próprio órgão), a partir da premissa de que os casos iguais devem ser tratados de forma igual e de que existe um ônus argumentativo para superar ou afastar os casos-precedentes na análise caso-atual; e verticalmente (órgãos de hierarquia inferior), a partir da premissa de que as decisões dos órgãos de vértice nos casos-precedentes devem ser levadas em consideração no momento de decidir os casos-atuais. Assim, nos ordenamentos jurídicos que reconhecem o papel de cortes supremas às cortes de vértice e que levam a sério seus tribunais e suas decisões, os precedentes normativos vinculantes representam uma ‘presunção a favor dos precedentes’, de cunho normativo, muito embora não com uma previsão formal (legal) de vinculatividade expressa e explícita nos textos legais”. (ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 350)

precedentes<sup>441</sup>; e (nº 03) *precedentes normativos formalmente vinculantes fortes (de iure)*, quando o ônus argumentativo também advém da lei formal, contudo, além da impugnação pelas vias ordinárias (recursais), admitir-se-á também pelas vias extraordinárias (via autônoma diretamente nos tribunais superiores *per saltum*). Diferentemente do item anterior (nº 02), em caso de eventual superação do caso-precedente estabelecido pelo próprio tribunal no cotejo com o caso-atual, exigir-se-á quórum qualificado<sup>442</sup>.

Outrossim, na forma já defendida nesta pesquisa, Hermes Zaneti Jr. conclui que, todo precedente judicial vincula e, ato contínuo, prescinde da vinculação formal, ou seja, de expressa menção na legislação de um determinado ordenamento jurídico. Estabelece o que denomina de “jurisprudência persuasiva”<sup>443</sup>, entretanto, decorrente da força empírica (*de facto*), afirmando não ser correto reconhecer normatividade. Neste ponto, o caso-precedente valerá apenas se em conformidade com a adequação e utilidade que poderá ser extraída de seu conteúdo para a análise e julgamento do caso concreto.

De imediato, discorda-se respeitosamente de Hermes Zaneti. O Autor retira parte dos precedentes aos quais não lhes quer atribuir força vinculante e, por conseguinte, chama-os de jurisprudência persuasiva. Ademais, conforme já se analisou nesta pesquisa, precedentes, súmulas e jurisprudência são conceitos distintos, entretanto, por razões formais de vinculação hierárquica entre juízes e tribunais, o Autor (re)batiza uma parcela de precedentes judiciais (ainda que imponham ganham hermenêutico) e passa a chamá-los de jurisprudência persuasiva dotadas apenas de força de *facto*<sup>444</sup>.

---

<sup>441</sup> “Os precedentes normativos formalmente vinculantes (*de iure*) possibilitam a impugnação por via recursal das decisões que não seguirem o precedente, com base na não-observância. Admitem, igualmente, a distinção/afastamento e superação do caso-precedente estabelecido pelo próprio tribunal em face do caso-atual nas razões de decidir, sem exigência de quórum qualificado para a decisão”. (ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes:** teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 351)

<sup>442</sup> O Autor reforça o fato quanto aos precedentes normativos formalmente vinculantes (*de iure*) e aos precedentes normativos formalmente vinculantes fortes (*de iure*) de que não se admitirá a superação (*overruling*) do caso-precedente pelo órgão de hierarquia inferior. Estes precedentes serão interpretados, entretanto, sendo a interpretação jurídica ineliminável. Caso as decisões judiciais venham a desrespeitar os precedentes, serão objeto de impugnação. (ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes:** teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 351-352)

<sup>443</sup> “Esse é o caso da ‘jurisprudência persuasiva’ tradicional no *civil law*, mas que, uma vez adotada uma adequada teoria dos precedentes, limita-se aos casos-precedentes analisados por outros tribunais desvinculados hierarquicamente”. (ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes:** teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 351-352)

<sup>444</sup> “[...] quando adotada uma teoria adequada dos precedentes, na qual decisões de Tribunais de Justiça Estaduais diversos (v.g. Tribunal de Justiça de São Paulo, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Tribunal de Justiça do Espírito Santo), nas relações entre si e em relação desses Tribunais de Justiça com os Tribunais Regionais Federais ou destes entre si serão meramente persuasivas (jurisprudência persuasiva). Isso porque âmbitos hierárquicos diferentes não vinculam, como decisões de Cortes Supremas de outros Estados também não vinculam. Assim, as decisões do *Bundesverfassungsgericht*, da *Corte de Cassazione*, da *Supreme Court of USA* e do Tribunal Constitucional espanhol valem para a justiça brasileira apenas como *exemplum*, com a

Patrícia Perrone e Luís Roberto Barroso asseveram sobre a mudança substancial promovida pelo NCPC/2015 quanto à eficácia das decisões judiciais. Neste sentido, têm-se: (1) os precedentes com eficácia persuasiva, vinculando apenas as partes do caso em que foram proferidos; (2) os precedentes com eficácia normativa forte, sendo aqueles cujo entendimento deve ser obrigatoriamente observado pelo Judiciário, sob pena de cassação da decisão por meio de reclamação; e (3) os precedentes com eficácia normativa fraca ou intermediária, como sendo uma categoria residual, sem possibilidade de utilização de reclamação, entretanto, podendo produzir efeitos para além do caso em que foi afirmado<sup>445</sup>.

De acordo com Perrone e Barroso, portanto, tem-se no novo CPC/2015 os seguintes precedentes com eficácia normativa forte: os julgados produzidos em controle concentrado da constitucionalidade; as súmulas vinculantes; os acórdãos proferidos em julgamento com repercussão geral ou em recurso extraordinário ou especial repetitivo, as orientações oriundas do julgamento de incidente de resolução de demanda repetitiva e de incidente de assunção de competência. Nesta esteira, o principal critério utilizado diz respeito ao uso da reclamação (art. 988, NCPC/2015), no caso de desrespeito a estes precedentes ensejando a cassação da decisão divergente<sup>446</sup>.

Por conseguinte, ainda segundo Perrone e Barroso, produzem eficácia intermediária ou eficácia normativa em sentido fraco novo CPC/2015: os enunciados da súmula simples da jurisprudência do STF e do STJ sobre matéria constitucional e infraconstitucional, respectivamente, e as orientações firmadas pelo plenário ou pelos órgãos especiais das cortes. Nesta medida, apesar de estes precedentes serem obrigatórios, a sua inobservância não possibilita o ajuizamento de reclamação. Na prática, portanto, funcionariam como “mera

---

força persuasiva decorrente da autoridade destes tribunais, sem qualquer caráter vinculante. É um sinal de maturidade jurídica do ordenamento levar em consideração os precedentes de outras cortes em casos análogos, mas não se trata de uma obrigatoriedade racional (decorrente do princípio da universalização) ou legal (formalizável) e são, portanto, as razões substanciais/materiais dos precedentes, mas não será sua vinculatividade que importará para o julgador”. (ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 349)

<sup>445</sup> “Em um país sem tradição de respeito aos precedentes vinculantes, como é o caso do Brasil, a possibilidade de ajuizar reclamação diretamente na corte vinculante para provocar a cassação da decisão que desrespeita o precedente pode ser essencial para efetivamente assegurar-lhe tal eficácia normativa”. (MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. *Trabalhando como uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro*. **Revista da AGU**, Brasília-DF, v. 15, n. 03, p. 09-52, jul./set. 2016, p. 48)

<sup>446</sup> “Durante a vigência do CPC/1973 predominaram, no Brasil, os precedentes com eficácia persuasiva e com eficácia intermediária. Apenas as súmulas vinculantes e os julgados proferidos em controle concentrado da constitucionalidade produziam efeitos normativos em sentido forte”. (MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. *Trabalhando como uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro*. **Revista da AGU**, Brasília-DF, v. 15, n. 03, p. 09-52, jul./set. 2016, p. 49)

recomendação, ao menos no estágio cultural em que nos encontramos no que respeita à operação com precedentes judiciais”<sup>447</sup>.

Por fim, teria eficácia meramente persuasiva as decisões proferidas pelos juízos de primeiro grau. Igualmente, os acórdãos dos tribunais em geral, desde que proferidos em casos não sujeitos a incidente de resolução de demanda repetitiva ou ao incidente de assunção de competência. Neste sentido, portanto, em discordância do que é defendido nesta pesquisa, admite-se a existência de precedente judicial meramente persuasivo, sem qualquer vinculatividade formal ou material.

Com efeito, também se pede licença para discordar da classificação de Perrone e Luís Roberto Raboso por outros motivos: o fato de estar presente ou não no artigo 927, do NCPC/2015, e, pelo fato de utilização ou não do instituto da reclamação, não lhes confere um *status* diferenciado em relação a outros precedentes que ali não estão. Conforme já analisado, os pronunciamentos judiciais elencados no artigo 927 foram tão somente agraciados por medidas protetivas (reclamação) ou promocionais-celeridade (p.ex., possibilidade de concessão de tutela de evidência, julgamento monocrático liminar etc) do conteúdo de suas decisões na dialética jurídico-processual.

De todo modo, não se desconhece dos avanços trazidos pelo novo CPC/2015 para formatação de uma adequada teoria dos precedentes no Brasil, inclusive à luz do constitucionalismo contemporâneo. Apesar disto, entretanto, o nível de colaboração prioritariamente formal (normativo-parlamentar) se mostra superficial, caso não se enxergue a função principal do precedente judicial, qual seja, o enriquecimento hermenêutico do sistema jurídico, impondo-lhe, no mínimo, uma autorreflexão jurídico-filosófica.

Com efeito, recorre-se novamente à importância do paradigma filosófico da hermenêutica para construção adequada da teoria dos precedentes. Neste ponto, inclusive, em matéria de vinculação, adequado se mostra o exemplo de Lênio Streck<sup>448</sup> sobre a primazia da

---

<sup>447</sup> “Nota-se, assim, que, a despeito da raiz romano-germânica do direito brasileiro, este parece ter efetivamente assumido, com o Novo Código de Processo Civil, o compromisso de implementar e de dar efetividade a um sistema amplo de precedentes normativos, que inclui a produção de julgados vinculantes inclusive pela segunda instância – um desafio e tanto para um ordenamento jurídico que dispõe de pouca tradição no assunto e de baixa adesão aos precedentes judiciais de um modo geral. Por que se optou por seguir esse caminho?”. (MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. *Trabalhando como uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro*. **Revista da AGU**, Brasília-DF, v. 15, n. 03, p. 09-52, jul./set. 2016, p. 23-24)

<sup>448</sup> “Ainda, numa palavra final: há um exemplo interessante que é repetido em palestras e salas de aula, que pode nos ajudar a compreender a diferença entre a vinculação interpretativa e a vinculação normativa. Se uma regra estabelece que determinada parte da praia é imprópria para o banho, em virtude da poluição, não se pode pensar – no momento de seu cumprimento – que todo o material poluente se auto-organiza de modo a permanecer junto na linha imaginária determinada pelas placas de aviso e sinalização. Ora, a sujeira se comunica com a água do mar de modo que a placa em caso apenas sinaliza uma situação que deve ser

vinculação interpretativa em face da vinculação normativa. Isto posto, faz-se *mister* tal raciocínio em prol da coerência e da integridade de um sistema de precedentes no Brasil.

A título de conclusão parcial, portanto, não há que se falar em precedente judicial apenas persuasivo. Em outras palavras, a decisão judicial que é tão somente persuasiva não se mostra adequada como precedente judicial. Reitera-se que, toda decisão judicial (enquanto precedente judicial) será vinculante, independentemente do juiz ou da Corte emissora. Há, de fato, uma gradação vinculativa que, a *priori*, pode-se se especular como de natureza forte, média ou fraca, sem, contudo, perder a natureza de ser vinculante. Esta linha de vinculação - de forte à fraca - pode variar por elementos de ordem formal (Corte emissora do precedente; órgão interno emissor; tipo de processo judicial; mudança de membros do colegiado etc) e por elementos de ordem material (estabilidade, integridade, coerência, justificação etc).

Tem-se, portanto, a ideia de precedente judicial enquanto resposta institucional dialógica, vocacionada a propor o diálogo entre o texto-de-norma e o fato (a realidade factual), diante das circunstância e das peculiaridade no momento da aplicação (*applicatio*), ocasionando ganho hermenêutico no caso-precedente, e, portanto, autorizado pela estabilidade, pela coerência e pela integridade impostas ao sistema jurídico a se transplantar o DNA de fato (elemento do DNA do direito) para o caso *sub examine* (caso-posterior). Neste sentido, ao se formar este círculo hermenêutico vicioso (e virtuoso) para a formação dos precedentes judiciais, também estes acabam por promover (e fomentar) uma verdadeira autorreflexão ao sistema jurídico como um todo, notadamente aos seus intérpretes-protagonistas (tribunais, juízes, advogados, doutrinadores, comunidade jurídica etc).

#### **4.5.2.3 Distinções entre as teorias dos precedentes no Brasil e nos países do *common law* à luz do novo CPC/2015**

Depreende-se nas seções anteriores desta pesquisa que, apesar de a teoria dos precedentes constituir-se em um tema predominantemente da teoria geral do Direito, não há dúvidas de que a publicação do novo código de processo civil brasileiro de 2015 dignificou-lhe maior relevância jurídica formal (força normativa) e material (ganho hermenêutico). Neste ponto, também é correto afirmar que, o novo CPC não se trata de importação automática e

---

interpretada pelo agente. A diferença entre um pai adepto da vinculação interpretativa aqui proposta, não deixaria seu filho entrar na água; um pai adepto da vinculação normativa – que, no fundo, é um analítico-positivista – permitiria que seu filho adentrasse ao mar, desde que não ultrapassasse o limite imaginário estabelecido pelo instrumento de sinalização. A consequência para ambas as crianças é a metáfora do caos jurídico de *terrae brasilis!*” (STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 181-182)

abrupta da teoria do *stare decisis* tradicionalmente construída nos países do sistema jurídico do *common law*.

Com efeito, destacam-se algumas peculiaridades da teoria dos precedentes adotada pelo ordenamento processual brasileiro, qual seja, pelo novo CPC de 2015 e legislação correlata, consoante tese precedentalista. Neste sentido, o primeiro destaque se refere ao fato de que no *common law*, a teoria dos precedentes vinculantes é criação exclusiva (ou predominante) dos próprios tribunais, a partir da política institucional do *stare decisis*. No Brasil, por sua vez, tem-se tal tarefa destinada ao legislador (típico do *civil law*) e à jurisprudência dos tribunais superiores (STF e STJ, principalmente).

O segundo ponto de relevo se dirige aos tipos de pronunciamentos judiciais. Na tradição dos direitos do *common law*, qualquer decisão proferida pelos tribunais superiores pode ser considerada precedente judicial vinculante. Por outro giro, no Brasil, a legislação limita (ou pretende limitar) essa possibilidade ao elencar decisões judiciais que serão consideradas vinculantes para os julgamentos futuros, conforme tese precedentalista.

De outra forma, o terceiro destaque diz respeito à tarefa de caracterização da decisão judicial enquanto precedente. No *common law*, constitui-se tarefa dos juízes responsáveis pelo julgamento do caso posterior a caracterização de decisão judicial como precedente judicial vinculativo. Em outras palavras, a decisão judicial não nasce como precedente, sendo qualificada como tal (pelo juiz do caso posterior) a partir da interpretação levada a efeito no caso concreto.

No Brasil, entretanto, as teses precedentalistas afirmam que, os precedentes judiciais vinculantes já são as decisões proferidas com esse caráter, ou seja, como se estivessem previamente vocacionadas como tal, precipuamente por vontade da norma (lei parlamentar). Ao decidir, o tribunal já prevê de antemão que será dotada de caráter vinculativo para todas as decisões futuras. Neste sentido, a decisão judicial destinada a ser “precedente à brasileira” já nasce como tal, predominantemente.

De fato, vislumbra-se uma espécie de teoria dos precedentes tupiniquim (*sui generis*), de natureza híbrida, impondo inúmeros desafios aos magistrados, advogados e todos os demais operadores do direito. Dentre outras justificativas para a sua pretensa incorporação, sobretudo com a chegada do NCPC/2015, mencionam-se fatores relacionados à racionalidade, à previsibilidade e ao valor segurança jurídica, atuando em favor das atividades estatais, sobretudo a jurisdicional.

Por outro giro, entretanto, já se debruçou nesta pesquisa que, a aproximação do *civil law* ao *common law* não significa (nem ocorre no Brasil) pela simples importação ou

incorporação de teorias distintas de ambos os sistemas jurídicos. De imediato, verifica-se no Brasil a tentativa de incorporar a teoria dos precedentes judiciais (essencialmente de origem no *common law*), a fim de atender a peculiaridades do seu sistema jurídico (essencialmente de origem no *civil law*) e das questões pragmáticas desafiadas na prestação jurisdicional<sup>449</sup> ou administrativa<sup>450</sup>.

William Pugliese<sup>451</sup>, por sua vez, afirma que, a interpretação admitida pelos códigos atuais, assim como a existência de microssistemas jurídicos e de cláusulas gerais abertas conferem ao juiz um poder até então desconhecido, da tradição romano-germânica. Nesta medida, afirma que, a função do magistrado de simples aplicação da lei posta foi revisitada e foge da sua gênese do *civil law*. Defende o Autor<sup>452</sup>, ainda, a viabilidade de compatibilização entre a *civil law* e o *stare decisis*, baseado em estudo publicado da década de 1980 de diversos sistemas jurídicos, sendo predominantemente de países de tradição civilista reconhecida, em maior ou menor escala. Neste particular, afirma ter demonstrado ser possível a existência de sistema codificado em harmonia com o respeito aos precedentes judiciais.

---

<sup>449</sup> “O excessivo número de ações e recursos, inclusive no Supremo Tribunal Federal, revela um obstáculo importante para o sucesso dos precedentes, uma vez que, em casos extremos, os Tribunais não conhecem os próprios precedentes ou deixam de aplica-los, por vezes, sem a correspondente justificativa. Em grande medida, a previsibilidade na prestação da justiça depende de outras reformas que diminuam a litigiosidade, permitindo que os tribunais possam prestar a jurisdição com maior qualidade. Mencione-se, por exemplo, a intensificação dos métodos alternativos de solução dos litígios e a necessidade de redefinição das competências do STF, com a diminuição de suas competências originárias, para que a Suprema Corte se concentre no papel de guardião da Constituição, especialmente para o julgamento das grandes questões constitucionais, deixando de atuar, ordinariamente, como tribunal de terceira instância”. (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Precedentes no Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 93)

<sup>450</sup> “[...] A própria evolução da teoria dos precedentes administrativos, [...], contribui para a diminuição da litigiosidade, desafogando os tribunais, uma vez que garante coerência na ação administrativa, o que desestimula o excessivo número de ações por eventuais contradições administrativas”. (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Precedentes no Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 94)

<sup>451</sup> “O ápice das alterações é a possibilidade de os juízes exercerem o controle de constitucionalidade, que lhes permite negar vigência à lei incompatível com a Constituição”. (PUGLIESE, William. **Precedentes e a civil law brasileira: interpretação e aplicação do novo código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 99)

<sup>452</sup> “Durante a década de 1980 formou-se um grupo de juristas e filósofos com o objetivo de estudar os métodos de interpretação das leis nos mais diversos países. Inicialmente chamado de “*The comparative statutory interpretation group*”, o nome foi alterado para “*Bielefelder Kreis*”. O objetivo desses juristas era comparar ideias acerca da interpretação do Direito. Os artífices da primeira reunião foram Robert Summers, Aleksander Peczenik e Enrico Pattaro. Após uma série de reuniões, os juristas elaboraram uma espécie de questionário que deveria ser respondido acerca da interpretação legislativa em cada um dos países representados no círculo. Daí foram publicados nove estudos: Argentina, Alemanha, Finlândia, França, Itália, Polônia, Suécia, Reino Unido e Estados Unidos. Observe-se que sete dos nove países seguem a tradição da *civil law*. Cada artigo publicado na obra organizada pelo *Bielefelder Kreis* tem uma grande quantidade de informações. O objetivo deste item, porém, restringe-se a uma seção específica, que examina quais elementos são obrigatórios na interpretação das leis e das lacunas legislativas. Dentro dessa classificação, quatro ordens de importância foram atribuídas aos possíveis critérios interpretativos: os obrigatórios, os que deveriam ser observados, os que podem ser levados em conta e aqueles que não podem ser utilizados”. (PUGLIESE, William. **Precedentes e a civil law brasileira: interpretação e aplicação do novo código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 87)



Nesta perspectiva, William Pugliese afirma ser possível ao Brasil reconhecer a teoria dos precedentes, mantendo a tradição da *civil law*, isto é, aplicando a lei (escrita/codificada) ao caso concreto e cultivando a cultura precedentalista. Afirma em seu favor, por conseguinte, a tese de *Schauer* - no sentido de que o precedente, ao interpretar uma lei, confere-lhe materialidade – e do ponto de vista empírico, o caso do Estado da Louisiana, no Estados Unidos, cuja tradição jurídica é o *civil law*, embora seus tribunais estejam sujeitos aos precedentes da Suprema Corte americana<sup>453</sup>.

De outra maneira, conforme já estudado nesta pesquisa, Lênio Streck discorda peremptoriamente das *descrições* precedentalistas, inclusive de suas *prescrições* subjacentes. Em outras palavras, aquilo que a tese precedentalista no Brasil considera ser um precedente, para ele (e para o *common law*), não é um precedente, e, portanto, não serve enquanto teoria – seja ela (assumidamente) normativa ou (pretensamente) descritiva. Neste ponto, poder-se-ia depreender desta visão crítico-constitutiva que a tese precedentalista conta com a ideia de fato consumado quanto à produção e à teoria dos precedentes judiciais, ou seja, trata-se de algo supostamente consagrado pelo novo CPC de 2015, a ser produzido pelas Cortes de Vértice<sup>454</sup>.

Nada obstante, Lênio Streck propõe uma adequada leitura do novo ordenamento jurídico-processual, levando o novo CPC a sério. Nesta esteira, conforme já perquirido nesta pesquisa, destacam-se a interpretação e a aplicação dos dispositivos elencados no artigo 489 e §§<sup>455</sup>; artigo 926, *caput* e §§<sup>456</sup>; artigo 927, incisos I a V e §§<sup>457</sup>; e artigo 928, e parágrafo

---

<sup>453</sup> “O direito da Louisiana, portanto, foi capaz de conciliar justamente o que se propõe para o Brasil. Não se trata de substituir as leis pelos precedentes judiciais, o que é inviável em um país de tradição civilista. O que não pode ocorrer é uma completa negação da teoria. Impedir o respeito aos precedentes é insistir na possibilidade de que cada juiz tome a decisão que bem entender, o que tem ocorrido no sistema brasileiro. Ao se manter a afirmação de que cada juiz possui independência e total liberdade para conhecer e aplicar o direito nos casos concreto, incentivam-se a incerteza e a insegurança. É preciso observar os exemplos que cercam o direito brasileiro e reconhecer, de uma vez por todas, que existem direitos mais relevantes que a autonomia dos magistrados. Os primeiros passos para isso já foram dados. A instituição das súmulas vinculantes é o exemplo mais claro. O novo Código de Processo Civil representa um novo passo neste sentido [...]”. (PUGLIESE, William. **Precedentes e a civil law brasileira**: interpretação e aplicação do novo código de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 93)

<sup>454</sup> Lênio Streck, citando Aurélio Viana e Dierle Nunes, aduz que a busca por definições na tradição do *common law* se torna até dispensável, na medida em que a compreensão do que vem a ser precedente decorre, natural e intuitivamente, da própria cultura e prática jurídicas. No Brasil, entretanto, afirma haver uma dramática dificuldade na definição do precedente. Ato contínuo, Lênio Streck adiciona um alerta: “se já no próprio *common law*, onde o precedente decorre da própria cultura e práticas jurídicas, conforme afirmado, muitos juristas respeitados opõem-se ao instituto do *stare decisis*, que dizer do *civil law*? Que dizer do Brasil? Ainda assim, os precedentalistas parecem tratar suas premissas prescritivas com óbvia naturalidade, como se fossem estas uma obviedade natural”. (STRECK, Lênio Luiz. **Precedentes judiciais e hermenêutica**. O sentido da vinculação no CPC/2015. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 117-118)

<sup>455</sup> “Art. 489. São elementos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem. § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I

único<sup>458</sup>, do NCPC/2015. Dito de outra forma, o NCPC finalmente abre as portas para que se adote uma teoria da decisão judicial efetivamente democrática<sup>459</sup>.

Neste contexto, trata-se de se buscar a resposta adequada à Constituição em si mesma, à luz da hermenêutica. Dito de outra forma, a decisão judicial democrática não pode depender invariavelmente da consciência do juiz, ou do livre convencimento (motivado), ou

---

- se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. § 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. § 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé (grifos nossos)". (BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015)

<sup>456</sup> “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação” (grifos nossos). (BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015)

<sup>457</sup> “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. § 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo. § 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. § 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores” (grifos nossos). (BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015)

<sup>458</sup> “Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em: I - incidente de resolução de demandas repetitivas; II - recursos especial e extraordinário repetitivos. Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual”. (BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015)

<sup>459</sup> “A tese que venho propondo em *Hermenêutica Jurídica em Crise e Verdade e Consenso*, obras que servem de substrato para as presentes reflexões, é uma simbiose entre as teorias de Gadamer e Dworkin, com acréscimos de que a resposta (decisão) não é nem a única e nem a melhor: simplesmente se trata da resposta adequada à Constituição, isto é, uma resposta que deve ser confirmada na própria Constituição, na ‘Constituição mesma’ (no sentido hermenêutico do que significa a ‘Constituição mesma’, problemática sobre a qual venho me debruçando de há muito)”. (STRECK, Lênio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 116)

da busca da verdade real, dentre outros artifícios que escondem a subjetividade “assujeitadora” do julgador ou do intérprete em geral<sup>460</sup>.

Por conseguinte, na teoria da decisão judicial desenvolvida por Lênio Streck, o respeito à coerência e a integridade, agora dogmatizadas no *caput* do artigo 926, do novo CPC de 2015, se encontram inseridas no *minimum aplicandi* na decisão judicial. Nesta medida, os 05 (cinco) padrões principiológicos que devem ser obedecidos em cada decisão judicial: (1) preservar a autonomia do direito; (2) estabelecer condições hermenêuticas para a realização de um controle da interpretação constitucional; (3) **garantir respeito à integridade e à coerência do direito**; (4) estabelecer que a fundamentação das decisões é um dever fundamental dos juízes e tribunais; (5) garantir que cada decisão tenha sua causa julgada a partir da Constituição e, ato contínuo, que haja condições para aferir se essa resposta está ou não constitucionalmente adequada<sup>461</sup>.

De imediato, tem-se que a nova leitura proposta pelo novo CPC/2015 por intermédio da capacidade autorreflexiva dos precedentes judiciais impõe à ciência jurídica contornos diferenciados ao entendimento da nova dialética jurídico-processual. Neste sentido, o lema-padrão de luta jurídica se refere à busca do direito enquanto um conjunto harmônico capaz de expressar um sistema coerente de justiça, entrelaçado por princípios que proporcionam essa integridade<sup>462</sup>.

---

<sup>460</sup> “De certo modo, repete-se a ‘troca’ (e, lamentavelmente, a não superação) de paradigmas. Se antes o jurista era um escravo da(s) estrutura(s) (lembramos do positivismo ‘primitivo’ – de cariz exegético), portanto, era ‘assujeitado à lei’ (que era ‘igual’ ao direito), agora o sujeito se transforma no ‘senhor dos sentidos’ da estrutura. Basta ver como isso estava presente no projeto do CPC/2015. Parece que os processualistas e os magistrados não queriam/querem abrir mão do ‘livre convencimento’ ou ‘livre apreciação da prova’. (STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 116)

<sup>461</sup> “Decisão *íntegra e coerente* quer dizer respeito ao direito fundamental do cidadão frente ao Poder Público de não ser surpreendido pelo entendimento pessoal do julgador, um direito fundamental a uma resposta adequada à Constituição, que é o que, ao fim e ao cabo, sustenta a integridade, como defendo no meu Verdade e consenso. Na feliz construção principiológica de Guilherme Valle Brum, sempre que determinada decisão for proferida em sentido favorável ou contrário a determinado indivíduo, ela deverá necessariamente ser proferida da mesma maneira para os outros indivíduos que se encontrarem na mesma situação. Decidir com coerência e integridade é um dever e não uma opção ou escolha: o direito não aconselha meramente os juízes e outras autoridades sobre as decisões que devem (*ought to*) tomar; determina que eles têm um dever (*have a duty to*) de reconhecer e fazer vigorar certos padrões”. (STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – a exigência de coerência e integridade no novo Código de Processo Civil?** In: STRECK, Lênio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão Leite (coords.). **Hermenêutica e jurisprudência no Código de Processo Civil: coerência e integridade**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 175)

<sup>462</sup> “A coerência e a integridade são, assim, os vetores principiológicos pelos quais todo o sistema jurídico deve ser lido. Em outras palavras, em qualquer decisão judicial a fundamentação – incluindo as medidas cautelares e as tutelas antecipadas – deve ser respeitada a coerência e a integridade do direito produzido democraticamente sob a égide da Constituição. Da decisão de primeiro grau à mais alta Corte do País. Se os tribunais devem manter a jurisprudência estável, íntegra e coerente, logicamente os juízes de primeiro grau devem julgar segundo esses mesmos critérios, a partir da ‘chave de leitura’ estabelecida no §4º do art. 927, que sequencia o art. 926, *holding* hermenêutico do capítulo e de todo o NCPC”. (STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – a exigência de coerência e integridade no novo Código de Processo Civil?** In: STRECK, Lênio

Com efeito, ao se enxergar as virtudes do novo CPC/2015<sup>463</sup>, comunga-se do pensamento de Lênio Streck, notadamente no que se refere ao *minimum aplicandi* na decisão judicial, bem como ao caráter democrático como tema central do universo jurídico processual. Neste ponto, equaciona-se esta temática de duas maneiras: (1) primeiro, por meio da garantia de um procedimento, via contraditório, mediante a existência de decisões judiciais participadas<sup>464</sup>; e (2) segundo, por meio dos fundamentos que compõem a decisão jurídica, ou seja, observância do dever judicial de manter a coerência e a integridade de princípios<sup>465</sup>.

Nesta direção, afirma Lênio Streck que, “trazer a integridade para o âmago do processo não é, portanto, fazer uma perfumaria jurídica, ou criar um cosmético destinado a cair em concursos públicos ou a impulsionar a venda de livros”<sup>466</sup>. Dito de outra forma, são oportunamente as dimensões de ajuste e valor (*fit e value*) – componentes integridade de uma

Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão Leite (coords.). **Hermenêutica e jurisprudência no Código de Processo Civil: coerência e integridade**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 174)

<sup>463</sup> “Numa palavra final: se não derem o ‘drible da vaca’ nesse novel instituto do NCPC, poderemos finalmente dizer que, a partir de agora, ingressar em juízo não é mais ‘correr sozinho e arriscar chegar em segundo lugar’, com o juiz decidindo ao seu bel prazer. Penso que poderemos viver tempos de *accountability*. De prestação de contas. Depende de nós”. (STRECK, Lênio Luiz. O que é isto – a exigência de coerência e integridade no novo Código de Processo Civil? In: STRECK, Lênio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão Leite (coords.). **Hermenêutica e jurisprudência no Código de Processo Civil: coerência e integridade**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 181)

<sup>464</sup> O artigo 6º do novo CPC nos permite realizar esta leitura, conformando o princípio fundamental da cooperação: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva” (BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015). Conferir também: “O Direito não é aquilo que o judiciário diz que é. E tampouco é/será aquilo que, em segundo momento, a doutrina, compilando a jurisprudência, diz que ele é a partir de um repertório de ementários ou enunciados com pretensões objetivadoras. Do mesmo modo, o direito não é um dicionário recheado de conceitos. [...] As tentativas de aprisionar o direito no interior de conceitos fracassaram de forma retumbante”. (STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 128)

<sup>465</sup> “Quais as vantagens de manter íntegra a jurisprudência? Simples: Integridade quer dizer entrelaçamento com a legalidade e a constitucionalidade. O Poder Público deve ter uma só voz. Quer dizer: a integridade está ligada à questão da legitimidade da coerção oficial. Compreenderam? É disso que trata, afinal, a “emenda streckiana-dworkiniana” do NCPC: de trazer o problema da democracia para o coração do Direito. Essa é, digamos assim – e se me permitem dizer – a “minha interpretação autêntica da emenda”. (STRECK, Lênio Luiz. O que é isto – a exigência de coerência e integridade no novo Código de Processo Civil? In: STRECK, Lênio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão Leite (coords.). **Hermenêutica e jurisprudência no Código de Processo Civil: coerência e integridade**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 180-181)

<sup>466</sup> “É, isso sim: (a) levar a sério o processo e os direitos de seus participantes; (b) uma mudança de postura, ou de atitude interpretativa com relação ao processo e as disposições que lhe dizem respeito; (c) enxergar nos contraditórios não meros opositores ou adversários, mas sim membros de uma comunidade política genuína, que são governadas por princípios comuns (e não apenas por regras criadas pelo jogo político) e que, justamente por isso, aceitam a integridade, já que aceitam a promessa de que o direito será escolhido, alterado, desenvolvido e interpretado de um modo global, fundado em princípios; (d) entender que coerência é um conceito intercambiável; um tribunal pode decidir coerentemente, só que de forma equivocada; portanto, coerência necessariamente não quer dizer acerto; por isso a integridade é a garantia para a interrupção de uma coerência equivocada”. (STRECK, Lênio Luiz. O que é isto – a exigência de coerência e integridade no novo Código de Processo Civil? In: STRECK, Lênio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão Leite (coords.). **Hermenêutica e jurisprudência no Código de Processo Civil: coerência e integridade**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 181)

virtude política para Dworkin - que fornecem o instrumental necessário para consideração correta dos argumentos trazidos pelos sujeitos processuais enquanto membros de uma comunidade política genuína<sup>467</sup>.

Com efeito, a temática da integridade do Direito será delineada na próxima seção, prioritariamente quando se tratar da ideia de integridade transnacional. Neste ponto, tema de relevo nesta pesquisa é o estudo da teoria dos precedentes judiciais internacionais e estrangeiros. De fato, a busca de estabilidade, integridade e coerência não ocorre apenas no plano nacional, difundindo-se a ideia de transnacionalidade pela sociedade de rede. Portanto, a concretização dos direitos civis-constitucionais – no caso em exame, do direito ao esquecimento no meio ambiente digital – também necessita do precedentalismo além das fronteiras formalmente delimitadas pelas jurisdições nacionais. Eis o tema da próxima seção.

#### **4.6 Dos precedentes judiciais estrangeiros e internacionais: circulação global, elementos substanciais e diálogos entre os sistemas jurídicos**

Nas seções anteriores, tratou-se dos sistemas jurídicos do *civil law* e do *common law*, principalmente no que concerne ao sistema jurídico brasileiro enquanto modelo híbrido, pois possuidor de características comuns de ambos os sistemas, além de algumas peculiaridades próprias. Ademais, também se verificou os influxos teórico-valorativos com a publicação do novo CPC de 2015, inclusive no que diz respeito à teoria dos precedentes judiciais no País.

Nesta seção, por sua vez, a pesquisa se dirige ao estudo dos precedentes judiciais estrangeiros e internacionais, bem como sua adequada aplicação pelos tribunais nacionais. Esta temática se mostra de relevo porquanto se aprofundará o estudo do direito ao esquecimento no Brasil e, por conseguinte, a fundamentação jurídica e a delimitação dos seus elementos formais e materiais advém de precedentes judiciais europeus, principalmente de sólida construção do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE).

Inicialmente, a abordagem será jurídico-constitucional, a fim de se constituir uma argamassa normativa e valorativa sedimentada no constitucionalismo contemporâneo. Dentre outras ideias, a circulação global de precedentes judiciais poderá contribuir de alguma forma com a pretensão última, qual seja, a promoção do diálogo entre os sistemas jurídicos. Neste

---

<sup>467</sup> STRECK, Lênio Luiz. O que é isto – a exigência de coerência e integridade no novo Código de Processo Civil? In: STRECK, Lênio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão Leite (coords.). **Hermenêutica e jurisprudência no Código de Processo Civil: coerência e integridade**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 181.

ponto, a forma como as jurisdições nacionais se utiliza dos precedentes estrangeiros e internacionais se mostra questão de relevo a ser desenvolvida nesta pesquisa acadêmica.

#### 4.6.1 Constitucionalismo e circulação global de precedentes judiciais

De imediato, verifica-se que, este recorrente intercâmbio jurisprudencial entre os diversos países pertencentes, por vezes, a distintas tradições jurídicas perpassa pela ideia ou metáfora da circulação global de precedentes<sup>468</sup>. Neste ponto, a noção de circulação é empregada para indicar a ausência de certidão de nascimento para as ideias jurídicas, isto é, pelo fato de estas não se estabelecerem em bases espaciais permanentes e imutáveis, alheias a contemporaneidade que lhe é subjacente.

Por outro giro, a existência desta circulação global de precedentes se insere num contexto maior de um constitucionalismo além das fronteiras nacionais. Nesta esteira, destaca-se o transconstitucionalismo proposto por Marcelo Neves<sup>469</sup>, qual seja, a pluralidade de ordens jurídicas implicando a relação complementar entre identidade e alteridade. Dito de outra forma, no plano da própria autofundamentação<sup>470</sup>, as ordens jurídicas envolvidas na solução do problema constitucional reconstróem-se, mutuamente e continuamente, suas identidades mediante o entrelaçamento transconstitucional: a identidade constitucional sendo rearticulada a partir da alteridade constitucional.

---

<sup>468</sup> “É inviável pretender impedir a circulação das ideias num mundo globalizado, seja a importação seja a exportação dessas ideias. Estimuladas ou não, as ideias jurídicas circulam entre os mais diversificados sistemas e contextos. Nesse ambiente de circulação, as ideias podem tomar novos sentidos, incorporando-se a outras ideias, transformando-as ou sendo por elas transformadas. Tal noção está associada adequadamente a uma metáfora muito presente no comparatismo jurídico, a metáfora dos viajantes. Ideias são viajantes que migram de um lugar a outro, transformando os lugares por onde passam e ao mesmo tempo recebendo os possíveis influxos das ideias que predominam naqueles. A metáfora que liga o ato de comparar com o ato ou a experiência de viajar sugere que o comparatista e o viajante são guiados pelo mesmo desejo, o de romper o pacto de fidelidade com suas rotinas e práticas quotidianas a fim de se lançarem rumo ao inesperado, ao desconhecido, à aventura da novidade, do conhecimento e do autoconhecimento, com base no conhecimento de outras culturas, outros métodos e valores”. (PEREIRA, Ruitemberg Nunes. **Circulação global de precedentes: Teoria das transposições jurisprudenciais de direitos humanos**. 1. ed. Volume I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 40)

<sup>469</sup> “O transconstitucionalismo não toma uma única ordem jurídica ou um tipo determinado de ordem como ponto de partida ou *última ratio*. Rejeita tanto o estatualismo quanto o internacionalismo, o supranacionalismo, o transnacionalismo e o localismo como espaço de solução privilegiado dos problemas constitucionais. Aponta, antes, para a necessidade de construção de ‘pontes de transição’, da promoção de ‘conversações constitucionais’, do fortalecimento de entrelaçamentos constitucionais entre as diversas ordens jurídicas: estatais, internacionais, transnacionais, supranacionais e locais. O modelo transconstitucional rompe com o dilema ‘monismo/pluralismo’”. (NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. XXV)

<sup>470</sup> “O problema da autofundamentação constitucional do sistema jurídico desloca-se nesse contexto. Como *unitas multiplex*, o sistema jurídico encontra vários centros de autofundamentação, dependendo da ordem jurídica que tome como ponto de partida”. (NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 122)

Com efeito, esclarece-se que, não se trata da formação de uma ordem constitucional supranacional e, conseqüentemente, capaz de produzir conseqüências jurídico-formais-materiais além das fronteiras estatais. Trata-se, pois, de diversas constituições dialógicas entre sistemas transconstitucionais. Neste ponto, refutar-se-ia a busca da constituição hercúlea, voltando-se o transconstitucionalismo para a necessidade de enfrentamento dos problemas hidraconstitucionais mediante a articulação de observações recíprocas entre as diversas ordens jurídicas da sociedade mundial<sup>471</sup>.

Desta maneira, a questão da transconstitucionalidade não se refere ao fato de que, em cada nova ordem jurídica emerge uma nova constituição com pretensão de autonomia, ou pela hipótese de se tratar de um privilégio estatal (dimensão quantitativa). Pelo contrário, a dimensão a se evidenciar é a qualitativa: o mesmo problema de direitos fundamentais pode se apresentar perante uma ordem estatal, local, internacional, supranacional e transnacional (no sentido estrito)<sup>472</sup> e, frequentemente, perante em mais de uma dessas ordens ao mesmo tempo. Nesta medida, implicar-se-ão cooperações e conflitos, além de aprendizados recíprocos.

Por outro giro, Leonel Severo e Fernando Tonet<sup>473</sup> referem-se à teoria da interconstitucionalidade, evoluída por J. J Gomes Canotilho, ultrapassando seu marco teórico de constitucionalismo dirigente. Neste ponto, demonstra-se a necessidade de comunicação em rede entre os ordenamentos jurídicos, rompendo com o modelo hierárquico constitucional, proposto originalmente por Hans Kelsen. Ademais, a proposta dos Autores propõe que, a

<sup>471</sup> “Afirmada essa emergência dos problemas constitucionais perante ordens jurídicas as mais diversas, reaparecendo a cada momento em **forma de hidra**, não há mais uma Constituição-Hércules que possa solucioná-los. A fragmentação dos problemas constitucionais permaneceria desestruturada se cada ordem jurídica pretendesse enfrenta-los isoladamente a cada caso. Impõe-se, pois, um diálogo ou uma conversação transconstitucional. É evidente que o transconstitucionalismo não é capaz de levar a uma unidade constitucional do sistema jurídico mundial. Mas ele parece que tem sido a única forma eficaz de dar e estruturar respostas adequadas aos problemas constitucionais que emergem fragmentariamente no contexto da sociedade mundial hodierna” (grifos nossos). (NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 122)

<sup>472</sup> “No que diz respeito às ordens jurídicas transnacionais em sentido estrito, que envolvem sobretudo atores privados e quase públicos, é indiscutível que questões de direitos fundamentais ou de direitos humanos surgem perante elas. Menos clara é a afirmação de que elas estão relacionadas com os problemas de limitação e controle do poder. Caso se trate de poder político no sentido sistêmico, que se orienta primariamente à tomada de decisões coletivamente vinculantes, é inegável que essas ordens estariam distantes desse problema. No entanto, a influência que atores privados desempenham no âmbito dessas ordens, sem o controle direto de uma autoridade política – estatal, internacional ou supranacional -, transforma-os em detentores de poder com repercussões políticas relevantes. Dessa maneira, também nas ordens transnacionais reaparecem os problemas jurídico-constitucionais com uma nova roupagem”. (NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 121)

<sup>473</sup> “Com o desenvolvimento das relações interculturais, a sociedade global passou a observar necessidades antes não observáveis, o que se reflete diretamente nos modelos teóricos pretéritos, pois esses não correspondem à atualidade complexa. O modelo de hierarquia constitucional de Hans Kelsen não mais corresponde aos anseios de uma sociedade multicultural de risco e constante indeterminação”. (ROCHA, Leonel Severo; TONET, Fernando. A interconstitucionalidade como produção jurídica descentralizada dentro das novas observações estatais. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, n. 115, p. 473-496, jul./dez. 2017, p. 492-493)

utilização do modelo de abóbadas concêntricas, de acordo com a teoria sistêmica autopoietica de Niklas Luhmann<sup>474</sup>, quando o direito constitucional, os direitos humanos e os tratados internacionais estariam na mesma linha congênita de hierarquia. Diante da incerteza do futuro dos sistemas sociais, jurídicos e políticos, isto é, dos riscos da imprevisibilidade sistêmica, a interconstitucionalidade à luz da teoria autopoietica seria apta aos novos padrões que surgem cotidianamente na sociedade multicultural<sup>475</sup>.

Alonso Freire, por sua vez, evoca diversos casos práticos<sup>476</sup> para demonstrar um fenômeno global: o uso de precedentes estrangeiros por tribunais nacionais em suas decisões.

---

<sup>474</sup> “A Teoria Sistêmica Autopoietica de Niklas Luhmann mostra-se como uma verdadeira célula estaminal da sociedade pós-moderna, uma vez que se mostra como um organismo especializado para desempenhar suas funções dentro do ambiente multissistêmico, que tem se caracterizado pelas relações hipercomplexas entre os sistemas. Como uma célula teórica estaminal, cria a possibilidade de operação dentro de todos os sistemas, até mesmo dos que ainda não são observáveis e nem plenamente autopoieticos, o que, de forma alguma, quer dizer que não existem, mas apenas não são observados”. (ROCHA, Leonel Severo; TONET, Fernando. A interconstitucionalidade como produção jurídica descentralizada dentro das novas observações estatais. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, n. 115, p. 473-496, jul./dez. 2017, p. 493)

<sup>475</sup> “As novas teorias referentes ao Estado e à Constituição necessitam de adequação aos modernos fatores civilizacionais, impostos por novos atores em tempos de globalização. Os modelos absolutos devem ser repensados por atos reflexivos, pois a sociedade deixou, há muito tempo, de ser nacional e se tornou plural, multicultural, carecendo de novas estruturas teóricas para se desenvolver no processo integrativo”. (ROCHA, Leonel Severo; TONET, Fernando. A interconstitucionalidade como produção jurídica descentralizada dentro das novas observações estatais. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, n. 115, p. 473-496, jul./dez. 2017, p. 492)

<sup>476</sup> “**Estados Unidos**: “Em 1984, durante a convenção do partido republicano ocorrida na cidade de Dallas, no Estado do Texas, Gregory Lee Johnson, um norte-americano membro da Brigada da Juventude Revolucionária Comunista, pôs fogo em uma bandeira dos Estados Unidos em protesto à política de administração do então Presidente Ronald Reagan. Após ser detido, Johnson foi multado em dois mil dólares, preso, condenado e sentenciado à pena de um ano de detenção por violar uma lei do Estado do Texas que criminalizava a queima da bandeira estadual ou nacional. Tempos depois, declarando que sua atitude era uma expressão “simbólica” protegida pela Primeira Emenda à Constituição norte-americana, Johnson interpôs recurso, em virtude do qual a Corte de Apelações Criminais do Texas reformou a decisão que o condenara. O Estado do Texas conduziu, então, o caso à Suprema Corte norte-americana, que decidiu em favor de Johnson, por 5 votos contra 4. Ao redigir a decisão em nome da maioria, o juiz William Brennan afirmou que inexistiam evidências de que a atitude de Johnson configurava iminente distúrbio da paz pública, como alegara o procurador do Estado do Texas, e que a proteção dada pela legislação texana à bandeira enquanto símbolo nacional merecedor de respeito não era cabível quando sua queima representasse um protesto político” (grifos nossos). **Nova Zelândia**: “Anos mais tarde, Paul Barry Hopkinson pôs fogo à bandeira da Nova Zelândia, no Parlamento nacional, em protesto ao apoio dado pela Austrália aos Estados Unidos durante a guerra no Iraque. Seu protesto deu-se em 2003, na ocasião de uma visita ao país feita pelo Primeiro Ministro australiano. Por seu ato, Hopkinson foi preso e condenado a pagar NZD\$ 600,00 devido à violação a uma legislação que criminalizava a destruição de símbolos nacionais com o propósito de desonrá-los. Como Johnson, Hopkinson apelou de sua condenação argumentando que a proteção da bandeira nacional tinha um objetivo muito pouco importante em uma sociedade multicultural como a da Nova Zelândia e que a sua queima em sinal de protesto não deveria ser considerada uma forma de desonra. O primeiro argumento não convenceu a juíza Ellen France, que afirmou: “Eu acredito que o objetivo [de proteger a bandeira em um país multicultural como a Nova Zelândia] ainda assim é importante. **Em Texas v. Johnson...**”, disse ela, “a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que a legislação do Estado do Texas contra a queima da bandeira era inconstitucional, mas considerou que os objetivos do estado de preservar a bandeira como um símbolo de unidade nacional e de evitar violações à paz eram legítimos”. Ela, contudo, decidiu em favor de Hopkinson: “Obviamente, a bandeira é importante. Mas, mesmo nos Estados Unidos, onde a bandeira é um símbolo dominante, a maioria concluiu que sua proteção não autorizava a interferência do direito penal...concluo [também] que ... a proibição imposta à conduta do apelante não é um limite legítimo à sua liberdade de expressão” (grifos nossos). **Brasil**: A queima de bandeiras



Neste particular, a literatura jurídica tem dado ao fenômeno diversas denominações metafóricas, contudo, nenhuma a captura perfeitamente. Destaca, por exemplo, a inadequação para as duas versões mais utilizadas: (1) empréstimos constitucionais<sup>477</sup> e (2) migração de ideias constitucionais<sup>478</sup>. Neste contexto, propõe o Autor<sup>479</sup> a metáfora da “importação de ideias constitucionais”, registrando que, a “importação de precedentes estrangeiros” representa apenas uma espécie deste gênero maior, portanto podendo também ocorrê-lo por meio da atividade legislativa ordinária, em momentos constituintes etc. De qualquer modo, estreita é a relação entre o constitucionalismo contemporâneo e a teoria dos precedentes judiciais.

Por conseguinte, menciona Alonso Freire que, a título de exemplos bem-sucedidos de importação constitucional, duas ideias constitucionais construídas por tribunais: o controle judicial de constitucionalidade e o princípio da proporcionalidade<sup>480</sup>. Nesta esteira, tais

---

nacionais ou locais, como alegada forma de protesto, já ocorreu em vários países, inclusive no Brasil. Na manhã do dia treze de abril de 2011, Paulo Sérgio Ferreira, um brasileiro de 38 anos, escalou o Mastro da Bandeira Nacional, que fica na Praça dos Três Poderes, próximo ao Congresso Nacional, do Palácio do Planalto e do Supremo Tribunal Federal, em Brasília. Conforme noticiaram vários veículos, ele declarou que estava fazendo um protesto para chamar “atenção para a situação dos negros no País”. Até 1983, era crime “destruir ou ultrajar a bandeira”, com pena de detenção de um a quatro anos (art. 41, Lei nº 6.620/1979, revogada pela Lei nº 7.170/1983). Mas o ato de Paulo Sérgio pode ser considerado crime de dano qualificado – por ter sido cometido contra patrimônio da União (art. 163, parágrafo único, III, CP) –, com pena de detenção de seis meses a três anos, além de multa. **Imagino que se esse caso chegasse aos tribunais, muito provavelmente, a decisão em *Johnson* seria invocada, como já o foi pelo Supremo Tribunal Federal em situação distinta envolvendo a liberdade de expressão** (grifos nossos)”. (FREIRE, Alonso. Importação de ideias constitucionais. **Os constitucionalistas**: um blog para pensar, desconstruir e revolucionar o direito constitucional, Brasília, DF, Artigo, 17 nov. 2015)

<sup>477</sup> “Primeiro, emprestar significa confiar alguma coisa a alguém com a obrigatoriedade de restituição. Portanto, um empréstimo pressupõe pelo menos dois agentes, um que empresta e outro que toma emprestado algo. Ocorre que nenhum tribunal está emprestando suas decisões. Além disso, ao utilizar precedentes estrangeiros, o tribunal em questão não consulta aqueles que os “possuem”, nem restitui a eles o que “tomou de empréstimo”. (FREIRE, Alonso. Importação de ideias constitucionais. **Os constitucionalistas**: um blog para pensar, desconstruir e revolucionar o direito constitucional, Brasília, DF, Artigo, 17 nov. 2015)

<sup>478</sup> “Segundo, migrar significa se deslocar de um local para outro e, geralmente, por atos próprios. Um tribunal, ao usar uma ideia constitucional estrangeira, não a está migrando. Ela “continua na origem”. Ademais, uma ideia constitucional não migra por conta própria”. (FREIRE, Alonso. Importação de ideias constitucionais. **Os constitucionalistas**: um blog para pensar, desconstruir e revolucionar o direito constitucional, Brasília, DF, Artigo, 17 nov. 2015)

<sup>479</sup> “Explico. Importar nem sempre implica o deslocamento da coisa importada, pelo menos não como utilizamos esse verbo em alguns casos na linguagem ordinária. É natural dizer que uma ideia foi “importada”, mas é estranho afirmar que ela foi “migrada” ou “tomada de empréstimo”. No primeiro caso, não se está dizendo que ela foi deslocada, tampouco que ela deverá ser restituída. Além disso, o termo tem outras duas vantagens. Primeiro, podemos importar algo que não tenha “possuidor” e, por essa razão, diferentemente do empréstimo, a ação não pressupõe, necessariamente, o consentimento de outro agente. Em segundo lugar, embora a migração possa ocorrer por conta própria, isso não se dá na importação, já que algo é necessariamente importado por alguém”. (FREIRE, Alonso. Importação de ideias constitucionais. **Os constitucionalistas**: um blog para pensar, desconstruir e revolucionar o direito constitucional, Brasília, DF, Artigo, 17 nov. 2015)

<sup>480</sup> “Há pelo menos duas razões para que ideias como as mencionadas sejam importadas. A primeira delas envolve a justificação em abstrato para o seu uso. A segunda, por sua vez, a justificação concreta para transportá-las. A justificação em abstrato geralmente está relacionada às noções de racionalidade e legitimidade. O problema da racionalidade consiste em determinar se é possível ou não fazer um uso racional e controlado da ideia constitucional. Por outro lado, a legitimidade envolve a difícil questão sobre se os

importações são destaques especialmente para aqueles países que adotam constituições providas de extensas declarações de direitos, inclusive o Brasil<sup>481</sup>.

Neste diapasão, merece ainda destaque no País recente decisão do STF em sede de medida cautelar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 347)<sup>482</sup>, quando se declarou o Estado de Coisas Inconstitucionais (ECI) em face do quadro de violação massiva dos direitos fundamentais de presos no sistema carcerário nacional. Neste ponto, a fundamentação do julgado em caráter cautelar foi tomada com expressa invocação de precedente da Corte Constitucional Colombiana, que no ano de 1997 declarava o mesmo em face de caos similar no sistema carcerário da Colômbia.

De qualquer sorte, seja qual for a teoria subjacente à ideia do constitucionalismo contemporâneo, não se pode perder de vista o fenômeno recorrente mundialmente: cada vez mais frequente a circulação de precedente judiciais internacionais ou estrangeiros nas jurisdições nacionais. Neste ponto, cabe-se a tarefa de formatá-los, delineá-los, (re)desenhá-los, enfim, buscá-los em essência os seus elementos substanciais enquanto precedentes, a não ser que, se tratem de meras menções alegóricas nas fundamentações dos julgados nacionais.

---

tribunais que criam e fazem uso dessas ideias estão autorizados a aplicá-las. Essas duas dimensões do problema – legitimidade e racionalidade – permeiam até hoje a discussão em torno da adoção do controle judicial de constitucionalidade e do princípio da proporcionalidade ao redor do mundo, mesmo nos países em que tais ideias surgiram. Há inúmeras obras propondo justificativas abstratas para ambas as ideias. Nelas, geralmente os autores apresentam vantagens que elas trazem para os sistemas jurídicos, respondendo, muito comumente, a objeções à sua adoção. Por outro lado, a justificação em concreto diz respeito à necessidade da utilização da ideia constitucional no sistema jurídico de destino. Hoje, parece inquestionável a necessidade do uso da proporcionalidade por cortes constitucionais frente às reconhecidas colisões de direitos fundamentais e diante da necessidade de se estabelecer restrições a esses direitos. Embora seja uma ideia mais antiga, a adoção do controle judicial de constitucionalidade dependerá de vários fatores e, geralmente, tem sido feita por meio do legislador constituinte. Essa justificação em concreto deve levar em conta a realidade do país para o qual a ideia está sendo importada, já que nem sempre a justificação do uso concreto no sistema original justifica, por si só, a necessidade de sua importação para outros”. (FREIRE, Alonso. Importação de ideias constitucionais. **Os constitucionalistas**: um blog para pensar, desconstruir e revolucionar o direito constitucional, Brasília, DF, Artigo, 17 nov. 2015)

<sup>481</sup> “No Brasil, a importação dessas duas ideias constitucionais não encontrou grandes bolsões de resistência. É possível acrescentar à lista outros exemplos, como a interpretação conforme a constituição, o mínimo existencial, a proibição de retrocesso social, etc”. (FREIRE, Alonso. Importação de ideias constitucionais. **Os constitucionalistas**: um blog para pensar, desconstruir e revolucionar o direito constitucional, Brasília, DF, Artigo, 17 nov. 2015)

<sup>482</sup> Sobre o assunto, conferir os critérios propostos de ordem hermenêutica e substancial a evidenciar que o Supremo Tribunal Federal (STF) não os observou por completo quando da declaração do Estado de Coisas Inconstitucionais, sendo um dos motivos para a baixa eficácia da decisão, inclusive enquanto precedente interno. Cf. LOPES FILHO, Juraci Mourão; MAIA, Isabelly Cysne Augusto. O uso de precedentes estrangeiros e a declaração de Estado de Coisas Inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, n. 117, p. 219-273, jul./dez. 2018.

#### 4.6.2 Do precedentalismo internacional e estrangeiro: em busca de diálogos entre os sistemas jurídicos

O estabelecimento de diálogos pressupõe uma saudável e construtiva troca de ideias entre os envolvidos, quais sejam, pessoas físicas e jurídicas, os indivíduos e instituições, os cidadãos e Estados nacionais, a comunidade internacional etc. Neste ponto, o diálogo deverá se construir à luz da reciprocidade, da estruturação dos canais de comunicação e do potencial impacto transformador do que se restou avençado ou dialogado. De imediato, dentre as contribuições possíveis dos sistemas jurídicos nacionais e internacionais, há de se recrudescer a construção de uma sociedade contemporânea eminentemente dialógica.

Por conseguinte, a temática envolvida nesta seção se remete necessariamente (não-exclusivamente) à comparação entre sistemas jurídicos. Trata-se, pois, de atividade complexa e que se impõe diante de uma nova postura de juízes e tribunais em face de um mundo globalizado, inclusive no que diz respeito à facilitação de acesso às decisões judiciais nacionais e estrangeiras, disponibilizadas a exaustão no meio ambiente digital, e pelo fenômeno de consolidação de redes presenciais das cortes e magistrados<sup>483</sup>. Neste contexto, Roberto Dias e Michael Freitas Mohallem<sup>484</sup> reiteram que, os desafios do mundo comparativo não se restringem aos agentes públicos jurisdicionais. Nesta esteira, ressaltam os Autores que, as comparações entre sistemas jurídicos em geral e seus respectivos instrumentos normativos específicos entre si são recorrentes nas casas legislativas, quer para elaboração de cartas constitucionais, quer textos normativos infraconstitucionais.

---

<sup>483</sup> “O fenômeno é também marcado pela consolidação de redes presenciais de cortes e juízes. Os encontros se realizam periodicamente em planos internacional e regional e estimulam a troca de informações, auxiliam a compreensão recíproca do contexto judicial de cada país, além de contribuir para o desenvolvimento de uma noção de deferência à autoridade das demais cortes constitucionais enquanto pares inseridos no processo de diálogo jurisdicional transnacional. Esse processo de internacionalização avança intensamente no Brasil como reflexo do desenho constitucional, das transformações implantadas com a Emenda Constitucional nº 45 e em razão de uma longa cultura de consulta ao direito estrangeiro”. (DIAS, Roberto; MOHALLEM, Michael Freitas. O diálogo jurisdicional sobre direitos humanos e a ascensão da rede global de cortes constitucionais. In: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Diálogos jurisdicionais e direitos humanos**. São Paulo: Gazeta Jurídica, 2016, p. 383)

<sup>484</sup> “Particularmente em relação à elaboração de novos textos constitucionais, o direito comparado apresenta-se como um cardápio amplo. A ausência de limites jurídicos explícitos nos trabalhos de assembleias constituintes enseja o uso abundante da comparação, sem criar relevantes problemas de legitimidade de tal utilização. Ademais, o processo de ruptura constitucional geralmente se dá como resultado de transformações políticas que, no mais das vezes, são internalizadas pelo novo texto constitucional. Nesse contexto, a prática de comparação é recurso essencial na busca de elementos complementares e inovadores para os sistemas nacionais. Da mesma forma, a legislação infraconstitucional não é imune à busca por referências externas. A prática comparativa possibilita ao legislador situar-se no espectro de possibilidades existentes no cenário global e selecionar práticas relevantes e potencialmente transplantáveis e úteis ao contexto doméstico”. (DIAS, Roberto; MOHALLEM, Michael Freitas. O diálogo jurisdicional sobre direitos humanos e a ascensão da rede global de cortes constitucionais. In: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Diálogos jurisdicionais e direitos humanos**. São Paulo: Gazeta Jurídica, 2016, p. 352-353)

De imediato, registra-se que, a pretensão desta tese não é a de exaurir as diferentes abordagens metodológicas ou epistemológicas sobre o direito comparado. Na verdade, a temática da utilização dos precedentes judiciais externos aos Estados nacionais se trata de matéria de relevo para a construção teórico-valorativa do direito humano ao esquecimento na internet, objeto de fundo desta pesquisa, conforme se debruçara em seções posteriores.

Ademais, também não se desconhece o fato de que, o uso difundido ou reiterado do direito comparado implica em algum tipo de arbitrariedade<sup>485</sup>, ou, em outras palavras, de discricionariedades ou seletividades no processo de escolha. De rigor, entretanto, quaisquer tipos de comparações jurisprudenciais e do direito estrangeiro necessitarão minimamente de critérios objetivos para adequadas aplicações jurídicas futuras (notadamente, formação de precedentes judiciais) e, por via de consequência, hipóteses de refutações das aplicações, se for o caso.

Forçoso é reconhecer, portanto, legítima a aplicação do direito comparado em face de o desenvolvimento dos direitos humanos ser protagonizado, primordialmente, no âmbito dos Tribunais Constitucionais domésticos, estrangeiros, bem como das Cortes pertencentes

---

<sup>485</sup> Roberto Dias e Michael Freitas comentam o pensamento de Günter Frankenberg sobre o assunto, afirmando os Autores: “[...] a comparação constitucional é, afinal, um processo seletivo e divergente de leitura e escrita que deveria, idealmente, envolver duas etapas: a primeira é a seleção criteriosa de estruturas constitucionais que estejam contidas na maior parte dos documentos constitucionais existentes, como direitos humanos e normas relativas à organização do Estado. A segunda etapa envolveria a seleção dos detalhes, nuances e lacunas não disponíveis no “mercado global” de ideias do constitucionalismo transnacional. Ainda que tais peculiaridades se revelem como informações exóticas ou com as quais o receptor não esteja familiarizado, elas são fontes de conceitos locais, conflitos sociais e questões de identidade comunitária. Seria este o caminho para evitar a cristalização de modelos constitucionais pretensamente a-históricos”. (DIAS, Roberto; MOHALLEM, Michael Freitas. O diálogo jurisdicional sobre direitos humanos e a ascensão da rede global de cortes constitucionais. In: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Diálogos jurisdicionais e direitos humanos**. São Paulo: Gazeta Jurídica, 2016, p. 353)

**Em pesquisa na fonte original (Günter Frankenberg)**, tem-se: “[...] so, and it seems to me that this presumption is hardly rebuttable, then what is called for is a selective and divergent process of reading, writing, and comparing that involves two steps. A careful tracing of the constitutional structures—notably human rights and organizational provisions—contained in the global repertoire comes first and comes easily, since what you will find appears in virtually any constitutional document. Next, the focus should be redirected to odd details, to what seem to be gaps or peculiarities that a standard reading might characterize as marginal stuff. While most constitutional items, notably rights and values and various organizational provisions, are available in the transnational discourse on constitutional law, I contend that the nonstandard details are not part of the global repertoire. They cannot be purchased, so to speak, in the transnational supermarket for constitutional merchandise and, therefore, depart from the “global constitution.” Whether they are exotic or banal, familiar or unfamiliar, they give away local information about contested concepts and social conflicts, identity struggles and fantasies of order and community. Comparative legal studies also require operating with and within what Clifford Geertz referred to as “nets of meaning” and “webs of signification.” And once the comparatist begins to look at (constitutional) law not just as a body of norms but as “a view of the way things are,” as imaginations of reality—like science or religion, ideology or art—as well as an ensemble of “practical attitudes toward the management of controversy,” she has to cope with translations of law and constitutions “between a language of imagination and one of decision.”<sup>13</sup> Guided by such a constitutive theory of law,<sup>14</sup> she will soon discard the fact/law and law-in-the-books/law-in-action distinctions and deal, instead, with how she will represent in her scholarly work the legal representations of local conflicts, contexts, and visions”. (FRANKENBERG, Günter. Comparing constitutions: Ideas, ideals, and ideology: toward a layered narrative. **International Journal of Constitutional Law**, v. 4, 2006, p. 442)

aos sistemas protetivos de direitos humanos. Neste ponto, se referenda novamente, a título de exemplo, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), órgão judicante do Sistema Europeu de Direitos Humanos, que influencia, não somente os países europeus vinculados à comunidade europeia, mas, de outra forma, diversos países em diversos rincões do mundo por meio dos seus precedentes estrangeiros, inclusive o Brasil<sup>486</sup>.

Com efeito, Roberto Dias e Michael Freitas Mohallem<sup>487</sup> indagam quais seriam as razões que suscitam tanto interesse da comunidade jurídica em relação ao uso de precedentes estrangeiros em processos decisórios domésticos? De imediato, têm os Autores a ilação de que, tal fenômeno decorre de uma expansão natural dos horizontes comparativos, ou seja, a busca de respostas para soluções de problemas relativamente semelhantes autorizaria a adoção de novos referenciais, ainda que transcendam as fronteiras nacionais.

Nada obstante, alertam Roberto Dias e Michael Freitas Mohallem<sup>488</sup> que, tal dinâmica poderá se revelar ilegítima se concernente às chamadas redes horizontais (*horizontal networks*)<sup>489</sup>, isto é, entre as redes que operam sem hierarquia e sem vinculação jurídica

---

<sup>486</sup> “A consolidação do diálogo jurisdicional no campo dos direitos humanos, no Brasil e no mundo, provoca dúvidas também em relação à legitimidade da fonte estrangeira e o grau de influência nas ordens jurídicas nacionais receptoras. Ainda que juízes e cortes não adotem referências estrangeiras como fonte de direito ou autoridade que os vincule em suas próprias decisões, é notável a influência exercida, notadamente quando há ausência de jurisprudência e normas nacionais bem desenvolvidas no tema em questão, ou ainda quando a corte vislumbra a necessidade de alterar entendimento já consolidado no direito pátrio. A jurisprudência estrangeira “ajuda a resgatar juízes de um sentimento de nudez intelectual” ao tempo que os transfere para o plano internacional, como colaboradores de um processo coletivo de busca por “soluções internacionais consensuais”. (DIAS, Roberto; MOHALLEM, Michael Freitas. O diálogo jurisdicional sobre direitos humanos e a ascensão da rede global de cortes constitucionais. In: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Diálogos jurisdicionais e direitos humanos**. São Paulo: Gazeta Jurídica, 2016, p. 383)

<sup>487</sup> “Juizes nacionais parecem reagir ao processo de internacionalização do direito doméstico. Por um lado, são pressionados pela exigência imposta com crescente adjudicação de casos que não se limitam mais ao direito pátrio e, por outro, assimilam a ampliação de suas competências materiais fruto da ratificação de tratados internacionais aplicáveis nas jurisdições nacionais”. (DIAS, Roberto; MOHALLEM, Michael Freitas. O diálogo jurisdicional sobre direitos humanos e a ascensão da rede global de cortes constitucionais. In: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Diálogos jurisdicionais e direitos humanos**. São Paulo: Gazeta Jurídica, 2016, p. 382)

<sup>488</sup> “Decisões judiciais não são revestidas de autoridade apenas em razão de sua coerência em relação às decisões de outras cortes quando tratam do mesmo tema, mas antes pela adequação às leis e à Constituição do país. A decisão judicial, como parece óbvio, não pode se fundar em um *survey* de cortes estrangeiras com as quais há identidade cultural e proximidade política. A concepção tradicional de Estado de Direito, fundada no respeito de todos à lei, exige que o magistrado indique o conjunto de normas jurídicas nas quais se baseia a decisão judicial. Neste contexto, sobressaem indagações sobre o grau de influência que decisões estrangeiras exercem na construção do direito nacional, sobre as razões da adesão a tal método e, sobretudo, sobre o significado do diálogo jurisdicional de direitos humanos na construção de um sistema global de precedentes”. (DIAS, Roberto; MOHALLEM, Michael Freitas. O diálogo jurisdicional sobre direitos humanos e a ascensão da rede global de cortes constitucionais. In: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Diálogos jurisdicionais e direitos humanos**. São Paulo: Gazeta Jurídica, 2016, p. 350-351)

<sup>489</sup> Roberto Dias e Michael Freitas comentam o pensamento de Anne-Marie Slaughter sobre o assunto, afirmando os Autores: “O chamado diálogo jurisdicional ocorre de diferentes maneiras, com diferentes atores e em múltiplas direções. Anne-Marie Slaughter descreve as redes horizontais (*horizontal networks*) de maneira abrangente, como sendo componentes de uma ordem mundial desagregada, a qual inclui agentes públicos encarregados da proteção e aplicação dos direitos humanos (dentre outras atribuições), e podem

formal. Dito de outra forma, a utilização pelas Cortes nacionais de quaisquer materiais produzidos fora do âmbito decisório sobre o qual o povo exerce poder democrático deverá ser justificada, principalmente quando influenciam o processo decisório e de convencimento dos magistrados.

Por sua vez, Juraci Mourão e Isabelly Cysne<sup>490</sup> reconhecem ser cada vez mais corriqueira a citação de precedentes estrangeiros em busca de uma convergência principiológica em torno dos direitos humanos, ainda quando não se trate de um sistema supranacional como é o caso, p. ex., da América Latina. Apesar disto, entretanto, seria uma visão idealizada a respeito de se reconhecer uma comunidade internacional de tribunais ou de juízes.

Neste sentido, esclarece Ruitemberg Nunes Pereira que, valorizar as interações transjudiciais como elemento importante para o desenvolvimento do Direito não implica em reconhecer uma comunidade global de juízes, sem respaldo na realidade. Neste ponto, faz parte da teoria desenvolvida pelo Autor sobre as transposições jurisprudenciais conviver da melhor maneira possível com esta complexidade, qual seja, aquela que não se contenta com explicações reducionistas, acentuando exclusivamente as dimensões políticas e econômicas dos movimentos de circulação das ideias jurisprudenciais<sup>491</sup>.

---

tanto ser informais e flexíveis como institucionalizadas. As redes horizontais foram formadas com as demandas da globalização e se instrumentalizaram com o avanço da tecnologia, particularmente a possibilidade de “globalização judicial” introduzida pela *internet* através da disponibilização *on-line* da jurisprudência e legislação de inúmeros países. As redes se estreitaram ainda mais e deram espaço a uma espécie de harmonia entre cortes nacionais, um entendimento de respeito mútuo pelas respectivas parcelas de autoridade e aceitação recíproca da possibilidade de desentendimentos sobre a lei. [...]. Interessante observar que, nesse contexto, juízes dialogam com as razões produzidas pelos seus pares de rede e as acolhem ou rejeitam com base em seus próprios entendimentos do sentido da lei e da justiça. A consolidação de tais redes – e, portanto, do diálogo entre seus membros –, conta ainda com significativa contribuição dos encontros presenciais. Não se trata mais de encontros protocolares. A institucionalização de tais agendas contribui para a aproximação e solidariedade de magistrados que compartilham desafios profissionais e, principalmente, ampliam suas perspectivas jurídicas”. (SLAUGHTER, *A New World Order*, Princeton: Princeton University, 2004 apud DIAS, Roberto; MOHALLEM, Michael Freitas. O diálogo jurisdicional sobre direitos humanos e a ascensão da rede global de cortes constitucionais. In: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Diálogos jurisdicionais e direitos humanos**. São Paulo: Gazeta Jurídica, 2016, p. 355)

<sup>490</sup> “Os tribunais se conhecem cada vez mais, se encontram e debatem, mas afirmar, por exemplo, que o Supremo Tribunal Federal busca construir um discurso convergente e coordenado com os tribunais congêneres mesmo da América do Sul contém uma certa dose de entusiasmo com o assunto. Mesmo na citação de precedentes estrangeiros é muito mais comum a citação de casos da *US Supreme Court*, do Tribunal Federal Constitucional alemão ou a Corte Europeia de Direitos Humanos do que exposições sobre a jurisprudência argentina, uruguaia ou de qualquer outro país vizinho”. (LOPES FILHO, Juraci Mourão; MAIA, Isabelly Cysne Augusto. O uso de precedentes estrangeiros e a declaração de Estado de Coisas Inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, n. 117, p. 219-273, jul./dez. 2018, p. 225-226)

<sup>491</sup> “Ainda que não se possa descuidar do papel importante desempenhado por juízes e tribunais, vistos como atores dotados de dupla missão institucional, de zelar pela máxima efetividade das normas internas e internacionais de direitos humanos, a teoria das transposições jurisprudenciais aqui desenvolvida pressupõe análise intersubjetiva das conversações transjudiciais, segundo a qual é possível construir objetividade normativa capaz de desenvolver o direito no âmbito dessas interações subjetivas”. (PEREIRA, Ruitemberg

Neste contexto, ressaltam Juraci Mourão e Isabelly Cysne que, há uma divisão dos precedentes judiciais externos aos Estados nacionais em duas espécies: (1) *precedentes estrangeiros*<sup>492</sup>, oriundos de tribunais internos de países alienígenas, quando inexistente qualquer vinculação formal, como é o caso, p. ex., dos precedentes dos tribunais dos países da América Latina entre si; (2) *precedentes internacionais*<sup>493</sup>, oriundos de cortes internacionais criadas por tratados cujo país invocador é signatário, quando pode existir algum tipo de vínculo formal, como é o caso, p. ex., dos precedentes da Corte Europeia de Direitos Humanos em relação aos tribunais dos países europeus signatários<sup>494</sup>.

Por outro giro, com a leitura de Juraci Mourão e Isabelly Cysne<sup>495</sup>, depreende-se que, empiricamente, a invocação de um precedente – estrangeiro, internacional ou nacional – por um tribunal ocorre prioritariamente por questões de deferência à sua força hermenêutica, racional ou argumentativa do que propriamente em apanágio à autoridade com base na posição hierárquica da Corte emissora (*pedigree* do precedente).

Nunes. **Circulação global de precedentes: Teoria das transposições jurisprudenciais de direitos humanos**. 1. ed. Volume II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 350)

<sup>492</sup> “[...] há realmente uma barreira formal relacionada à delegação de jurisdição a cortes de países estrangeiros: não existe uma vinculação formal. Não se pode invocar qualquer tipo de ascendência jurídica de tribunais estrangeiros sobre os nacionais para justificar uma força vinculante. Essa observância não pode se dar por causa de qualquer tipo de autoridade da corte emissora. [...] não desfrutam de qualquer força formal para se fazer útil em julgamento posterior de outro país. Em relação a precedentes de outros países, não há recurso ou outro meio processual de se acessar a corte emissora em busca da reforma da decisão nacional que não a observou. Os precedentes estrangeiros se mostram úteis, portanto, não por questões formais de reconhecimento da superioridade hierárquica de outra corte acessível mediante recurso hábil a cassar a decisão recorrida, mas por razões substanciais, [...]”. (LOPES FILHO, Juraci Mourão; MAIA, Isabelly Cysne Augusto. O uso de precedentes estrangeiros e a declaração de Estado de Coisas Inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, n. 117, p. 219-273, jul./dez. 2018, p. 233-234)

<sup>493</sup> “Quando muito, e a depender do caso concreto, é possível se falar em algum tipo de vínculo formal a uma corte internacional, cuja jurisdição tenha sido reconhecida por um estado signatário de tratado internacional devidamente internalizado em sua ordem jurídica”. (LOPES FILHO, Juraci Mourão; MAIA, Isabelly Cysne Augusto. O uso de precedentes estrangeiros e a declaração de Estado de Coisas Inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, n. 117, p. 219-273, jul./dez. 2018, p. 233)

<sup>494</sup> “Não só o comando de uma respectiva sentença dessa corte internacional merece deferência e cumprimento, a decisão não poderá ser ignorada enquanto precedente em futuros julgamentos dos tribunais nacionais, justamente ante a possibilidade de acessar a corte europeia para reformá-las”. (LOPES FILHO, Juraci Mourão; MAIA, Isabelly Cysne Augusto. O uso de precedentes estrangeiros e a declaração de Estado de Coisas Inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, n. 117, p. 219-273, jul./dez. 2018, p. 233)

<sup>495</sup> “Do mesmo modo, julgamentos que bem captam os valores de um período e estão integrados com as várias decisões políticas de uma comunidade de princípios, de modo a bem alinhar justiça e Direito, lei e realidade, se torna um símbolo que dificilmente pode ser olvidado independentemente de uma autoridade formal ou grau hierárquico do julgador emissor. Entre esses dois extremos, do precedente formalmente vinculante mais iníquo ao precedente sem autoridade formal, mas justo, há um grande espectro de força vinculante variável”. (LOPES FILHO, Juraci Mourão; MAIA, Isabelly Cysne Augusto. O uso de precedentes estrangeiros e a declaração de Estado de Coisas Inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, n. 117, p. 219-273, jul./dez. 2018, p. 235)

Por outras palavras, não se desconhece a existência da força vinculante (formal) do precedente, a qual, por vezes, tem sua importante função de manter a estabilidade, a integridade e a coerência do sistema jurídico. Ressalta-se, entretanto, a vinculação (material) de qualquer precedente judicial, a depender da equânime composição entre seus elementos formais e substanciais que, por sua vez, implicarão em necessário ganho hermenêutico a ser reproduzido a decisão no caso posterior. Após este raciocínio cíclico e virtuoso, há a possibilidade de se ter precedentes judiciais plenamente coerentes e integrados à comunidade dos princípios daquele sistema jurídico<sup>496</sup>.

Destarte, conforme já defendido nesta pesquisa, todos os precedentes judiciais são vinculantes<sup>497</sup>, ocorrendo gradações variáveis por elementos formais e materiais a serem revelados em suas plenitudes no momento da *applicatio*. Neste ponto, tal pensamento reitera o caráter dinâmico do precedente judicial que, longe de estar guardado numa estante de livros para uma mera aplicação subsuntiva ou por silogismo, necessita realizar o importante diálogo entre a norma-texto e o caso concreto (mundo factual).

Neste contexto, Ruitemberg Nunes Pereira desenvolve o raciocínio que, a figura do precedente judicial internacional se torna o elemento nuclear desse aceleração das interações entre os sistemas jurídicos. Nesta medida, o precedente judicial alienígena aos Estados nacionais deverá conter componentes que permitirão sua circulação em grau mais elevado do que os próprios enunciados normativos aos quais se referem. O Autor defende, ainda, que a circulação global de precedentes atua como um instrumento de afirmação e de desenvolvimento do Estado de Direito<sup>498</sup>.

---

<sup>496</sup> “Um precedente injusto, que não seja íntegro nem coerente ou que de alguma maneira não satisfaça uma pretensão de correção, tende a se fazer irrelevante, mesmo se oriundo de tribunal nacional de ápice, se não abruptamente, certamente paulatinamente. Sua superação pode se dar não apenas por um *overruling* da própria corte, em determinado momento, mas ser erodido aos poucos por sucessivos desafios de cortes inferiores, sem falar de uma superação legislativa, própria de uma *backlash*, já bem identificado e descrito pela doutrina constitucionalista”. (LOPES FILHO, Juraci Mourão; MAIA, Isabelly Cysne Augusto. O uso de precedentes estrangeiros e a declaração de Estado de Coisas Inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, n. 117, p. 219-273, jul./dez. 2018, p. 235)

<sup>497</sup> “Por isso, não se pode laborar com a dicotômica divisão entre precedentes vinculantes (plenamente cogentes, assim reconhecidos apenas em atenção à autoridade que o produz ou imposição normativa, independentemente de seu conteúdo ou correção) e persuasivos (que se seriam utilizáveis apenas como um reforço argumentativo a critério do julgador). Há uma força variável, que depende justamente da composição entre elementos formais e substanciais”. (LOPES FILHO, Juraci Mourão; MAIA, Isabelly Cysne Augusto. O uso de precedentes estrangeiros e a declaração de Estado de Coisas Inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, n. 117, p. 219-273, jul./dez. 2018, p. 234-235)

<sup>498</sup> “O apreço que a maioria das instituições judiciais nacionais e internacionais dedicam ao **fenômeno da globalização dos precedentes judiciais** permite desenvolver a hipótese de que há uma tendência de positivação da prática transpositiva, que, de simples metáfora historicamente associada às tradicionais práticas comparativas do direito, pode vir a ser reconhecido como verdadeiro princípio jurídico. Isso significa dizer que as transposições de jurisprudência não limitariam a ser um imperativo ético, assentado na filosofia



Por seu turno, Ruitemberg Nunes Pereira defende que, as transposições jurisprudenciais<sup>499</sup>, enquanto princípios jurídicos, decorreriam do desdobramento funcional caracterizador dos juízes nacionais e internacionais. Assim, os sistemas jurídicos assentam-se ao mesmo tempo nos postulados da incompletude e da complementaridade. Neste sentido, um precedente judicial nacional pode ser tão relevante quanto um precedente internacional, ambos atuando para desenvolver o direito em seu sentido ótimo e plural, além de atender ao comando da máxima proteção ao indivíduo. Assim, o Autor assevera que, a questão jurídica central acerca da teoria das transposições jurisprudenciais diz respeito à própria natureza vinculante ou facultativa dos precedentes judiciais. Nesta esteira, são múltiplos os Estados atrelados à percepção dualista em relação ao direito internacional, e, por consequência, não pretendem delegar sua soberania em favor de instituições internacionais e de seus respectivos precedentes judiciais<sup>500</sup>.

De outro giro, também se mostra de relevo a problemática quanto à fragmentação e à coerência do direito, pois o incremento da teoria das transposições judiciais poderá dificultar a coerência normativa dos diversos sistemas jurídicos envolvidos. Nesta medida, trata-se de complexo dilema a ser resolvido sob o norte de outros temas importantes para o direito internacional: o enfraquecimento da soberania e da ideia de Estado-nação; e, por consequência, a sua desmultiplicação institucional<sup>501</sup>.

---

dos diálogos interculturais, mas constituiria também um princípio jurídico, a ser concretizado da melhor maneira possível” (grifos nossos). (PEREIRA, Ruitemberg Nunes. **Circulação global de precedentes: Teoria das transposições jurisprudenciais de direitos humanos**. 1. ed. Volume I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 01-02)

<sup>499</sup> A teoria das transposições jurisprudenciais pretende evidenciar as diversas questões filosóficas, políticas e jurídicas que envolvem a aplicação dos precedentes jurisprudenciais dentro e fora dos sistemas jurídicos. Entre as questões filosóficas situam-se as próprias dificuldades que decorrem dos diálogos interculturais, se tivermos em conta a dimensão cultural dos precedentes judiciais. Nesse contexto, não é apenas a ideia material da cultura que se apresenta, mas também a diversidade das tradições jurídicas, cada uma delas com percepção diferente dos sentidos e da autoridade do precedente judicial e da própria figura do juiz”. (PEREIRA, Ruitemberg Nunes. **Circulação global de precedentes: Teoria das transposições jurisprudenciais de direitos humanos**. 1. ed. Volume I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 4)

<sup>500</sup> “Nesse contexto, muito raramente o juiz que interpreta a norma nacional, em sua prática cotidiana, é capaz de fundamentar sua interpretação num precedente estrangeiro ou internacional. Essa prática de um soberanismo metodológico, que tem em vista a analogia doméstica, segundo a qual o direito internacional sempre se submete ao modo particular do Estado de interpretar as questões por ele reguladas, constitui o principal obstáculo à circulação global dos precedentes judiciais”. (PEREIRA, Ruitemberg Nunes. **Circulação global de precedentes: Teoria das transposições jurisprudenciais de direitos humanos**. 1. ed. Volume I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 6)

<sup>501</sup> “[...] adicione-se a toda essa problemática o nítido interesse que múltiplas entidades da sociedade civil apresentam em relação à jurisprudência internacional. Associações sindicais, organizações não governamentais, partidos políticos e diversos outros atores privados veem nos precedentes internacionais uma forma de contestar decisões políticas internas, não apenas com vista à judicialização internacional das questões que delas emanam, mas também como forma de pressionar os juízes domésticos a seguirem a prática internacional ou estrangeira sobre o assunto”. (PEREIRA, Ruitemberg Nunes. **Circulação global de precedentes: Teoria das transposições jurisprudenciais de direitos humanos**. 1. ed. Volume I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 6)

Com efeito, pretende Ruitemberg Pereira em sua tese sobre a teoria das transposições jurisprudenciais em matéria de direitos humanos à reconsideração do soberanismo metodológico e do fechamento transpositivo. Neste ponto, se favorecia no âmbito nacional uma maior abertura à jurisprudência estrangeira ou internacional, mediante a pavimentação oferecida pelo princípio do pluralismo normativo, quer no campo de atuação dos juízes internacionais<sup>502</sup>, quer no campo de atuação dos juízes nacionais<sup>503</sup>. Portanto, defende o Autor que, à indiferença às práticas desenvolvidas pela teoria das transposições jurisprudenciais apresenta alto custo humano, porquanto, em última análise, significa uma recusa à própria concretização de direitos humanos já consagrados na prática jurisprudencial estrangeira como na internacional. Ademais, tal desiderato (não desejado) consagra o respeito irrestrito ao soberanismo metodológico, entretanto, atendendo a outros interesses menos legítimos em relação aos interesses dos principais destinatários das normas de direitos humanos<sup>504</sup>.

Nada obstante, reconhecem-se avanços na teoria das transposições jurisprudenciais desenvolvida por Ruitemberg Pereira, entretanto, não há uma definição inequívoca de precedente judicial tal qual defendida nesta pesquisa, qual seja, dissociada à ideia de norma jurídica; como instrumento dialógico entre texto de norma e a realidade; que necessariamente venha a impor ganho hermenêutico enquanto paradigma para o próximo caso analisado.

Ademais, tal teoria das transposições jurisprudenciais também se fundamenta no pluralismo normativo para fins de justificar algo refutado nesta pesquisa, quais sejam, relacionados à discricionariedade judicial, ao ativismo judicial e ao malferimento à interdependência harmoniosa entre os poderes estatais. Neste ponto, Ruitemberg Pereira delega ao juiz doméstico e ao juiz internacional ou estrangeiro a condição análoga a de juízes-legisladores, afirmando peremptoriamente que, estes passariam a fazer concorrência com os

---

<sup>502</sup> “[...] na medida em que sugere que os tribunais internacionais devem aprofundar o conhecimento e o uso da jurisprudência nacional em suas argumentações, como prática que consagra os valores do pluralismo normativo e da democratização da formação do direito internacional representado nos precedentes jurisprudenciais”. (PEREIRA, Ruitemberg Nunes. **Circulação global de precedentes: Teoria das transposições jurisprudenciais de direitos humanos**. 1. ed. Volume I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 6)

<sup>503</sup> “[...] que devem considerar em sua argumentação tanto os precedentes estrangeiros como os precedentes internacionais, num exercício comparativo que guarda pertinência tanto com o aludido pluralismo normativo quanto com outros princípios materiais e procedimentais do direito, tais como a máxima proteção do indivíduo, da igualdade e da coerência normativa interna e externa”. (PEREIRA, Ruitemberg Nunes. **Circulação global de precedentes: Teoria das transposições jurisprudenciais de direitos humanos**. 1. ed. Volume I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 6)

<sup>504</sup> “Evidentemente que a circulação global de precedentes jurisprudenciais não é a solução para todos os problemas de incoerência e de ineficácia do direito internacional dos direitos humanos. No entanto, a aposta teórica que desenvolvemos é a de que ela pode contribuir positivamente para a melhoria dos sistemas nacionais e internacionais de proteção desses direitos”. (PEREIRA, Ruitemberg Nunes. **Circulação global de precedentes: Teoria das transposições jurisprudenciais de direitos humanos**. 1. ed. Volume I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 9)

legislativos nacionais na tarefa de produzir o direito de forma independente, denominado de *montée en puissance* dos juízes<sup>505</sup>.

Apesar disto, e para ser fidedigno, Ruitemberg Nunes Pereira<sup>506</sup> não desconhece as críticas concernentes à dimensão política da teoria das transposições jurisprudenciais no que diz respeito à separação dos poderes dos Estados e em relação ao ativismo judicial. Afirma o Autor, porém, que, tais críticas não guardam pertinência direta e imediata com sua tese defendida, uma vez que, o risco de suas ocorrências poderem se configurar com ou sem as transposições jurisprudenciais. Ademais, defende Ruitemberg Nunes Pereira que, o ativismo judicial se mostra inerente à própria atividade jurisdicional, sempre sujeita a excessos do poder de julgar, principalmente quanto se avança na seara das competências legislativas<sup>507</sup>. Quanto aos agentes executivos, a acusação à sua tese seria a de que as transposições jurisprudenciais poderiam servir de instrumento de introdução de normas internacionais que não foram ratificadas pela diplomacia do Estado. Neste ponto, também o Autor refuta o argumento pois, ainda que ocorresse tal hipótese, esta viria acompanhada de interpretação e aplicação de outras normas internacionais ou nacionais mais gerais, e, por via de consequência, ofereceriam suporte à decisão judicial instrumentalizada.

Apesar disto, também destaca Ruitemberg Nunes Pereira que, tais críticas quanto à dimensão política e a discricionariedade judicial são substanciais e, portanto, devem fazer parte do “cálculo político” quando tomadas ou referendadas as decisões judiciais baseadas na tese das transposições jurisprudenciais. Nesta esteira, tais ilações não afastariam, *per si*, a possibilidade destas transposições, e tal responsabilidade deve ser alargada não somente ao Judiciário, mas às instituições públicas e privadas em geral<sup>508</sup>.

<sup>505</sup> “[...]com a desmultiplicação institucional, ampliam-se as fontes de produção do direito jurisprudencial, que vai alimentar as transposições da jurisprudência em escala global. Neste cenário, verifica-se também dimensão política, pois são os juízes que se apresentam como candidatos para preencher o espaço político deixado pelo declínio dos Estados”. (PEREIRA, Ruitemberg Nunes. **Circulação global de precedentes: Teoria das transposições jurisprudenciais de direitos humanos**. 1. ed. Volume II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 359)

<sup>506</sup> “A prática das transposições pode causar tensões políticas tanto em relação aos órgãos legislativos quanto aos executivos dos Estados”. (PEREIRA, Ruitemberg Nunes. **Circulação global de precedentes: Teoria das transposições jurisprudenciais de direitos humanos**. 1. ed. Volume II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 358)

<sup>507</sup> “O argumento é o de que juízes utilizam precedentes estrangeiros e internacionais para fundamentar pontos de vista que, ordinariamente, não seriam corroborados na via legislativa. Outro argumento é o de que também os juízes podem ser instrumentalizados por entidades privadas, que deles se poderia valer para fazer prevalecer seus próprios interesses em detrimento do debate político no âmbito dos processos legislativos”. (PEREIRA, Ruitemberg Nunes. **Circulação global de precedentes: Teoria das transposições jurisprudenciais de direitos humanos**. 1. ed. Volume II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 358)

<sup>508</sup> “O mais difícil de superar são as limitações de ordem política, levadas a efeito por Estados que não pretendem tornar público ao mundo, de forma facilitada e amplamente acessível, o modo como decidem questões de direitos humanos. Neste cenário, é fundamental o papel que tem sido desempenhado por diversas organizações não governamentais e internacionais, que acompanham *in loco* as decisões dos tribunais

De fato, não se desconhece a importância dos referenciais teóricos e práticos desenvolvidos por Ruitemberg Nunes Pereira em relação à teoria das transposições jurisprudenciais analisada nesta pesquisa. Depreende-se, contudo, que o Autor na sua tese parte de uma premissa inexorável e irrefutável: os juízes são os protagonistas escolhidos – pelo sistema jurídico, pelas circunstâncias da pós-modernidade, pela viragem neoinstitucional<sup>509</sup> etc - para esse relevante papel de produção e aplicação de normas jurídicas para fins de concretização dos direitos humanos em escala internacional.

Refuta-se, entretanto, tal premissa, principalmente quando alicerçada sob a pretensa justificativa legitimadora do ativismo judicante atribuída ao paradoxo do Estado, ou seja, ao Estado-violador e, ao mesmo tempo, Estado-protetor dos direitos humanos. De imediato, esta justificativa - legítima e paradoxal - deve ser atribuída a todos os poderes estatais, inclusive ao Poder Judiciário, em maior ou menor medida. Desta forma, não há de se falar em uma suposta espécie de salvo conduto aos agentes judiciários em detrimento dos agentes executivos e legislativos, sendo aqueles, inclusive, não legitimados pela soberania popular.

Por conseguinte, Ruitemberg Nunes Pereira defende ainda que, a circulação de precedentes em termos da teoria das transposições jurisprudenciais possibilita a formação de um *corpus* de conhecimento jurídico capaz de contribuir para o desenvolvimento do direito internacional dos direitos humanos<sup>510</sup>. Neste ponto, tratar-se-ia de um verdadeiro bem público global, sendo o *corpus juris* incrementado substantivamente pelo surgimento de diversas bases de dados globais da jurisprudência dos Estados e de instituições internacionais, consolidados por vezes em única fonte de pesquisa<sup>511</sup>.

---

nacionais e atuam no sentido de impugná-los no cenário internacional ou adotá-las como modelo de impugnação de outras práticas estrangeiras. De toda sorte, é a dimensão política das transposições jurisprudenciais que se coloca novamente em cena”. (PEREIRA, Ruitemberg Nunes. **Circulação global de precedentes**: Teoria das transposições jurisprudenciais de direitos humanos. 1. ed. Volume II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 357-358)

<sup>509</sup> “A teoria das transposições jurisprudenciais é fortemente influenciada pela viragem neoinstitucional da sociedade internacional, que por sua vez está associada às transformações do papel político dos Estados nacionais. Nesse sentido, a tese se põe de acordo com a doutrina de que, longe de se poder falar no desaparecimento do Estado, ao contrário, o que se percebe na atualidade é apenas realocação dos poderes políticos do Estado. O Estado perde muito de sua hegemonia no contexto internacional, mas ainda continua sendo o principal centro de produção e de aplicação do direito internacional”. (PEREIRA, Ruitemberg Nunes. **Circulação global de precedentes**: Teoria das transposições jurisprudenciais de direitos humanos. 1. ed. Volume II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 358-359)

<sup>510</sup> “Tal contribuição pode-se dar tanto em termos da formação de uma opinião pública internacional baseada no modo como os tribunais nacionais e internacionais compreendem as questões de direitos humanos, como também em termos de formação de base de conhecimento sobre os enunciados normativos desses direitos”. (PEREIRA, Ruitemberg Nunes. **Circulação global de precedentes**: Teoria das transposições jurisprudenciais de direitos humanos. 1. ed. Volume II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 357)

<sup>511</sup> “Várias iniciativas têm sido identificadas, com excelentes resultados em termos de acesso e disponibilidade. Essas bases facilitam o trabalho dos juízes nacionais e permitem a transposição da jurisprudência de outros juízes, notadamente se tivermos em conta que os juízes normalmente produzem direito de maneira

Apesar de os avanços, também não desconhece Ruitemberg Nunes Pereira o fato de que ainda é limitado o número de Estados que se preocupam em tornar transparente, globalmente, a sua prática jurisprudencial. Neste ponto, diversas causas de natureza financeira<sup>512</sup>, político-cultural<sup>513</sup> etc, podem ser identificadas para tal desiderato, merecendo, portanto, arregimentação doméstica e internacional para possíveis mudanças no futuro.

De qualquer sorte, são relevantes as ponderações e as contribuições de Ruitemberg Nunes Pereira quanto à temática dos precedentes estrangeiros e internacionais, ainda que sob a análise da teoria das transposições jurisprudenciais<sup>514</sup>. Neste contexto, propõe-se o aprofundamento do estudo do significado dos precedentes judiciais, ressaltando que, se tratam de linguagem viva, dotadas de caráter dinâmico e capazes de propor uma desejada autorreflexão à ciência jurídica com um todo no plano estatal interno e externo<sup>515</sup>.

independente em relação aos Estados nacionais aos quais estão vinculados”. (PEREIRA, Ruitemberg Nunes. **Circulação global de precedentes: Teoria das transposições jurisprudenciais de direitos humanos**. 1. ed. Volume II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 357)

<sup>512</sup> “[...] os custos financeiros destas medidas parecem ter um peso importante, especialmente se considerarmos que a disponibilização da jurisprudência, especialmente a nacional, que é quantitativamente elevada, além de envolver elevados custos não representam um ganho correspondente para os Estados”. (PEREIRA, Ruitemberg Nunes. **Circulação global de precedentes: Teoria das transposições jurisprudenciais de direitos humanos**. 1. ed. Volume II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 357)

<sup>513</sup> “Na base dessa problemática, está o histórico dilema da relação entre o universal e o particular, do relativismo e do universalismo, do internacional e do nacional. A temática do direito comparado e o problema dos transplantes jurídicos tocam profundamente nessas questões. A problemática de uma utopia do precedente judicial universal retrata essa difícil e, não raramente, tensa relação entre comunidades internas e comunidades externas. Um cosmopolitismo judicial seria a alternativa? A resposta a essa questão impõe uma gama de variantes, nem sempre confiáveis com a realidade do fenômeno das transposições jurisprudenciais. No entanto, o que nos interessa mais de perto é analisar as possibilidades que o precedente judicial propicia nessas interações interculturais”. (PEREIRA, Ruitemberg Nunes. **Circulação global de precedentes: Teoria das transposições jurisprudenciais de direitos humanos**. 1. ed. Volume I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 4)

<sup>514</sup> “Nesse sentido é que vamos encontrar sobre o tema bibliografia vasta e crescente, que versa sobre aspectos diferentes das transposições jurisprudenciais, tais como: 1) globalização dos julgamentos; 2) globalização judicial; 3) empréstimos constitucionais; 4) peregrinação e importação jurisprudencial; 5) comparatismo jurídico; 6) *jus gentium* moderno; 7) diálogos interjudiciais ou diálogos inter-cortes; 8) livre movimento dos julgados; 9) diálogos de juízes; 10) fertilização cruzada; 11) diálogos transjudiciais; 12) transjudicialismo; 13) diálogos judiciais transnacionais; 14) transplantes jurídicos; 15) (trans)migração jurídica; 16) cosmopolitização da justiça; 17) julgamentos cruzados (*cross-judging*); 18) comunicação transjudicial; 19) internacionalização dos juízes; 20) conversação judicial transnacional; 21) uso interjurisdicional dos precedentes; 22) jurisprudência constitucional global; 23) transferências constitucionais; 24) diálogo jurisprudencial; 25) jurisprudência globalizada; 26) polinização global cruzada; 27) difusão jurídica; 28) diálogo de *common laws* transnacionais; 29) interação jurisprudencial; 30) empréstimos inter-cortes e 31) conversações entre juízes. (PEREIRA, Ruitemberg Nunes. **Circulação global de precedentes: Teoria das transposições jurisprudenciais de direitos humanos**. 1. ed. Volume I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 7)

<sup>515</sup> “[...] a análise das dinâmicas internas, externas e transversais das transposições jurisprudenciais demonstra a complexidade das interações e redes de conexão estabelecidas entre os precedentes judiciais. Essa análise confirma a necessidade de um autêntico aprofundamento do método comparativo, de tal modo que as transposições jurisprudenciais sejam precedidas do mais amplo estudo sobre os significados dos precedentes não apenas no caso em que fora editado, mas nas diversas transposições subsequentes”. (PEREIRA, Ruitemberg Nunes. **Circulação global de precedentes: Teoria das transposições jurisprudenciais de direitos humanos**. 1. ed. Volume II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 362)

Por outro giro, Juraci Mourão e Isabelly Cysne<sup>516</sup>, referindo-se ao pensamento de John Yoo, registram 03 (três) motivos contrários sobre a utilização de precedentes estrangeiros pela Suprema Corte americana: (1) o deferimento de deferência aos tribunais estrangeiros, implicando-lhes autoridade federal fora dos limites da carta constitucional americana; (2) a confiança nos precedentes estrangeiros romperia a relação entre o povo americano e seu governo, porquanto os tribunais estrangeiros estão interpretando um documento diferente dentro de um contexto político e constitucional diferente<sup>517</sup>; e, por fim, (3) o uso de precedentes estrangeiros pela Suprema Corte dos EUA se concentrou nas decisões europeias, não estando claro se os Estados Unidos deveriam procurar coordenar suas soluções constitucionais para problemas com os da Europa, que sofreu de grave instabilidade política nos últimos dois séculos, por vezes ideologias políticas extremas<sup>518</sup>.

Igualmente, ainda quanto à confrontação do precedentalismo estrangeiro e internacional frente aos tribunais estadunidenses, Juraci Mourão e Isabelly Cysne<sup>519</sup> também

---

<sup>516</sup> Os Autores se referem à obra: de John Yoo sobre o uso de precedentes estrangeiros pela Suprema Corte para casos constitucionais. **Em pesquisa na fonte original**, tem-se: “*This essay has sought to identify several problems raised by the Supreme Court’s recent use of foreign precedents in interpreting the Constitution. If these citations are no more than simply ornamental or are no more than friendly suggestions from another jurisdiction, then there is little about which to be concerned. If reliance on foreign precedents represents a more significant trend, however, there are several difficulties that arise. First, if foreign courts are receiving some sort of deference, then they may well be exercising federal authority outside the bounds of our Constitution. Second, reliance on such decisions breaks the relationship between the people and their government as expressed in the Constitution, because foreign courts are interpreting a different document within a different constitutional and political context. Third, to the extent use of these precedents has focused on European decisions, it is unclear whether the United States should seek to coordinate its constitutional solutions to problems with those of Europe, which has suffered from serious political instability over the last two centuries brought about by sometimes extreme political ideologies [...]*”. (YOO, John. Peeking Abroad? The Supreme Court’s Use of Foreign Precedents in Constitutional Cases. University of California at Berkeley School of Law. Public Law and Legal Theory Research Paper Series, 2004, p. 1-18)

<sup>517</sup> “Especificamente sobre o controle de constitucionalidade e a distribuição interna de competências, Yoo relembra que no seminal precedente *Marbury vs. Madison* viabilizou-se a invalidação de lei infranconstitucional utilizando o critério do desborde das competências delegadas pelo povo para as autoridades constituídas. Assim, ao se valer de precedentes formados em face de outros documentos jurídicos, a Suprema Corte estaria atuando fora de sua função de proteger a constituição americana e não qualquer outro estatuto normativo, na específica maneira que ela delegou os poderes conferidos pelo povo a suas autoridades”. (LOPES FILHO, Juraci Mourão; MAIA, Isabelly Cysne Augusto. O uso de precedentes estrangeiros e a declaração de Estado de Coisas Inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, n. 117, p. 219-273, jul./dez. 2018, p. 228-229)

<sup>518</sup> “Ele cita a estabilidade institucional norte-americana nos últimos duzentos anos, mediante a manutenção de um modelo lockeano de separação de poderes, o federalismo e seu próprio *Bill of Rights*; enquanto, durante o mesmo período, a Europa passou por convulsões intestinas, tendo apelado a ideologias extremadas como o comunismo e o nazismo, os quais, destaca, mataram milhões de pessoas. Projeta a hipótese de a Suprema Corte ter importado, naquele período, precedentes de tribunais nazistas ou comunistas que, na ocasião, pareciam avançadas”. (LOPES FILHO, Juraci Mourão; MAIA, Isabelly Cysne Augusto. O uso de precedentes estrangeiros e a declaração de Estado de Coisas Inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, n. 117, p. 219-273, jul./dez. 2018, p. 229)

<sup>519</sup> Os Autores se referem ao diálogo acadêmico entre dois juízes da Suprema Corte americana em pesquisa feita por Norman Dorsen. **Em pesquisa na fonte original**, têm-se as perguntas inaugurais formuladas a ambos os juízes da Suprema Corte americana: “*When we talk about the use of foreign court decisions in U.S. constitutional cases, what body of foreign law are we talking about? Are we limiting this to foreign*

trazem argumentos desfavoráveis de Antonin Scalia<sup>520</sup> à utilização de precedentes estrangeiros pela Suprema Corte americana para fins de interpretação da constituição. Já que e, por outro lado, mencionam postulados favoráveis à tal desiderato da lavra de Joseph Breyer<sup>521</sup>. Em seguida, após a constatação inequívoca de que o precedente estrangeiro transita

---

*constitutional law? What about statutes and, where it exists, common law? What about cases involving international law, such as the interpretation of treaties, including treaties to which the U.S. is a party? When we talk about the use of foreign court decisions in U.S. law, do we mean them to be authority or persuasive, or merely rhetorical? If, for example, foreign court decisions are not understood to be precedent in U.S. constitutional cases, they nevertheless strengthen the sense that the U.S. assumes a common moral and legal framework with the rest of the world. If this is so, is that in order to strengthen the legitimacy of a decision within the U.S., or to strengthen a decision's legitimacy in the rest of the world? Or for some other reason? Most generally, is it appropriate for our judges to use and cite to foreign materials in the course of deciding constitutional cases? If so, does the practice tend to undermine the uniqueness of the American constitutional experience? Or does it deepen the sources for constitutional decision making and thereby strengthen it? So, I invite our distinguished guests to respond to any or none of those points, and to make whatever comments they wish in their conversation.”. (DORSEN, Norman. The relevance of foreign legal materials in U.S. constitutional cases: A conversation between Justice Antonin Scalia and Justice Stephen Breyer. **International Journal of Constitutional Law**, v. 3, issue 4, 1 p. 519-541, oct. 2005)*

<sup>520</sup> “Scalia descreve três visões de se interpretar a constituição norte-americana: a) historicamente, segundo o que é chamado de originalismo, em que se tenta compreender o que se quis prescrever quando da adoção da constituição e não no momento atual, sendo necessário traçar uma rígida distinção entre interpretar e reescrever o texto constitucional; b) interpretar a constituição buscando os padrões morais americanos vigentes no presente; e c) buscando qual a melhor solução para o caso, não segundo o que foi posto pelos autores da constituição, não segundo os padrões morais vigentes, mas segundo a melhor maneira que o juiz possa agir para obter essa solução, inclusive buscando as opiniões de outros juízes e estudiosos pelo mundo. No primeiro caso, o único direito estrangeiro que importaria, segundo Scalia, seria o antigo direito inglês, vigente anteriormente à constituição americana e que permite entender algumas expressões originais como *due process of law* ou *right of confrontation*. Ele destaca que nos *federalist papers* havia vasta citação de direito estrangeiro, mas naquela ocasião se tinha em mente escrever uma nova constituição e não interpretar uma já adotada. A segunda visão exclui, por definição, o direito estrangeiro, porque foca nos padrões específicos da sociedade americana. Apenas a terceira perspectiva autoriza a busca pelo direito estrangeiro, mas, a seu ver, é uma visão que pressupõe os juízes, oriundos de uma camada bastante específica e aquinhoadada da população estadunidense, estarem em uma melhor posição em relação a qualquer outro cidadão ou autoridade pública para interpretar a constituição, enquanto, na verdade, eles são peças em um jogo muito mais amplo que debate e interpreta a constituição. É fácil perceber que a oposição de Scalia diverge em parte de Yoo, pois o *Justice* não opôs questões formais de delegação de poderes, mas uma perspectiva substancial que parte de uma questão hermenêutica: qual a maneira adequada de se interpretar a constituição americana? E a relevância ou irrelevância do direito estrangeiro deriva diretamente do paradigma interpretativo adotado. Não se trata, pois, de um desacordo fático ou jurídico, mas eminentemente de moralidade e fidelidade, refletindo concepções diferentes de direito. É um desacordo de ordem profunda. A oposição exposta por Scalia também se funda na arbitrariedade de escolha de qual precedente estrangeiro selecionar e em que tribunal, deixando a prática sujeita a manobras, porque se citam apenas casos que reforçam o entendimento já adotado pelo julgador. No debate, é destacado não se encontrar dos votos de Breyer referência a cortes sul-americanas, asiáticas ou mesmo muçumanas. Para Scalia, essa arbitrariedade é o maior risco”. (LOPES FILHO, Juraci Mourão; MAIA, Isabelly Cysne Augusto. O uso de precedentes estrangeiros e a declaração de Estado de Coisas Inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, n. 117, p. 219-273, jul./dez. 2018, p. 230-232)

<sup>521</sup> “Por outro lado, Breyer sustenta que questões submetidas à *Suprem Court* são similares a outras já enfrentadas por outros países, e se verifica uma análise arguta e inteligente, não haveria nada a impedir, justamente porque acrescenta na compreensão de problemas, que seriam próprias do ser-humano, independentemente de sua nacionalidade. Isso em vez de representar uma subjetividade do julgador, demonstra uma busca de uma visão pública geral sobre o tema. A maneira de Breyer encarar a citação de direito estrangeiro nos escritos federalistas é completamente distinta, pois, para ele, evidenciaria que os fundadores da nação norte-americana consideram que há problemas comuns a todos os humanos. [...]. Esse é um ponto importante na posição de Breyer e que se explorará no ponto seguinte, que é a premissa de que haja o compartilhamento de princípios. Breyer mesmo defendendo a prática, reconhece que não toma o precedente

mais próximo da força material (correção, justiça e contributo interpretativo) do que propriamente da força formal (vinculação em virtude de lei *lato senso*), os Autores<sup>522</sup> registram que, a importância do exemplo da Constituição Sul-Africana, qual seja, onde inexistia óbice constitucional de natureza formal impedindo a busca do direito estrangeiro para fins de interpretação de direitos fundamentais. Apesar disto, se vislumbra no texto constitucional Sul-Africano uma diferença de gradação entre o precedente internacional (dever de observação) e o precedente estrangeiro (possibilidade de observação)<sup>523</sup>.

De qualquer forma, Crista Rautenbach<sup>524</sup> registra que, enquanto o resto do mundo continua a debater os prós e os contras do comparativismo judicial, o Tribunal Constitucional da África do Sul vem desenvolvendo uma lista de referência impressionante de precedentes estrangeiros. Neste particular, apesar de os precedentes estrangeiros não serem propriamente

---

estrangeiro como formalmente vinculante, o que não retira a validade de seu uso, justamente por viabilizar o uso de um caso em que já tenham argumentos e contra-argumentos amadurecidos e apreciados”. (LOPES FILHO, Juraci Mourão; MAIA, Isabelly Cysne Augusto. O uso de precedentes estrangeiros e a declaração de Estado de Coisas Inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, n. 117, p. 219-273, jul./dez. 2018, p. 232-233)

<sup>522</sup> “Com efeito, a constituição sul-africana é expressa em dispor que, em matéria de direitos fundamentais, é possível o recurso a direito estrangeiro. É o que se ler na Seção 39 (1): When interpreting the Bill of Rights, a court, tribunal or forum– (a) must promote the values that underlie an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom; (b) must consider international law; and (c) may consider foreign law. [...]”. (LOPES FILHO, Juraci Mourão; MAIA, Isabelly Cysne Augusto. O uso de precedentes estrangeiros e a declaração de Estado de Coisas Inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, n. 117, p. 219-273, jul./dez. 2018, p. 236)

<sup>523</sup> Os Autores mencionam comentário da seção 39 (1) da constituição sul-africana realizado por Christa Rautenbach. **Em pesquisa na fonte original**, tem-se: “*The wording of subsections (b) and (c) suggests a difference in approach to international and foreign law. In the case of international law the court must consider it, and in the case of foreign law the courts may consider it. Though there is a clear difference between the two auxiliary verbs “may” and “must”, both of them are linked with the verb “consider”, which has a variety of meanings such as to “think carefully about (something)”;* to “regard (someone or something) as having a specified quality”; to “take something into account when making a judgement”; and to “look attentively at”. As will be illustrated, these types of actions are all employed by the Constitutional Court in one way or another during its reasoning process.”. (RAUTENBACH, Christa. The South African constitutional court’s use of foreign precedent in matters of religion: without fear or favour? **Potchefstroom Electronic Law Journal/Potchefstroomse Elektroniese Regsblad**, v. 18, n. 5, p. 1547-1548, 2015)

<sup>524</sup> “A autora fez levantamento nos julgados mais recentes e identificou que, de 1994 até 2010, a corte constitucional sul-africana proferiu 437 julgamentos. Em 223 deles, mais da metade, portanto, foram citados um total de 3.047 precedentes estrangeiros, o que evidencia uma intensa influência que, certamente, enriquece o trato hermenêutico e argumentativo da matéria, em havendo um uso adequado dos precedentes. Talvez por manter esse intenso diálogo internacional, a Corte Constitucional da África do Sul possui notabilidade mundial ao ponto de ser um dos tribunais mais referidos pela Suprema Corte dos Estados Unidos, ao lado da canadense, alemã, britânica e indiana, além da já aludida Corte Europeia de Direitos humanos. A experiência sul-africana demonstra, pois, que, mesmo ante a ausência de qualquer barreira formal e expressa autorização de uso, o que importa são razões substanciais”. (LOPES FILHO, Juraci Mourão; MAIA, Isabelly Cysne Augusto. O uso de precedentes estrangeiros e a declaração de Estado de Coisas Inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, n. 117, p. 219-273, jul./dez. 2018, p. 237)



vinculativos ou persuasivos, a Corte africana os utiliza de forma recorrente sem o temor de que o transjudicialismo colocaria em risco a soberania dos tribunais Sul-Africanos<sup>525</sup>.

De fato, entusiasta Crista Rautenbach com o judicialismo comparativo realizado pela Suprema Corte sul-africana. Ressalta a Autora, portanto, as razões substanciais (ou materiais) para utilização dos precedentes estrangeiros, na medida em que, enrique o raciocínio judicial e mantem a “mente judiciária” aberta às novas ideias, problemas, argumentos e soluções. Neste ponto, também se evidenciam contribuições da legislação estrangeira à legislação sul-africana, mencionando ainda a contextualização transnacional em ação<sup>526</sup>.

Conforme já reiterado nesta pesquisa, a adequada utilização de precedente estrangeiro se mostra relevante, porquanto se analisará precedentes do Tribunal de Justiça da União Europeia em seções posteriores para fins de configuração do direito ao esquecimento no meio ambiente digital. Neste sentido, faz-se *mister* perscrutar e identificar os elementos materiais (substanciais) que orientam o uso do precedente estrangeiro.

Neste contexto, Juraci Mourão e Isabelly Cysne<sup>527</sup> apresentam algumas ilações parciais sobre o assunto. De início, destaca-se o recrudescimento do intercâmbio de ideias

---

<sup>525</sup> “*Whilst the rest of the world is debating the pros and cons of judicial comparativism, the South African Constitutional Court has been developing, without much ado, an impressive reference list of foreign precedents, without fear or favour. [...] Never considering foreign precedents to be binding or persuasive, the Court has been protecting its independence. It does not share the fears of some that transjudicialism would endanger the sovereignty of courts*”. (RAUTENBACH, Christa. The South African constitutional court’s use of foreign precedent in matters of religion: without fear or favour? **Potchefstroom Electronic Law Journal/Potchefstroomse Elektroniese Regsblad**. v. 18, n. 5, p. 1547-1548, p. 1564, 2005)

<sup>526</sup> “*Though foreign law is not binding on South African courts, it can still contribute to shaping and developing South African law - constitutional and human rights law, in particular. Everything depends on the manner in which a court resorts to foreign law, and what it does with the information it gleans from such law. The importance of a properly developed comparative jurisprudence in this context can hardly be overstated. It is evident that the Constitutional Court is confident enough that its independence will not be tainted by its propensity to consider foreign jurisprudence. It is not looking at foreign cases because it is clueless about what to do, but because it is the right thing to do - it is transnational contextualisation in action!*”. (RAUTENBACH, Christa. The South African constitutional court’s use of foreign precedent in matters of religion: without fear or favour? **Potchefstroom Electronic Law Journal/Potchefstroomse Elektroniese Regsblad**. v. 18, n. 5, p. 1547-1548, p. 1564, 2005)

<sup>527</sup> “São possíveis primeiras conclusões parciais: a) em razão do compartilhamento mundial de ideias em torno de um constitucionalismo similar, tem havido uma intensa troca entre os países de um modo geral e, de maneira específica, entre os tribunais de competência constitucional; b) o diálogo entre os tribunais se dá tanto por encontros presenciais quanto pela mútua referência jurisprudencial, ao ponto de haver um entusiasmo em torno de uma comunidade internacional de cortes; c) há na tradição latino-americana uma constante referência a direito estrangeiro, ainda que não entre países da região, sendo mais comum recentemente essa busca de diálogo jurisdicional; c) a prática, no entanto, não se restringe a países periféricos, sendo também comum em países centrais, como os EUA e o Canadá; d) as oposições apresentadas à tal prática são de duas ordens, (c.1) formal (ligadas a questão de delegação de competência e a falta do reconhecimento de uma deferência autorizativa à corte alienígena), (c.2.) materiais, de ordem hermenêutica (ligadas ao modo que se entende devido para interpretar a constituição e os direitos humanos) e fáticas (ligadas aos contextos que cercam os casos pretéritos e atuais); e) mesmo quem defende a aplicação dos precedentes estrangeiros, o faz por razões materiais, por considerar válidas as oposições formais”. (LOPES FILHO, Juraci Mourão; MAIA, Isabelly Cysne Augusto. O uso de precedentes estrangeiros e a de-

entre os tribunais de competência constitucional, partindo-se como premissa a existência de um constitucionalismo similar. Neste particular, apesar de os relativismos culturais e das peculiaridades sócio-político-históricas entre os diversos países e sistemas jurídicos, a similaridade constitucional gira em torno da pauta comum da proteção dos direitos humanos em escala internacional.

Por outro giro, não se comunga inteiramente da tese sobre a possível existência de uma comunidade internacional de cortes, conforme já delineado em seções anteriores. Assim, o melhor sentido empregado à ideia de comunidade é o dialógico, isto é, defende-se o contínuo e enriquecedor “diálogo internacional de cortes”, quer presencialmente, quer por referência jurisprudencial internacional ou estrangeira.

Por conseguinte, as oposições de natureza formal impostas à utilização dos precedentes estrangeiros por cortes nacionais se consideram inteiramente válidas. Não se depreende formalmente qualquer vinculação das cortes nacionais em observância aos precedentes estrangeiros. De forma contrária, em alguns casos, podem ser obrigatórios e vinculantes do ponto de vista formal os precedentes internacionais, e, como no exemplo sul-africano, existir mandamento constitucional com esta envergadura.

Com efeito, a defesa desta tese é a de que, pode (e deve) existir vinculação de natureza material para fins de utilização dos precedentes estrangeiros. Em outras palavras, os elementos de natureza material (justificação, integridade e coerência) brilharam com maior intensidade no que diz respeito à gradação da vinculação dos precedentes estrangeiros em face de as jurisdições nacionais. Neste particular, o próprio conceito de precedente judicial enquanto resposta institucional dialógica que impõe ganha hermenêutico joga luzes nesta asserção. Assim, a proteção internacional dos direitos humanos deve ser levada à sério, inexistindo nacionalidade os precedentes judiciais que simbolizam esta tratativa universal.

#### **4.6.3 Da invocação ornamental ao uso adequado: a busca de elementos substanciais dos precedentes estrangeiros**

Conforme se pesquisou nas seções anteriores, trata-se de fenômeno recorrente a citação de precedentes judiciais estrangeiros nas decisões judiciais entres os tribunais de diversos países de sistemas jurídicos diferentes. A questão relevante é delinear até que ponto esta citação produzirá consequências jurídicas substanciais, ou seja, se se trata apenas de

recurso estilístico judicante ou de a formação de verdadeiro precedente judicial estrangeiro a transplantar o seu DNA com ganho hermenêutico a ser reproduzido ao próximo caso analisado no diálogo internacional de cortes.

De imediato, não basta apenas o discurso entusiástico; o reforço argumentativo<sup>528</sup> ou retórico<sup>529</sup> sob pena de nulidade do julgado, isto é, caso se trate apenas de invocação ornamental<sup>530</sup> do precedente judicial estrangeiro como razão efetiva para decidir sem base suficiente em outra fundamentação autônoma. Neste ponto, levar a fundamentação do julgado a sério também implicará em consequências jurídicas determinantes na utilização do precedente judicial estrangeiro pela corte nacional<sup>531</sup>.

<sup>528</sup> “Por sua vez, o advogado que pincela decisões estrangeiras como simples reforço argumentativo, sem perquirir todos os elementos substanciais que autorizam o adequado uso no julgamento nacional, não poderá exigir posteriormente que o tribunal analise expressamente a incidência desse precedente estrangeiro de maneira específica e detida. Só será indispensável a análise das demais alegações autônomas e suficientes para embasar a pretensão”. (LOPES FILHO, Juraci Mourão; MAIA, Isabelly Cysne Augusto. O uso de precedentes estrangeiros e a declaração de Estado de Coisas Inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, n. 117, p. 219-273, jul./dez. 2018, p. 240)

<sup>529</sup> “O tribunal pode se valer desse recurso retórico, sem escrutínio dos elementos substanciais do precedente estrangeiro, se a decisão encontrar base suficiente em outra fundamentação autônoma. Se um juiz apenas aludir superficialmente a um precedente estrangeiro, ou seja, se ele genericamente disser que, por exemplo, a Corte Europeia de Direito Humanos já apresentou igual conclusão, mas sua decisão se calca em uma fundamentação adicional, autônoma e suficiente, não há uso adequado, mas também não se pode falar de nulidade da decisão, justamente por causa da fundamentação adicional e suficiente. No entanto, se essa mera alusão for a base do raciocínio decisório, a decisão é nula”. (LOPES FILHO, Juraci Mourão; MAIA, Isabelly Cysne Augusto. O uso de precedentes estrangeiros e a declaração de Estado de Coisas Inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, n. 117, p. 219-273, jul./dez. 2018, p. 239-240)

<sup>530</sup> “É preciso atentar, porém, que esses dois métodos de se recorrer a precedentes (pelo uso adequado e pela invocação ornamental) nem sempre podem ser escolhidos livremente pelo julgador. Há casos em que o esquadrinhamento do precedente alienígena é obrigatório, o que ocorre por exigência de integridade transnacional, do contraditório e da ampla defesa ou quando a citação é a base da decisão. [...]. É possível dizer, portanto, que se o precedente estrangeiro é fundamental e indispensável para o julgamento em razão de um dever de integridade ou do contraditório e da ampla defesa, por ter sido invocado detalhadamente por uma das partes, com demonstração de sua aplicabilidade no Brasil, ele também deverá ser tratado adequadamente na decisão mediante a análise de todos os elementos a serem aqui propostos, jamais aludido de maneira meramente superficial. O dever em face da invocação pelo advogado da parte não deixa de ser uma aplicação do art. 489, §1º, do Código de Processo Civil, que dispõe quando uma decisão não é adequadamente fundamentada, especialmente incisos IV (não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador); V (se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos) e VI (deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento)”. (LOPES FILHO, Juraci Mourão; MAIA, Isabelly Cysne Augusto. O uso de precedentes estrangeiros e a declaração de Estado de Coisas Inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, n. 117, p. 219-273, jul./dez. 2018, p. 240-241)

<sup>531</sup> “A proposta desses critérios que devem ser considerados expressamente na fundamentação da decisão e no arrazoado do advogado que invoque a seu favor a aplicação do precedente estrangeiro permite ainda a distinção entre o efetivo uso de um precedente daquilo que se pode chamar de mero exercício de erudição, consistente em apenas lançar mão do entendimento de uma corte de outro país. Utilizar um precedente é diferente desse recurso estilístico, não se confunde com mera alusão”. (LOPES FILHO, Juraci Mourão; MAIA, Isabelly Cysne Augusto. O uso de precedentes estrangeiros e a declaração de Estado de Coisas

Cumpra-se investigar tecnicamente, portanto, os possíveis elementos materiais (ou substanciais) que autorizariam a utilização dos precedentes estrangeiros por cortes nacionais como fundamentos nucleares de decidir dos magistrados e dos tribunais nacionais. Dito de outra forma, buscam-se instrumentos concernentes ao conteúdo dos julgados e, por consequência, aos respectivos ganhos hermenêuticos para a solução das querelas jurídicas em debate. Neste ponto, o entrelaçamento com questões formais se faz relevante apenas quando depurado em conjunto com os elementos substanciais.

Inicialmente, Juraci Mourão e Isabelly Cysne<sup>532</sup> mencionam a existência de um preâmbulo silencioso entre o país de origem do precedente e o país onde o precedente será aplicado. Neste particular, a similaridade social, jurídica e de moral política entre estes países devem evidenciar um compartilhamento de princípios similares. Acredita-se, pois, se tratar de questão viabilizadora da aplicação do precedente judicial. De fato, difícil tarefa seria, p. ex., a frutificação da ideia de utilização de precedente estrangeiro produzido em um tribunal de um país islâmico radical a ser aplicado por corte de um país absolutamente laico.

Com efeito, Ronald Dworkin<sup>533</sup> afirma que, o direito é um conceito interpretativo, construtivo e fraternal, sendo seu império definido pela atitude, não pelo território, o poder ou

Inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, n. 117, p. 219-273, jul./dez. 2018, p. 239)

<sup>532</sup> Para os Autores, tal preâmbulo silencioso evidenciará o paradigma da integridade, no sentido de estar embasado em princípios comuns entre os países. Tem-se: “Nessa linha, o uso adequado de precedente estrangeiro, envolve inicialmente a demonstração de integridade, demonstrando que o país do tribunal de origem partilha aspectos culturais, sociais e políticos similares aos do Brasil (o que pode ser comprovado, por exemplo, pela existência de tratados ou convenções de direitos humanos que ambos sejam signatários), a fim de evidenciar que comungam de princípios similares, que orientem tanto o tribunal alienígena quanto o nacional. Também envolve a observância da coerência do precedente tanto da origem quanto com outras decisões e normas brasileiras assim como como a justificação da decisão base do precedente estrangeiro”. (LOPES FILHO, Juraci Mourão; MAIA, Isabelly Cysne Augusto. O uso de precedentes estrangeiros e a declaração de Estado de Coisas Inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, n. 117, p. 219-273, jul./dez. 2018, p. 248-249.)

<sup>533</sup> “Teorias gerais do direito são, para nós, interpretações gerais da nossa própria prática judicial. [...] O direito não é esgotado por nenhum catálogo de regras ou princípios, cada qual com seu próprio domínio sobre uma diferente esfera de comportamentos. Tampouco por alguma lista de autoridades com seus poderes sobre parte de nossas vidas. [...] Estudamos essa atitude principalmente em tribunais de apelação, onde ela está disposta para a inspeção, mas deve ser onipresente em nossas vidas comuns se for para servir-nos bem, inclusive nos tribunais. É uma atitude interpretativa e autorreflexiva, dirigida à política no mais amplo sentido. É uma atitude contestadora que torna todo cidadão responsável por imaginar quais são os compromissos públicos de sua sociedade com os princípios, e o que tais compromissos exigem em cada nova circunstância. O caráter contestador do direito é confirmado, assim como é reconhecido o papel criativo das decisões privadas, pela retrospectiva da natureza judiciousa das decisões tomadas pelos tribunais, e também pelo pressuposto regulador de que, ainda que os juízes devam sempre ter a última palavra, sua palavra não será a melhor por essa razão. A atitude do direito é construtiva: sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado. É, por último, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções. Isto é, de qualquer forma, o que o direito representa para nós: para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ter”. (DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 492)

o processo. Neste ponto, os juízes devem decidir o que é o direito interpretando o modo usual como os demais juízes decidiram o que é o direito (retrospectiva da natureza judicosa das decisões tomadas pelos tribunais). Tem-se, portanto, a importância da adequada construção do precedente judicial enquanto instrumento de autocrítica da própria ciência jurídica, assim como da hermenêutica enquanto ciência da interpretação.

Por conseguinte, Ronald Dworkin apresenta 03 (três) concepções para o direito: (1) o convencionalismo, rejeitando-o, porquanto se considera a melhor interpretação a de que os juízes descobrem e aplicam convenções legais e especiais; (2) o pragmatismo, rejeitando-o, na medida em que encontra na história dos juízes vistos como arquitetos de um futuro melhor, desincumbidos de agir coerentemente uns com os outros; e, (3) o direito como integridade, acolhendo-o, o que compreende a doutrina e a jurisdição<sup>534</sup>.

Neste contexto, o paradigma teórico utilizado para entendimento do precedente judicial nesta pesquisa se refere ao princípio de integridade inclusiva na prestação jurisdicional. Neste ponto, a integridade não se impõe por si mesma: faz-se *mister* o julgamento, que é estruturado por diferentes dimensões de interpretação e seus diferentes aspectos<sup>535</sup>.

Por outro giro, Ronald Dworkin afirma que, os julgamentos de substância são restringidos pelas conflitantes convicções a respeito da adequação, da equidade, da justiça e do devido processo legal adjetivo. Nesta esteira, o julgamento interpretativo deverá observar todas essas dimensões, sob pena de se constituir em simples política disfarçada, por incompetência ou má fé. De outra forma, entretanto, tais dimensões devem ser fundidas numa opinião geral, qual seja, o viés de que a interpretação torna o histórico legal da comunidade o melhor possível sob a ótica da moral política, sendo os julgamentos legais difusamente contestáveis<sup>536</sup>.

---

<sup>534</sup> “Faz com que o conteúdo do direito não dependa de convenções especiais ou de cruzadas independentes, mas de interpretações mais refinadas e concretas da mesma prática jurídica que começou a interpretar”. (DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 489)

<sup>535</sup> “A jurisdição é diferente da legislação, não de uma forma única e unívoca, mas como a complexa consequência da predominância desse princípio. Avaliamos seu impacto reconhecendo a força superior da integridade na prestação jurisdicional, que a torna soberana nos julgamentos de direito, embora não inevitavelmente nos vereditos dos tribunais, ao observar como a legislação convida a juízos políticos, diferentemente da jurisdição, e como a integridade inclusiva aplica distintas restrições à função judicial.” (DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 489)

<sup>536</sup> “Essa é a versão do direito com integridade. Acredito que oferece uma explicação melhor de nosso direito do que o fazem o convencionalismo e o pragmatismo em cada uma das duas principais dimensões da interpretação, de modo que nenhuma troca entre essas dimensões se faz necessária no nível em que a integridade compete com outras concepções. O direito como integridade fornece tanto uma melhor adequação quanto uma melhor justificativa de nossa prática jurídica como um todo. Defendo as exigências da

No que diz respeito à comunidade jurídica organizada na forma de um Estado, dotado de constituição e autoridades com poderes formais para tomada de decisões de moral política, Juraci Mourão e Isabelly Cysne<sup>537</sup> afirmam ser inequívoca a constatação da comunidade de princípios e do princípio da integridade desenvolvido por Ronald Dworkin. Quanto aos precedentes estrangeiros, contudo, há de se debruçar sobre uma espécie de integridade transnacional, quando existirá o compartilhamento de elementos mínimos de moral política a fim de autorizar o transplante de seus elementos substanciais.

Neste contexto, parte-se de uma premissa importante: a temática sobre a possível existência de uma integridade transnacional – além das fronteiras do Estado e sob o manto da integridade dworkiana - ganha novos contornos diante do intenso debate a propósito dos direitos humanos no cenário internacional. A aplicação, a maneira adequada de interpretação e a implementação destes direitos nos diversos sistemas jurídicos - domésticos, internacional e regional - exigiram o surgimento de uma integridade e coerência que ultrapassem as barreiras nacionais.

Com efeito, Alonso Freire<sup>538</sup>, reconhecendo essa discussão, se propõe a responder a algumas indagações: os tribunais ao redor do mundo devem buscar uma coerência mundial na

---

justificativa identificando e estudando a integridade como uma qualidade claramente perceptível da política comum, diversa das virtudes da justiça e da equidade e, às vezes, entrando em conflito com ela. Devemos aceitar a integridade como uma virtude da política comum, pois devemos tentar conceber nossa comunidade política como uma associação de princípios; devemos almejar isso porque, entre outras razões, essa concepção de comunidade oferece uma base atraente para exigência de legitimação política em uma comunidade de pessoas livres e independentes que divergem sobre moral política e sabedoria.” (DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 489-490)

<sup>537</sup> “Para explicar o Direito como integridade, Dworkin traça analogia com a integridade pessoal, de modo a evidenciar que uma pessoa íntegra pauta suas decisões nos diversos aspectos da vida segundo um mesmo grupo de princípios. Do mesmo modo deve agir uma comunidade política. Esse modelo, bem passa nos indispensáveis critérios de adequação (pois bem explica o comportamento dos juízes e legisladores) e do apelo moral (pois fornece um adequado parâmetro para decidir). Em outros termos, o Direito como integridade explica quando e por que juízes e legisladores seguem um padrão anterior ou quando rompem com ele de maneira justificável: seguem quando há uma convergência principiológica e divergem quando, no momento posterior, os mesmos princípios compartilhados pela comunidade política impõe o contrário. Essa é a prova do teste de adequação. A prova no teste do apelo moral coloca esse mesmo grupo de princípios como parâmetro decisório, especialmente em casos difíceis, em que não há uma resposta clara da ordem jurídica ou, em havendo, ela suscita graves questionamentos morais. Esse conjunto de princípios são inferidos das decisões de moral política da comunidade e servem justamente como parâmetro para decidir.” (LOPES FILHO, Juraci Mourão; MAIA, Isabelly Cysne Augusto. O uso de precedentes estrangeiros e a declaração de Estado de Coisas Inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, n. 117, p. 219-273, jul./dez. 2018, p. 242)

<sup>538</sup> “**Resumo:** Este artigo busca responder à questão sobre se os tribunais ao redor do mundo devem buscar uma coerência mundial no que diz respeito à interpretação dos direitos humanos. Busca expor os argumentos e a disputa entre relativismo e universalismo dos direitos humanos. Expõe a ideia romana de “leis parcialmente comuns a toda espécie humana” usada por Jeremy Waldron em favor da invocação involuntária do direito estrangeiro por tribunais nacionais. Defende que não deve haver uma harmonização global e regional indiscutível entre todos os direitos constitucionais que correspondem aos direitos humanos. Sustenta a invocação de fontes estrangeiras e internacionais mediada por uma “margem de apreciação comparativa”, a

interpretação dos direitos humanos? Dito de outra forma, cada tribunal deve interpretar esses direitos de acordo com as particularidades culturais de seus países sem se importar com as interpretações que outros tribunais ao redor do mundo já deram a eles em casos semelhantes?

De imediato, tais questionamentos possuem uma causa comum, matéria já afetada há muito tempo ao direito internacional dos direitos humanos, qual seja, a dualidade de perspectivas entre o universalismo e o relativismo cultural. De um lado, os universalistas defendem a ideia de compromissos éticos universais que não se sujeitam a exceções, sob pena de não se levar os direitos humanos a sério<sup>539</sup>. Por outro lado, os relativistas argumentam que, os direitos humanos - intrinsecamente considerados - envolvem a necessidade de reconhecimento de aspectos culturais, da acomodação de diferenças e da inexistência de uma cultura universal monopolizadora ou de um fundamento moral universalmente reconhecido<sup>540</sup>.

---

ideia segundo a qual os tribunais devem levar a sério as características das sociedades e os aspectos situacionais dos casos concretos”. (FREIRE, Alonso. Integridade transnacional dos direitos humanos. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 53, n. 209, p. 255-275, jan./mar. 2016)

<sup>539</sup> “O fundamento para esses limites e deveres decorreria do simples fato de sermos humanos; e, devido ao reconhecimento da validade dessa premissa fundamental, reivindica-se a universalidade desses direitos. Contudo, seu caráter universal também decorreria de três outras premissas [...]. A primeira delas é a de que existe ou pode ser criada uma ordem normativa internacional limitada, por meio da qual os Estados podem expressar e agir com base em julgamentos morais coletivos. Essa ideia é baseada na assunção de que uma comunidade de nações é capaz de julgar moralmente inaceitáveis algumas ações ou omissões dos Estados nas suas relações com os indivíduos. Esses julgamentos morais coletivos e internacionais pressupõem, obviamente, a existência de valores compartilhados, pelo menos em algum nível. A segunda premissa decorre da primeira. É que, se existe ou pode existir essa ordem moral global, é necessário que, para sua promoção e proteção, ela seja de algum modo imposta. Isso se dá por meio da formação do Direito Internacional dos Direitos Humanos, que hoje reconhece que a comunidade de nações tem a obrigação de promover e proteger necessidades e interesses humanos essenciais. A internacionalização desses direitos implica que os Estados compartilham em algum grau valores básicos, já que ela também implica uma exceção ao poder absoluto dos Estados de estabelecerem suas próprias ordens internas. Por fim, a terceira premissa da universalidade desses direitos decorre do fato de eles poderem ser justificados a partir de distintas bases filosóficas. É possível afirmar que eles resultam da necessidade de realização do potencial humano, da justiça social, da promoção de necessidades humanas [...], do igual respeito e consideração devido a cada indivíduo, da noção ocidental de direitos naturais etc. O certo é que, embora difiram em detalhes e abordagem, quase todas essas teorias afirmam que os direitos humanos são fundamentalmente baseados nas necessidades e interesses humanos que todas as pessoas igualmente possuem como pré-requisitos da dignidade humana”. (FREIRE, Alonso. Integridade transnacional dos direitos humanos. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 53, n. 209, p. 262, jan./mar. 2016)

<sup>540</sup> “Pelo contrário, todos os valores morais, incluindo os direitos humanos, são relativos a um contexto cultural do qual eles emergem. Estudiosos que defendem essas ideias opõem-se às normas atuais de direitos humanos por considerá-las insensíveis ou mesmo incompatíveis com as distintas condições sociais, culturais e políticas existentes em diferentes nações e comunidades políticas. [...]. Segundo os relativistas, a consideração do caráter relativo desses valores seria essencial para a realização da justiça em democracias modernas. Coerente com isso, a própria ambição do universalismo é criticada como ilegítima, dado que diferentes Estados e povos têm distintas constelações de interesses e concepções sobre questões éticas. A reivindicação de um universalismo global relativa aos direitos humanos seria, portanto, na melhor das hipóteses, ingênua e arrogante. Existem direitos políticos que a comunidade transforma em direitos jurídicos, os quais, por serem políticos, também devem ser considerados como trunfos – inclusive, algumas vezes contra os direitos humanos –, já que, em algumas hipóteses, diferentemente destes, aqueles podem expressar a mais genuína vontade de uma comunidade política. Com isso, quer-se dizer que nem todos os direitos humanos são universais (ou, pelo menos, suas interpretações) e que pode ser sensatamente considerado um ato ilegítimo qualquer tipo de imposição deles contra os direitos jurídicos que sedimentam aspectos culturais próprios de

Nada obstante, embora essa confrontação entre universalismo e relativismo cultural não seja propriamente questão central desta pesquisa acadêmica, trata-se de matéria de relevo quanto ao uso ou aplicação dos precedentes estrangeiros sobre direitos humanos no âmbito dos tribunais nacionais. Neste sentido, o relativismo cultural com as cores do discurso jurídico traduz-se em particularismo<sup>541</sup>, isto é, em posição definida oposta ao universalismo, bem como contrária às práticas comparativas das decisões judiciais e do diálogo internacional de cortes.

Por outro giro, Alonso Freire defende uma posição intermediária entre o universalismo e o relativismo cultural, sustentando então uma harmonização transnacional na interpretação dos direitos humanos. Assim, afastar-se-ia da ideia dos particularismos (segregacionistas jurídicos) e, de forma contrária, defender-se-ia a utilidade (e até mesmo a indispensabilidade) da utilização dos precedentes estrangeiros e internacionais. Neste ponto, o precedentalismo alienígena, isto é, o aprendizado com outros países e sistemas jurídicos envolveria juízos de valor a respeito de justiça, coerência e integridade.

Com efeito, Alonso Freire constrói a ideia de integridade transnacional dos direitos humanos baseado nas ideias do direito enquanto integridade de Ronald Dworkin<sup>542</sup> e nas ideias de Jeremy Waldron<sup>543</sup>, destacando-se: (1) a existência de leis parcialmente comuns a toda a espécie humana<sup>544</sup> (espécie de mínimo universal por meios das cortes); (2) a ideia de

uma comunidade política”. FREIRE, Alonso. Integridade transnacional dos direitos humanos. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 53, n. 209, p. 258-259, jan./mar. 2016)

<sup>541</sup> “O particularismo jurídico é muito acentuado no campo mais amplo da discussão das teorias de interpretação constitucional, sobretudo nos Estados Unidos, mas ele também tem defensores no campo específico do direito comparado. Para seus sectários, que levam muito a sério as diferenças entre os sistemas jurídicos, embora exista um vocabulário familiar entre os mais distintos sistemas jurídicos (v.g. direitos, liberdades, deveres, poderes etc.), isso apenas significa uma familiaridade superficial que pode encobrir profundas diferenças jurídicas não percebidas à primeira vista [...]. Os particularistas insistem, pois, que os tribunais e juízes não devem olhar para experiências estrangeiras; devem, ao contrário, olhar para as fontes extraleais que conformam as normas de um sistema jurídico de uma nação em particular. Essa crença nas fontes extrajudiciais de cada comunidade política leva os particularistas a serem profundamente céticos quanto à viabilidade de empréstimos, transplantes e migrações legais e constitucionais, e a sustentarem uma postura de resistência a essas práticas, que é frequentemente associada a um tipo particular de nacionalismo constitucional e legal”. (FREIRE, Alonso. Integridade transnacional dos direitos humanos. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 53, n. 209, p. 261, jan./mar. 2016)

<sup>542</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2e ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

<sup>543</sup> WALDRON, Jeremy. **Partly laws common to all mankind: foreign law in american courts**. New Haven: Yale University Press, 2012.

<sup>544</sup> “Como Jeremy Waldron (2012, p. 48), acredito que os direitos humanos e os precedentes estrangeiros e internacionais a respeito deles podem formar um corpo de leis que poderíamos chamar de direitos das nações. Ou seja, também defender a ideia de que “todos os povos que são regidos por leis e costumes usam parcialmente suas próprias leis e leis parcialmente comuns a toda espécie humana”. Embora essa noção de “leis parcialmente comuns a toda espécie humana” tenha sido usada algumas vezes ao longo da história em referência ao direito internacional, com ele não se confunde. Também não é apenas um novo rótulo para os direitos humanos, mas algo que o inclui sem se confundir com ele. Ao elaborar ou ao reelaborar suas normas fundamentais, cada país cópia declaradamente ou não, normas de outras nações. Há hoje uma inegável



cortes enquanto laboratórios dos direitos humanos (espécie de compartilhamento científico entre as cortes)<sup>545</sup> e tratamento igualitário transnacional (espécie de coerência mundial por meio das cortes)<sup>546</sup>.

---

engenharia constitucional em parceria. Ou seja, um novo país, ao elaborar sua constituição ou ao reformá-la, geralmente o faz aprendendo com outros. Há razões para isso. Suponho que não sejam apenas de natureza pragmática. O aprendizado com outros países envolve juízos de valor a respeito de justiça e integridade. Então, se há bastante harmonia no momento da criação de normas constitucionais – com respeito tanto a normas estritamente constitucionais de outro país, quanto às normas de Direito Internacional dos Direitos Humanos –, por que, então, não deve haver harmonia também quanto à interpretação dessas normas? [...]”. (FREIRE, Alonso. Integridade transnacional dos direitos humanos. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 53, n. 209, p. 263-264, jan./mar. 2016)

<sup>545</sup> “Ao consultarem as jurisprudências ou normas estrangeiras ou internacionais, cortes domésticas podem aprender com uma determinada corte ou sistema jurídico ou mesmo com algumas cortes ou sistemas jurídicos diversos. Isso é inegável. E tendo em vista a possibilidade de aprendizado, muitos têm recomendado que tribunais nacionais, em especial cortes constitucionais ou supremas, assim procedam ao analisarem casos controversos de direitos fundamentais. No entanto, é preciso um argumento mais forte para mostrar que essa prática não é apenas recomendável, mas devida. Entra aqui a interessante analogia entre o método jurídico e o método científico sugerida por Waldron. Em poucas palavras, a ideia de que o que um juiz ou um tribunal em determinado país pode aprender com outras jurisdições é bastante parecida com a de que um cientista pode aprender com os resultados científicos alcançados por outros cientistas até dado momento. Waldron (2012, p. 100) parte da ideia de consenso científico ou estado atual do conhecimento científico compartilhado e acreditado pelos laboratórios e autoridades científicas em todo o mundo. De fato, como ele afirma, “há a comunidade de cientistas, e existe consenso dos cientistas para o momento em que teorias são válidas, que explicações são adequadas, quais resultados empíricos são confiáveis, quais construções teóricas são úteis, onde residem os problemas intratáveis e qual o estado atual de tudo isso”. Não há dúvidas de que esse consenso é precário e está continuamente em evolução, assim como pode não ser unânime ou infalível. Todavia, todos os cientistas pensam em termos desse consenso senão como última palavra, ao menos como um ponto de partida. Seu valor para pesquisas atuais e futuras é inegável. Desse modo, é impensável que alguém, ao se engajar numa pesquisa sobre determinado assunto, ignore o reconhecido consenso a seu respeito. Mesmo que não concorde com esse consenso e tenha razões suficientes para não o considerar verdadeiro, um cientista não deve desconsiderá-lo. Em resumo, o consenso reconhecido está disponível como uma fonte de conhecimento ou como um ponto de partida para o esforço científico de outros cientistas ao redor do mundo. Como diz Waldron (2012, p. 103): Um cientista não pensa em prosseguir em uma investigação sobre agrividade ou energia sem referência ao trabalho já realizado pela comunidade científica. Ele se baseia em e começa a partir de resultados estabelecidos e verificados. E o mesmo é verdade para o direito. Nós não tentamos resolver [nossos] problemas como se o mundo nunca tivesse lidado com eles. Damos atenção para o que outros juristas fizeram ao enfrentarem o problema. Tratamo-lo como um problema a ser resolvido dando atenção às opiniões estabelecidas pela ciência jurídica – a experiência que compartilham muitos sistemas jurídicos em combatê-lo, esclarecê-lo, analisá-lo, de resolver reivindicações rivais e direitos em colisão, princípios e valores que se juntam em questões desse tipo. Logo, para Waldron (2012, p. 101), há “uma analogia útil e esclarecedora entre o papel representado pelo consenso e a comunidade na ciência e aquele representado pelo consenso e comunidade jurídica global no direito”. Essa analogia pode ser ilustrada da seguinte forma: tal como as autoridades nacionais de saúde ao enfrentarem uma doença nunca antes detectada em seu território não devem olhar apenas para os conhecimentos científicos desenvolvidos dentro de seu país ao decidirem qual deve ser o melhor tratamento a ser dado aos pacientes, também os juízes e tribunais de um determinado sistema não deveriam ater-se apenas em suas leis e doutrinas nacionais ao decidirem os casos complexos que se repetem ao redor do mundo. Mesmo que as autoridades de saúde estejam cientes de que as diferentes condições climáticas e outros fatores locais devam ser levados em consideração ao pensarem em um tratamento, seria insensato que elas desconsiderassem ou resistissem a investigar se há alguma espécie de consenso científico a propósito do tratamento a ser dado a pacientes nessa situação. Assim também, mesmo que juízes e juristas reconheçam que aspectos culturais ou políticos de seus sistemas devam ser levados em consideração ao analisarem os casos que devem julgar, seria insensato que desconsiderassem ou resistissem a investigar se há alguma espécie de consenso jurídico sobre o caso em questão. Como lembra Waldron (2012, p. 102), “o mundo tem a experiência de responder a diferentes condições, e faríamos bem em aproveitar essa experiência para assegurar que não respondemos arbitrariamente ou irracionalmente às peculiaridades locais”. (FREIRE, Alonso. Integridade transnacional

Com efeito, vislumbra-se que, Alonso Freire não defende uma uniformidade interpretativa global dos direitos humanos, e, sim, de outra forma, a defesa é de se utilizar apenas parcialmente algum tipo de relativismo ou idiossincrasias culturais (governança parcial por leis próprias). Neste ponto, mínimos serão os possíveis subterfúgios que autorizariam ilidir a utilização de precedentes estrangeiros e internacionais no âmbito da jurisdição doméstica. De fato, deve haver uma integridade transnacional dos direitos humanos.

Igualmente, Juraci Mourão e Isabelly Cysne afirmam existir dois parâmetros a permitir (e exigir) a observância de um precedente estrangeiro, quais sejam, por razões de integridade e por razões de integridade somadas à imposição do contraditório e da ampla defesa. Dito de outra forma, defendem a substituição das propostas teóricas enxergadas de forma isolada por uma nova perspectiva hermenêutica precedentalista, ou seja, o ganho hermenêutico no tribunal de origem deverá ser o principal álibi ou salvo conduto do precedente estrangeiro para fins de sua ulterior reprodução no Brasil. Assim, destacam os Autores que, como elementos materiais ou substanciais que implicarão no uso adequado dos precedentes estrangeiros (e não apenas invocação ornamental) com força material vinculante (ganho hermenêutico) por ocasião da *applicatio*: (1) o dever de integridade, à luz da

---

dos direitos humanos. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 53, n. 209, p. 270-271, jan./mar. 2016)

<sup>546</sup> “O segundo argumento normativo sugerido por Waldron (2012, p. 111) “é a ideia de que a referência ao direito estrangeiro pode ser compreendida como um modo de assegurar coerência no mundo”. Ele usa o termo “coerência no sentido de tratar casos iguais de forma igual”. Sem dúvida, muitos argumentos podem ser oferecidos para se reivindicar o respeito a essa máxima dentro de determinado sistema jurídico. No entanto, argumentar a favor dela num plano transnacional é tarefa bem mais difícil, já que essa máxima equivale à exigência de harmonização interpretativa entre diferentes países, que é o que Waldron (2012, p. 111) defende. Segundo Waldron, o que justifica uma harmonização é a máxima segundo a qual devemos tratar casos iguais de forma igual, tendo em vista que ela própria é um requisito fundamental de justiça (*fairness*). Em sua defesa, ele novamente faz uso de uma analogia. [...]. Essa metáfora, segundo Waldron, serve para explicar por que a exigência de coerência e harmonização pode ser feita, mesmo que mais de uma instituição seja responsável pela aplicação da justiça num mesmo local. Ele sugere que a analogia do campo de refugiados é aplicável ao mundo ou a boa parte dele. Como ele diz: “assumo que muitos países têm declarações de direitos bastante similares” (WALDRON, 2012, p. 133). Naturalmente, não há uma única autoridade administrando esses direitos. Ainda assim, diz ele, as pessoas nos diferentes países estão conscientes dos direitos individuais que são concedidos similarmente aos que estão sujeitos às leis de outros países. Eles sabem que seu governo está lidando com os mesmos princípios, as mesmas questões e as mesmas circunstâncias. Então, eles se perguntam por que os governos não trabalham juntos para garantir que, neste mundo, os casos sejam tratados de forma igual. Como diz Waldron, sob “essas circunstâncias, eu acredito que é possível começar a pensar sobre todos os povos como membros de uma única comunidade na medida em que a administração dos direitos humanos está em causa” (WALDRON, 2012, p. 133). [...] Conclui Waldron (2012, p. 135) que esse tipo de argumento “pode ser feito em favor de uma justiça global e em favor da demanda por harmonização que é baseada nessa ideia” e que “essa ideia, talvez juntamente com o argumento sobre aprendizagem, fornecem a melhor explicação sobre o que está acontecendo quando os tribunais de um país prestam atenção ao que os tribunais de outros países estão fazendo a propósito dos direitos fundamentais” [...].” (FREIRE, Alonso. Integridade transnacional dos direitos humanos. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 53, n. 209, jan./mar. 2016. p. 271-272)

comunidade de princípios dworkiana, no sentido do preâmbulo silencioso entre o país do tribunal de origem e o Brasil; (2) o dever de coerência<sup>547</sup> e (3) o dever de fundamentação, denotando uma relação imbricada entre exposição e justificação da solução adotada<sup>548</sup>.

Com efeito, o uso adequado dos precedentes estrangeiros perpassa umbilicalmente pela ideia de integridade de Ronald Dworkin, com as pinceladas desenvolvidas sobre a temática da transnacionalidade, culminando na integridade transnacional. Dito de outra forma, os Estados nacionais se utilizarão de precedentes estrangeiros enquanto alicerces substanciais de suas jurisdições, quando houver uma convergência principiológica compartilhada pelas comunidades políticas dos países envolvidos.

Ademais, também se comunga com o dever de coerência, enquanto elemento substancial para utilização dos precedentes estrangeiros no cenário nacional. O paradigma coerentista sugere que, não se devem existir estruturas absolutamente hierarquizadas entre as jurisdições dos países estrangeiros. Com outras palavras, o sistema coerentista transnacional, à luz da proteção jurídica qualificada aos direitos humanos, impõe o dever de as jurisdições estrangeiras interagirem em rede, de forma entrelaçada, ligando-se por múltiplas relações em que, cada parte se engendra com muitas outras, apoiando-se mutuamente, em atenção à lógica dialética maleável em substituição às compatibilidades meramente lógico-formais.

Por outro lado, brilha com intensidade o dever de fundamentação enquanto elemento substancial para utilização dos precedentes estrangeiros. Neste particular, conforme visto nesta pesquisa, o próprio Código de Processo Civil brasileiro de 2015 trouxe novos contornos à matéria, ou seja, erigindo a fundamentação adequada à categoria de medida protetiva geral para o uso dos precedentes brasileiros (leia-se: com maior razão, quando esses precedentes forem estrangeiros, sem qualquer vinculação formal, mas apenas material), sob pena de nulidade absoluta (ausência de fundamentação).

---

<sup>547</sup> “No concernente à coerência, deve ser considerado: a) a existência de desafios ou reforços ao precedente, seja no aspecto doutrinários ou de outras fontes do direito ou se ele gerou jurisprudência, e se gerou como foi a evolução do que foi decidido inicialmente; b) similitude hermenêutica das questões enfrentadas no estrangeiro com a realidade brasileira; c) existência de modificação legislativa ou constitucional no país de origem que reforcem ou enfraqueçam o precedente então firmado; d) manutenção ou alteração do quadro político, social ou cultura que de uma maneira geral seria partilhada entre os dois países”. (LOPES FILHO, Juraci Mourão; MAIA, Isabelly Cysne Augusto. O uso de precedentes estrangeiros e a declaração de Estado de Coisas Inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, n. 117, p. 219-273, jul./dez. 2018, p. 249)

<sup>548</sup> “Com relação à justificação, é preciso investigar no precedente estrangeiro: a) a existência de uma fundamentação adequada e detida de todos os aspetos pertinentes, inclusive se há enfrentamento de questões similares das encontradas e postas no caso brasileiro; b) a qualidade dessas análises, percorrendo um arco completo de análise”. (LOPES FILHO, Juraci Mourão; MAIA, Isabelly Cysne Augusto. O uso de precedentes estrangeiros e a declaração de Estado de Coisas Inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, n. 117, p. 219-273, jul./dez. 2018, p. 249)

De outro giro, após se debruçar sobre a Modernidade Líquida e a complexidade das relações da sociedade em rede; sobre o fenômeno da constitucionalização do direito civil, em especial a conjugação entre privacidade e liberdade de expressão; sobre o precedentalismo judicial e a sua função concretizadora dos direitos civis-constitucionais; caminha-se para a próxima seção, então, para se investigar, formalmente e materialmente, a possibilidade de se aferir a existência de o direito ao esquecimento no meio ambiente digital, prioritariamente na rede mundial de computadores (internet), no Brasil.

## **5 O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA ERA DIGITAL: UMA POSSÍVEL CONSTRUÇÃO TEÓRICO-VALORATIVA**

Esta seção tratará, inicialmente, de uma delimitação de ordem objetiva que se impõe, qual seja, o que é (ou pode ser) direito ao esquecimento e o que (definitivamente) não se trata de direito ao esquecimento. Adiante, se proporá a análise da evolução jurídico-histórica do que se denomina de direito ao esquecimento, inclusive com alcance no estudo do direito comparado latino-americano, norte-americano e europeu. Empós, a investigação perquirirá possíveis fundamentos jurídico-constitucionais do direito ao esquecimento no Brasil, inclusive com apoio da teoria dos precedentes judiciais. E, por fim, algumas notas sobre o futuro do esquecimento no País. Eis um breve resumo.

### **5.1 Aspectos introdutórios sobre a terminologia e o conteúdo normativo: o que é direito ao esquecimento?**

De imediato, a proposta última desta pesquisa acadêmica cinge-se à tentativa de apresentar uma possível fundamentação teórico-valorativa do chamado “direito ao esquecimento” no meio ambiente digital, no contexto da Modernidade Líquida, diante da complexidade jurídico-social trazida pelas novas tecnologias, pelo desenvolvimento da sociedade em rede e da teoria dos precedentes judiciais. Neste contexto, perquire-se a vestibular das inquietações: do que se trata realmente o direito ao esquecimento?

No plano jurídico-científico, a escolha adequada das terminologias, bem como sua definida delimitação teórica e de seus elementos, poderá indicar, de plano, a utilidade e a função dos novos institutos jurídicos traçados, sendo o ponto de partida para discussões e ponderações ulteriores. Nesta medida, a simplicidade e a generalidade não se mostram bons conselheiros para tal desiderato, pois poderão albergar qualquer dimensão da realidade. Por outro lado, a complexidade e a sofisticação conceituais poderão prejudicar a inteligibilidade e a comunicação destes novos institutos, inclusive quanto à sua praticidade diante da comunidade jurídica<sup>549</sup>.

---

<sup>549</sup> “Portanto, uma nomenclatura específica sendo proposta pelos operadores do direito deverá não apenas buscar a melhor representação da natureza das relações humanas particulares a serem afetadas pelo novo instituto jurídico, mas também deverá coordenar coerentemente os termos escolhidos com os bens jurídicos promovidos e tutelados pelo sistema jurídico em vigor e que passarão a receber uma nova forma de regulação ou proteção. Com isso, um novo conceito jurídico deverá, simultaneamente, buscar uma correspondência mínima com a parcela da realidade prática que passará a ser por ele regulada, assim como deverá manifestar coerência e consistência com os enunciados do direito positivo vigente que invariavelmente devem ser considerados na construção da terminologia jurídica sendo inaugurada”. (SARLET, Ingo Wolfgang;

Neste sentido, se mostra tarefa do teórico do direito buscar o melhor conceito jurídico possível, em termos de identidade, coerência e consistência, sem perder o espírito crítico. Em outras palavras, pondera-se o balanceamento entre aceitabilidade acadêmica e o próprio senso comum, desdobrados por sinais de intuitividade gerada pela propositura conceitual dos novos institutos jurídicos. Neste ponto, a expressão “direito ao esquecimento” se mostra hígida, consistente e coerente com o sistema jurídico em sua integridade? Neste ponto, esta pergunta tentará ser respondida no decorrer do desenvolvimento da pesquisa.

Viviane Maldonado afirma que, a sociedade possui o direito de obter informações, inclusive as pretéritas sobre determinado fato ou indivíduo. Por outro lado, também seria possível que, tais informações antigas não mais ostentem qualquer interesse público na atualidade e, por consequência, sejam prejudiciais a uma determinada pessoa. Então, aduz a Autora que, emergiria em tese o direito ao esquecimento para aqueles eventualmente prejudicados, assim entendido como a possibilidade de se alijar do conhecimento de terceiros uma específica informação pretérita, verdadeira e embora relevante, entretanto, não mais ostenta interesse público em razão de anacronismo<sup>550</sup>.

Do conceito de Viviane Maldonado, se extrai a primeira premissa básica defendida nesta pesquisa para caracterização do direito ao esquecimento enquanto conceito e conteúdo normativo: a informação a ser esquecida precisa ser completamente verdadeira. Dito de outra forma, se se trata de fatos inverídicos, presentes ou pretéritos, não se estar falando da doutrina do direito ao esquecimento. Neste particular, é muito comum no meio físico ou digital a propagação de notícias falsas, denominadas de *fake news*<sup>551</sup>, as quais deverão ser

---

FERREIRA NETO, Arthur M. **O direito ao “esquecimento” na sociedade da informação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 58)

<sup>550</sup> “O reconhecimento, pois, do Direito ao Esquecimento, em uma determinada hipótese concreta, reclama a análise de todos esses elementos para a definição, ao final, do fato preponderante, anotando-se, nesse particular, que, para esses específicos fins, é *mister* a inexistência de interesse público no momento presente, exigência que se justifica à luz do princípio da dignidade humana. No mais, se antes parecia impossível tal espécie de invocação e se parece inovadora a perda do atributo de interesse público em razão da defluência temporal, hoje se consolidam como vetores primordiais tal integridade contextual, assim como o respeito ao princípio da dignidade humana, que é postulado dos principais sistemas democráticos e que funciona como verdadeira baliza à necessária ponderação”. (MALDONADO, Viviane Nóbrega. **Direito ao esquecimento**. Barueri, SP: Novo Século, 2017, p. 183-184)

<sup>551</sup> “Notícias falsas é um termo novo, ou neologismo, usado para se referir a notícias fabricadas. O termo *fake news* originou-se nos meios tradicionais de comunicação, mas já se espalhou para mídia *online*. Este tipo de notícia, encontrada em meios tradicionais, mídias sociais ou sites de notícias falsas, não tem nenhuma base na realidade, mas é apresentado como sendo factualmente correctas. [...] A Federação Internacional das Associações e Instituições de bibliotecária (IFLA) publicou um diagrama com dicas para ajudar as pessoas a identificarem notícias falsas: (1) Considere a fonte da informação: tente entender sua missão e propósito olhando para outras publicações do site; (2) Leia além do título: Títulos chamam atenção, tente ler a história completa; (3) Cheque os autores: Verifique se eles realmente existem e são confiáveis; (4) Procure fontes de apoio: Ache outras fontes que suportem a notícias; (5) Cheque a data da publicação: Veja se a história ainda é relevante e está atualizada; (6) Question se é uma piada: O texto pode ser uma sátira; (7) Revise seus

“esquecidas” (apagadas, deletadas, excluídas) por motivos diversos, inclusive possibilitando configurar danos morais coletivo<sup>552</sup> ou individual<sup>553</sup> às pessoas físicas ou jurídicas comprovadamente lesadas, sem prejuízo de outras sanções de natureza cível ou penal.

Por sua vez, Anderson Schreiber<sup>554</sup> destaca que, a internet não esquece, sendo vocacionada tecnologicamente à perenidade de seus dados e à amplitude de seus mecanismos

preconceitos: Seus ideais podem estar afetando seu julgamento; (8) Consulte especialistas: Procure uma confirmação de pessoas independentes com conhecimento”. (NOTÍCIA falsa. **Wikipedia, a enciclopédia livre**. 22 nov. 2018)

<sup>552</sup> “DIREITO CIVIL E CONSTITUCIONAL. CONSUMIDOR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SORTEIOS TELEVISIVOS - 0900. ENTIDADES FILANTRÓPICAS. INVESTIGAÇÃO DE IRREGULARIDADES. LEI 5.768/71. PORTARIAS MINISTÉRIO DA JUSTIÇA Nº 413/97 E 1285/97. PRÁTICA ABUSIVA. DANOS MATERIAIS ADEQUAÇÃO. REPARAÇÃO DEVIDA. VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DOS CONSUMIDORES. REMESSA OFICIAL. DANO MORAL COLETIVO CONFIGURADO. CONDENAÇÃO MANTIDA. [...] 16 - A questão, inclusive, desafia a posição Estatal quanto à proteção da pessoa do consumidor, pois na era da informação não se concebe que o Poder Estatal desassista aquele para o qual se dirige a propaganda enganosa. Estamos na era da democracia da informação e a liberdade de informar não poderá ser de tal modo a permitir que a sociedade seja atingida de forma indiscriminada e predatória, formando uma cultura de desinformação por meio de uma arquitetura regulatória de duvidosa proteção aos interesses sociais e de políticas públicas. Essa afirmação é feita com a convicção de que os telespectadores, consumidores em potencial, nem sempre têm a perfeita noção das consequências e atos praticados em função de uma informação incorreta veiculada pelos meios de comunicação, sendo essa a grande preocupação nos dias atuais, em que “**fake news**” rondam todos os meios de comunicação, iludindo aqueles que de boa-fé acreditam na divulgação incorreta. [...]” (grifos nossos). (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Terceira Turma. **Apelação/Remessa Necessária nº 0001049-61.1998.4.03.6100/SP**. Relator Des. Fed. Antonio Cedenho. Relatora para acórdão Eliana Borges de Mello Marcelo. Julgado em: 18 jul. 2018)

<sup>553</sup> “ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. AGÊNCIA NACIONAL DE PETRÓLEO (ANP). POSTO REVENDEDOR DE COMBUSTÍVEIS. “INCLUSÃO INDEVIDA NO ROL DOS POSTOS COM PROBLEMAS DE QUALIDADE DOS COMBUSTÍVEIS. PREJUÍZOS MATERIAIS NÃO COMPROVADOS. AMPLA DIVULGAÇÃO DE INFORMAÇÕES INVERÍFICAS. **FAKE NEWS** EM SENTIDO AMPLO. ABALO À IMAGEM. COMPROVAÇÃO. DANOS MORAIS. CABIMENTO. VALOR INDENIZATÓRIO. ARBITRAMENTO. ADEQUAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VALOR COMPATÍVEL COM A CAUSA. MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. ALTERAÇÃO DA VERDADE DOS FATOS. CABIMENTO. I - Na espécie, o fato gerador do pedido indenizatório - a inclusão indevida do nome da autora no rol de postos com problemas de qualidade de combustíveis - restou plenamente comprovado, podendo, por si só, causar abalo à esfera moral da vítima, como ocorreu no caso em referência, em que a imagem da empresa autora restou abalada em razão da divulgação de informações falsas (**fake news** em sentido amplo) a seu respeito, sendo que o não acolhimento do pedido de indenização por danos materiais não implica a improcedência do pedido indenizatório por danos morais, na medida em que, na espécie, aqueles restaram afastados em virtude da ausência de comprovação de reflexos financeiros negativos advindos da conduta ilícita da ANP. [...] VI - Ademais, merece ser confirmada a condenação por litigância de má-fé, na espécie, tendo em vista que a inclusão do nome da promovente no referido rol de postos revendedores de combustíveis sob o falso argumento de que decorria da autuação administrativa, bem como a inércia da ANP em esclarecer pronta e adequadamente a verdade dos fatos (ato inibitório à **fake news** em sentido amplo), não pode ser reduzida a mero equívoco ou erro da Administração, notadamente em virtude do dever administrativo de zelar pela legalidade e transparência de seus atos eticamente legítimos” (grifos nossos). (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Quinta Turma. **Apelação/Reexame Necessário nº 2006.35.02.014712-5/GO**. Relator Des. Fed. Souza Prudente. Julgado em: 16 maio 2018)

<sup>554</sup> “Ao contrário dos jornais e revistas de outrora, cujas edições antigas se perdiam no tempo, sujeitas ao desgaste 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. De um lado, é certo que o público tem direito a lembrar fatos antigos. De outro, embora ninguém tenha direito de apagar fatos, deve-se evitar que uma pessoa seja perseguida, ao longo de toda a vida, por um acontecimento pretérito. [...] Ao longo das últimas décadas, o fortalecimento do papel da mídia trouxe o direito ao esquecimento para as páginas de jornais e revistas, como meio de impedir que fatos pretéritos

de pesquisa. Neste contexto, emerge a importância do direito ao esquecimento, entretanto, não se atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou de reescrever a História, ainda que se trate de sua própria história. De fato, o que esta doutrina assegura é a possibilidade de se discutir o uso dado aos fatos pretéritos, isto é, especificamente o modo e a finalidade como são lembrados. Registra o Autor que, o exercício do direito ao esquecimento impõe, por vezes, necessária ponderação com o exercício de outros direitos, tais como a liberdade de expressão e os direitos da personalidade. Decerto, nem sempre esta lógica ponderativa prevalecerá em seu favor, devendo ser analisado o caso concreto em suas peculiaridades.

De acordo com as reflexões de Anderson Schreiber, reitera-se algo já delineado nas seções anteriores desta pesquisa: o direito ao esquecimento não se trata de direito absoluto e, portanto, pressupõe a sua existência diante de uma conjugação harmoniosa entre os direitos de privacidade (espécie, do gênero direitos da personalidade) e as liberdades comunicativas (liberdade de expressão em sentido amplo). Frise-se algo já defendido: como se trata de direitos e liberdades fundamentais, inexistente hierarquia predefinida entre ambos.

Marcelo Marineli reconhece que, o direito ao esquecimento se trata de um desdobramento do direito à privacidade, reconhecendo-se a impossibilidade de reprodução de determinados acontecimentos públicos ligados à história de vida pretérita de alguém. Nesta medida, tem-se a ilação de que, o Autor não o considera como direito autônomo, e o compara ao direito ao segredo como mais uma manifestação do direito à privacidade. Registra o Autor, contudo, diversos exemplos que ultrapassam as fronteiras do direito penal, dissociando por completo o direito ao esquecimento de mero consectário lógico de ressocialização após cumprimento da sanção penal<sup>555</sup>.

Com efeito, concorda-se apenas em parte com Marcelo Marineli. Em seção apartada, se investigará o direito ao esquecimento enquanto direito civil-constitucional autônomo que, embora tenha como corolário os direitos de privacidade (direitos da personalidade típico), possui dimensão subjetiva e objetiva próprias (podendo-se falar em direito da personalidade atípico, no Brasil). Em relação à segunda parte, assiste razão ao Autor, pois não existe

---

sejam ressuscitados de modo aleatório, com graves prejuízos para o envolvido”. (SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 172-174)

<sup>555</sup> “Para além dos casos envolvendo a prática de crimes, outras hipóteses podem suscitar o direito ao esquecimento. Exemplificativamente, reafirmamos o caso da mulher que, na juventude, dedicou-se à prostituição e, arrependida, mudou radicalmente de vida, constituindo família e construindo uma rotina de vida religiosa; o caso do transexual masculino que se submeteu a cirurgia de mudança de sexo e providenciou a alteração nos registros civis, passando a se apresentar como mulher perante a sociedade; o caso do ex-dependente de drogas ou bebida alcoólica que, depois de muita luta, abandonou o vício; o caso da pessoa que, quando jovem, sofria perseguição dos colegas de escola (*bullying*), guardando traumas por isso”. (MARINELI, Marcelo Romão. **Privacidade e rede sociais virtuais**: sob a égide da Lei nº 12.965/2004 – Marco civil da internet. 1. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017, p. 132)



qualquer relação do direito ao esquecimento (na perspectiva atual, e ora defendida nesta tese) com o direito e processo penal, embora na sua origem histórica, no *civil law*, a noção de esquecimento esteve sempre atrelada ao cancelamento dos antecedentes criminais e a reinserção social dos delinquentes<sup>556</sup>.

Por outro lado, Pere Simón Castellano<sup>557</sup> assevera que, a cultura jurídica do *common law* difere por completo desta tradição do *civil law*, qual seja, o esquecimento por encerramento da responsabilidade penal. Em outras palavras, fundamentando-se pelo apego exacerbado à liberdade de expressão (1ª emenda da constituição norte-americana) e pela ideia de fonte pública de informação aos arquivos jurisprudenciais, os Estados Unidos, p. ex., existe política criminal defendendo que, “*la ciudadanía debe poder obtener la información que haga falta para tomar decisiones – ejecutivas, empresariales, en el ámbito familiar o doméstico etc - acertadas*”. Neste ponto, qualquer pessoa nos EUA poderá acessar livremente os antecedentes criminais de outro indivíduo, desde que disponha de tempo e recursos para encontrá-los, ainda que os antecedentes criminais tenham sido cancelados.

---

<sup>556</sup> “Los países que siguen la tradición jurídica civilista, como es el caso de España, acostumbran a incorporar en su ordenamiento jurídico una regulación de la prescripción y cancelación de los antecedentes delictivos que refuerza los argumentos a favor de la existencia del derecho al olvido, entendido como la capacidad de volver a empezar sin estar condicionado por los errores del pasado. Los reos, una vez han extinguido su responsabilidad penal, es decir, han cumplido con la pena, pueden reincorporarse a la sociedad y solicitar la cancelación de sus antecedentes, previo informe del juez o tribunal que pronuncie sentencia, siempre y cuando hayan satisfecho su responsabilidad civil y haya transcurrido un tiempo sin delinquir de nuevo. Concretamente, en España, los plazos para la cancelación a instancia de parte de los antecedentes penales son de seis meses en caso de penas leves; dos años por penas que no excedan de 12 meses o aquellas impuestas por delitos imprudentes; tres años por las restantes penas menos graves; cinco por las penas graves [...]”. (CASTELLANO, Pere Simón. **El Reconocimiento del derecho al olvido digital en España en la EU**. Efectos tras la sentencia del TJUE de mayo de 2014. 1. ed. Madrid: Bosch, 2015, p. 108-109)

<sup>557</sup> “Por eso, en los Estados Unidos, es perfectamente legítimo que los empresarios y, en general, los ciudadanos, tengan acceso libre a los registros de antecedentes penales, aunque la finalidad del acceso sea para obtener suficientes datos para formar correctamente una opinión sobre un posible futuro niño, inquilino, conductor del autocar escolar, empleado, fiscal, político, etc. Además, también está aceptada la publicación de listas de personas condenadas en bases de datos y páginas web, tanto a nivel federal, estatal o local, aunque los antecedentes penales ya hayan sido cancelados. Esta consideración – negativa – del olvido se desprende esencialmente de la jurisprudencia. El Tribunal Supremo de los Estados Unidos, a pesar de no reconocer de manera explícita un derecho constitucional del libre acceso ciudadano a los expedientes judiciales, ha asentado una doctrina favorable al mismo, partiendo de una doble fundamentación. En primer lugar, el Tribunal considera que la primera Enmienda norteamericana reconoce la libertad de expresión y de prensa, dentro de la que se incluye la posibilidad de comunicar los antecedentes penales, ya sean difundidos por la prensa periódica o consultados por personas privadas o entidades. En segundo lugar, el Tribunal estableció que la publicidad de los antecedentes penales está conectada con la cultura jurídica del *common law*, que trata los archivos de los tribunales como fuentes públicas de información. Más concretamente, el Tribunal afirmó que: ‘Both petitioner and respondents acknowledge the existence of a common law right of acces to judicial records, but they differ sharply over its scope and the circumstances warranting restrictions of it. (...) It is clear that the courts of this country recognize a general right to inspect and copy public records and document, including judicial records and documents’, Sentencia del Tribunal Supremo de Los Estados Unidos, *Nixon v. Warner Communications, Inc.*, págs. 597 y 598”. (CASTELLANO, Pere Simón. **El Reconocimiento del derecho al olvido digital en España en la EU**. Efectos tras la sentencia del TJUE de mayo de 2014. 1. ed. Madrid: Bosch, 2015, p. 112-113)

Por isto, ainda hoje quando se fala em direito ao esquecimento nos países de tradição do *common law*, a ideia imediatamente é associá-lo apenas à perspectiva do direito e processo penal. Neste ponto, se trata de a tentativa de americanos de excluir seus nomes destas listas de antecedentes criminais, de acesso amplo à consulta pública. E, mesmo assim, a Suprema Corte norte-americana, conforme visto, tem precedente judicial em sentido contrário.

Apesar disto, Ingo Sarlet e Arthur M. Ferreira Neto registram que, alguns autores norte-americanos defendem a necessidade de se introduzir naquele ordenamento jurídico o direito ao esquecimento de forma mais ampla (além do aspecto penal), desde que não tivesse qualquer contato conflituoso com a Primeira Emenda constitucional (liberdade de expressão). Neste sentido, seria o direito ao esquecimento (re)pensado no âmbito civil-tecnológico, exclusivamente em termos contratuais, e não como possível violação aos direitos de privacidade ou intimidade<sup>558</sup>.

George Brock defende, *a priori*, o distanciamento dos países do *common law* (EUA, p. ex.) da perspectiva consolidadora do direito ao esquecimento no continente europeu (*civil law*). Neste particular, afirma criticamente que, o debate sobre o direito a ser esquecido (*the right to be forgotten*) captura a questão de quais princípios se devem adotar; a decisão em si de quais informações não serão mantidas e, conseqüentemente, não serão mais encontradas na rede mundial de computadores e, por fim, quem tomará esta decisão. Mais uma vez, há uma defesa intransigente tendente a prevalecer aos direitos de liberdade de expressão em detrimento aos direitos de privacidade na internet<sup>559</sup>.

---

<sup>558</sup> “Como uma questão puramente contratual, o direito ao ‘esquecimento’ estaria delimitado apenas ao tema da retirada de consentimento por parte do titular dos dados digitais constantes da Internet, o que, em contrapartida, estaria criando obrigações jurídicas aos operadores dos sistemas informatizados, vinculando-os ao dever de cumprimento de promessas jurídicas (*pacta sunt servanda*). Assim, segundo Walker, tal reformulação do direito ao esquecimento garantiria uma base mais objetiva a essa pretensão jurídica, evitando discussões judiciais complexas envolvendo a comprovação da gravidade da ofensa causada com a publicação. Além disso, permitirá uma padronização de direitos contratuais que resguardariam a privacidade de todos os usuários da Internet. Por certo, tal mudança na cultura jurídica desse país exigiria complementação legislativa que impusesse regras *default*, reconhecendo o direito básico à exclusão voluntária de informações pessoais por parte dos usuários de Internet, o que até a presente data inexistiu”. (SARLET, Ingo Wolfgang; FERREIRA NETO, Arthur M. **O direito ao “esquecimento” na sociedade da informação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 119). Cf. WALKER, Robert K. **The right to be forgotten**. Estados Unidos da América: Hastings Law Journal 2012, p. 285.

<sup>559</sup> “Threats to free speech do not often occur as melodrama. Chilling effects work slowly and gently; their effects take time to be visible and their subtle nature makes them hard to measure. What has been delisted so far has only caused a small number of controversies and most parties have been content to accept Google’s good intentions. The risk is a different one. The right to be forgotten, now built into the next iteration or EU law, symbolizes procedures and practices which need to be reformed. That reform is needed because the right to be forgotten symbolizes the failure to ensure that the balance between fairness to the individual and freedom of speech is a good as it can be”. (BROCK, George. **The right to be forgotten**. Privacy and the media in the digital age. London-New York: I. B Tauris e Co. Ltd., 2016, p. 101)

Neste diapasão, assevera George Brock<sup>560</sup> que, a possibilidade de se esquecer na internet (*the right to be forgotten*) perpassa pelo aprimoramento do estudo dos algoritmos que, por sua vez, ainda não prescindem da intervenção humana em todo o processo. Neste ponto, no que diz respeito aos buscadores de informações (Google, p. ex.), os algoritmos utilizados fazem parte de segredo comercial, não se sabendo ao certo quais os mecanismos tecnológicos utilizados para a indexação das páginas nos motores de busca de conteúdo na internet.

Na esfera privada, o direito ao esquecimento ainda é um conceito em formação, aduz Zilda Consalter<sup>561</sup>. Neste particular, se trataria de um direito subjetivo, de titularidade individual e não absoluto, resultante do desdobramento do direito fundamental à intimidade, por meio do qual, no pleno exercício de sua liberdade, autonomia e determinação individual, controla-se fatos pertencentes ao passado. Assim, o ressurgimento ou não destes fatos no momento presente guardam direta relação com a salvaguarda da integridade emocional, psíquica, profissional, social e da vida íntima dos indivíduos.

Neste sentido, registra Zilda Consalter para o exercício do direito ao esquecimento a necessidade de requisitos negativos e positivos. Os primeiros dizem respeito a ausência de alguns de seus limitadores: (1) interesse público, histórico ou à memória de um povo ou nação; (2) embaraço ao exercício da liberdade de expressão ou de informação. Já os requisitos positivos se referem à presença de seus pressupostos de aplicabilidade: (1) o incômodo, sofrimento e angústia por parte do indivíduo, causando-lhe danos; (2) a perpetuação via rede

---

<sup>560</sup> “*One piece of the answer must be algorithms. The strings of code which search the web may operate automatically, but they are created by humans who choose and adjust which indicators of prominence will get what weight in the instant calculation. Even if the algorithms teach themselves to improve how they do this (by using feedback from internet users for example), human intervention is still part of the process. [...] Whether the right to be forgotten is a good or bad idea, Google Spain has helped us to see beyond the early, miraculous nature of internet search. If I enter “right to be forgotten” in Google, I get 2.050.000 results in 0,74 seconds. I have no idea how Google has ranked those results and like most people I rarely delve past the first page of results. I have no exact how Google’s formulae have ranked those links, partly because the algorithms are Google’s trade secret and partly because they evolve. I have some hazy clues: weight will be given to how many people link to a site, some attention will be paid to what I have searched before and the engine will know where I am. If I want to know more, I can always search for background on search techniques and developments and it will produce enough to keep me busy reading for weeks*”. (BROCK, George. **The right to be forgotten**. Privacy and the media in the digital age. London-New York: I. B Tauris e Co. Ltd., 2016, p. 82-83)

<sup>561</sup> “Frente a essas considerações de ordem teórica, parece que o direito ao esquecimento guarda seus fundamentos numa redefinição do conceito de vida reservada e resguardada das intromissões alheias, sendo, portanto, uma de suas facetas, mas que também se configura e ganha força jurídica na escolha individualizada da pessoa a exercer ou não aquele direito, o que implica pensar que, igualmente, pode ter somado à sua base fundante, também, o direito à liberdade”. [...]. Por fim, quando se trata de discutir a importância social do direito ao esquecimento é importante citar o filósofo e jurista francês François Ost, que escreveu que uma vez que, personagem pública ou não, fomos lançados diante da cena e colocados sob os projetores da atualidade, temos o direito, depois de determinado tempo, de sermos deixados em paz e a recair no esquecimento e no anonimato, do qual jamais queríamos ter saído”. (CONSALTER, Zilda Mara. **Direito ao esquecimento**: proteção da intimidade e ambiente virtual. São Paulo: Juruá, 2017, p. 188-189)

mundial de computadores, impondo a necessidade do controle, correção, complementação, desindexação e/ou apagamento do fato gerador do dano<sup>562</sup>.

Por conseguinte, Sérgio Branco desenvolve que, a tecnologia converteu a exceção em regra geral – o verbo “lembrar” do passado, se referindo às memórias tradicionais analógicas, faz-se regra geral diante da perenidade das memórias virtuais – ao passo que o verbo “esquecer” - no meio ambiente digital - se perfaz hodiernamente na exceção diante da sociedade em rede. Neste azo, defende o Autor<sup>563</sup> que, o direito ao esquecimento deve ser aplicado de maneira excepcionalíssima e somente quando estiveram presentes de forma conjunta os seguintes critérios: (1) Violação à privacidade por meio de publicação de dado verídico; (2) decurso de lapso temporal, capaz de causar dano a seu titular; (3) Inexistência de interesse público, preservando-se em todo caso a liberdade de expressão; (4) Não se trate de fato histórico; (5) cuja demanda é direcionada, em última instância, ao Poder Judiciário, que deverá, se entender cabível, ordenar a sua remoção ao meio de comunicação onde a informação se encontra (e nunca ao motor de busca).

Igualmente, quanto ao ponto específico da desindexação e a desoneração de responsabilidade dos motores de busca na internet (Google, Bing etc), Orlando Pulvirenti<sup>564</sup> afirma expressamente que, *“no es posible perseguir legalmente a los intermediarios (proveedores, buscadores) por el contenido existente en Internet del cual no fueran su autor y que no tengan la obligación legal de prevenir o quitar”*.

De imediato, a conceituação de Sérgio Branco, bem como as limitações de Orlando Pulvirenti, caminham no mesmo sentido, quando diferenciam expressamente o mero desejo de desindexação dos operadores de busca (p.ex. Google, Bing, Yahoo etc) e o direito ao

<sup>562</sup> “Somado a isso – e talvez o aspecto mais importante nessa busca pela efetividade – está a possibilidade de desindexação de informações, dados e imagens ao nome do indivíduo, tarefa que se procede diretamente em face dos buscadores de conteúdo. Essa foi a tese aquiescida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, em que se determinou a desindexação (ou seja, que não mais a Google efetuasse a ligação e sugestão imediata de acesso) do nome de um cidadão espanhol a um praceamento por dívida que sequer havia ocorrido em seu passado, garantindo, deste modo, que não mais tenha o incômodo de ser colocado como devedor toda vez que alguém digita o seu nome no buscador booleano”. (CONSALTER, Zilda Mara. **Direito ao esquecimento: proteção da intimidade e ambiente virtual**. São Paulo: Juruá, 2017, p. 362-363)

<sup>563</sup> “Diversas soluções terão que ser propostas e testadas. Desde a determinação legal de retirada do conteúdo indesejado até mesmo a revisão de nossas práticas sociais. Talvez, em um futuro não muito distante, o fato de uma pessoa ter sido presa ou de ter fotos que revelem sua intimidade circulando pela internet venha a ser julgado irrelevante para o convívio social e para a conservação de suas relações afetivas e de trabalho – e o esquecimento, então, será menos almejado. Essa solução, contudo, exige mudança social expressiva e só a longo prazo poderá ser esperada”. (BRANCO, Sérgio. **Memória e esquecimento na internet**. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2017, p. 197-198)

<sup>564</sup> *“En el contexto de esas potenciales limitaciones, debe considerarse el particular fenómeno que se origina en la violación de derechos de autor por medio de Internet y la consecuente posibilidad de intervenir sobre ese tránsito de datos, a través del Estado”*. (PULVIRENTI, Orlando D. **Derechos humanos e internet**. 1. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Errepar, 2013, p. 89)

esquecimento. Em outras palavras, a remoção do link da lista de busca não se trataria nem da forma imprópria do direito ao esquecimento, pois o conteúdo repudiado continuaria ainda disponível no site originário. Neste caso, ter-se-ia somente a desindexação. Ao passo que, a retirada ou a remoção da informação diretamente no meio de comunicação onde se encontra seria então formalmente o direito ao esquecimento por excelência.

Neste particular, diverge-se de ambos os Autores, Sérgio Branco e Orlando Pulvirenti. Apesar de existirem diferenças conceituais e tecnológicas entre o “direito ao esquecimento” e a “desindexação”, parece adequada a perspectiva protetiva ampliada já consolidada na Comunidade Europeia, conforme será desenvolvido em seções posteriores, inclusive com a análise de precedentes judiciais nacionais e estrangeiros. A rigor, ora se defende que, a “desindexação” seria espécie do gênero “direito ao esquecimento”, ou seja, um desdobramento protetivo necessário diante da importância dos buscadores da internet (Google, Bing etc). Neste ponto, não se pode olvidar que, a difusão das informações no meio ambiente digital é multiplicada de forma exponencial pela atuação dos motores de busca.

Por outro lado, comunga-se com boa parte da proposta de conceituação do direito ao esquecimento por meio de critérios conjuntos para o seu exercício, conforme acentuado por Sérgio Branco. Este ressalta que, o direcionamento do pedido de esquecimento, em última instância, deverá ser realizado ao Poder Judiciário. Adverte-se, entretanto, que, a consequência prática do reconhecimento ao direito ao esquecimento na forma decidida pelo Tribunal de Justiça Europeu<sup>565</sup> é deixar a cargo do Google (ou outro gestor de ferramenta de busca) a decisão de remover, ou não, o conteúdo que se pretende ter esquecido<sup>566</sup>.

De qualquer sorte, o precedente estrangeiro da União Europeia que, será analisado de forma minudente nas seções posteriores, não se mostra incompatível com o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro. De fato, não se identificam maiores incompatibilidades, porquanto, ainda que o precedente remeta à decisão do esquecimento ou da remoção do

---

<sup>565</sup> “[...] o operador de um motor de busca é obrigado a suprimir da lista de resultados, exibida na sequência de uma pesquisa efetuada a partir do nome de uma pessoa, as ligações a outras páginas *web* publicadas por terceiros e que contenham informações sobre essa pessoa, também na hipótese de esse nome ou de essas informações não serem prévia ou simultaneamente apagadas dessas páginas *web*, isto, se for caso disso, mesmo quando a sua publicação nas referidas páginas seja, em si mesma, lícita; [...]” (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça Europeu. **Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção)**, ECLI:EU:C:2014:317, Processo C-131/12, 13 maio 2014).

<sup>566</sup> “A principal indagação é se a Corte Europeia estaria privilegiando a privacidade ou a censura. [...]. Ou seja, em vez de se atribuir a análise a um juiz, este papel será desempenhado pelo Google. [...]. E o trabalho não é singelo. De acordo com informações publicadas na imprensa, o Google recebeu nos meses seguintes quase cem mil pedidos de remoção de conteúdo, tendo conseguido atender apenas 50% desse total. Vários são os perigos dessas demandas. Além de se atribuir ao ente privado o dever de julgar se uma informação deve ou não ser acessada, promove-se a censura privada e o risco de se provocar um apagão histórico”. (BRANCO, Sérgio. **Memória e esquecimento na internet**. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2017, p. 161)

conteúdo ao Google (hipóteses de desindexação), caso o indivíduo no Brasil não concorde com a decisão deste ente privado, por óbvio, poderá socorrer-se do Poder Judiciário em última instância, conforme artigo 5º, inciso XXXV, da CF/88<sup>567</sup>.

A doutrina alemã, por obra de Oskar Josef Gstrein, é referenda por Ingo Sarlet e Arthur Ferreira Neto, quando introduz que, são 03 (três) os conceitos adicionais ao direito de ser esquecido (*Recht auf Vergessenwerden – RVw*), embora não sejam sinônimos, são ideias correlatas do direito ao esquecimento em sentido amplo: (1) o “direito à não indexação” (*Recht auf Nicht-Indexierung – RNI*), já tratado nesta pesquisa, alcançando uma fatia menor do espectro regulado pelo direito ao esquecimento; (2) a “cascata da decomposição informacional” (*Die Kaskade des Informationellen Verfalls – KdiV*)<sup>568</sup>, se referindo ao esgotamento da relevância informativa e sua gradual decadência; e o (3) “direito à autodeterminação informativa” (*Recht auf informationelle Selbstbestimmung*)<sup>569</sup>, afirmando que, o direito ao esquecimento se relaciona mais diretamente com o direito à identidade do que propriamente com o direito à privacidade.

A título de conclusão parcial, seja qual for o conceito de direito ao esquecimento adotada, ora se defende enquanto elementos conceituais, que devem fazer parte do conteúdo normativo: (1) a remoção ou esquecimento do conteúdo deverá se referir necessariamente a fato verídico, caso contrário, se tratará de *fake news*, por exemplo, com outras repercussões jurídicas; (2) o interesse público não deve estar presente ou, se já esteve em alguma medida, já decorreu prazo razoável da publicação da informação; (3) houve, de fato, causa e consequência, isto é, o malferimento aos direitos de privacidade se consumou na prática; (4) o cotejo necessário entre os direitos da personalidade e os direitos da liberdade de expressão

<sup>567</sup> “Art. 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”. (BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Assembleia Nacional Constituinte, 1988)

<sup>568</sup> “Mesmo que ele não forneça um critério objetivo para seu controle nem uma metodologia para sua aplicação, tal interessante e criativa expressão é relevante para avaliar, diante do caso concreto, a pertinência e atualidade do conteúdo informativo que determinada pessoa poderá estar buscando excluir ou impedir o acesso”. (SARLET, Ingo Wolfgang; FERREIRA NETO, Arthur M. **O direito ao “esquecimento” na sociedade da informação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 67). Os autores se referem especificamente à obra de: GSTREIN, Oskar Josef. **Das Recht auf Vergessenwerden als Menschenrecht – Hat Menschenwürde im Informatioszeitalter Zukunft?** Alemanha: Nomos, 2016, p. 24 e 256.

<sup>569</sup> “O direito ao esquecimento mantém próxima relação com a pretensão individual de controlar o manuseio e a transmissão de informações pessoais passadas e que sejam, ainda hoje, acessíveis pelos demais membros da sociedade, buscando, com isso, garantir que cada indivíduo possa preservar elementos importantes de sua identidade contra os efeitos danosos de fatos pretéritos, permitindo que ele próprio direcione a construção da sua personalidade futura”. (SARLET, Ingo Wolfgang; FERREIRA NETO, Arthur M. **O direito ao “esquecimento” na sociedade da informação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 67). Os autores se referem especificamente à obra de: GSTREIN, Oskar Josef. **Das Recht auf Vergessenwerden als Menschenrecht – Hat Menschenwürde im Informatioszeitalter Zukunft?** Alemanha: Nomos, 2016, p. 24 e 256.

deverá ser contumaz na análise do caso concreto, devendo falar-se na existência do direito ao esquecimento quando ocorrer uma aproximação jurídico-valorativa de afastamento, ainda que temporário, das liberdades comunicativas em prol da privacidade; (5) a desindexação (espécie) faz parte inarredável do conceito do direito ao esquecimento (gênero), ampliando-lhe o viés jurídico-protetivo. Esta é uma defesa intransigente, sob pena de se esvaziar o seu conteúdo normativo pois a esmagadora transmissão e intercâmbio de informações na internet ocorre por meio dos motores de busca de conteúdo (Google, o seu principal exemplo).

A par das diversas e diferentes acepções conceituais para o direito ao esquecimento – algumas mais protetivas, outras menos abrangentes - antes de se afirmar sobre a possibilidade de fundamentação jurídico-constitucional de um direito ao esquecimento no Brasil, faz-se *mister* investigação na próxima seção acerca de sua evolução jurídico-histórica. Com estas balizas, há de se verificar uma melhor compreensão da matéria, perquirindo-se uma análise específica em tempos mais remotos.

## 5.2 A evolução jurídico-histórica do direito ao esquecimento

A origem do direito ao esquecimento é questão controvertida na doutrina. Neste ponto, remonta-se ao ostracismo do século V a. C, em Atenas, como o fóssil mais antigo do esquecimento com feições jurídicas. Clístenes, seu idealizador e chamado pai da democracia, determinou por lei a possibilidade de exílio por uma dezena de anos o cidadão que fosse responsável pelo cometimento de falhas graves e pela ameaça à democracia<sup>570</sup>.

Depreende-se, portanto, que o registro histórico aponta para o fato de que, o cidadão de Atenas era “condenado” pela comunidade por votação majoritária a ser esquecido por determinado tempo (10 anos), embora pudesse ainda usufruir de alguns de seus direitos como, p. ex., desfrutar da renda de suas propriedades. Naquele momento, verifica-se que, a ideia de esquecimento era atrelada ao aspecto sancionatório de um Estado ou comunidade, e não propriamente como um direito subjetivo do indivíduo.

---

<sup>570</sup> “Todos os anos, durante a sexta pritania, o ostracismo era votado e colocado para a Eclésia. O ato de votar se materializava pela escrita do nome do eleito para ser removido da cidade, num pedaço de cerâmica (chamado ostraco, daí o nome do instituto). Os ostracos eram deixados na ágora e, após contados, se não atingissem o número de seis mil, a votação era encerrada. Se ultrapassasse esse número, os pedaços eram empilhados e separados por nomes. Aquele que recebesse a maioria dos votos era condenado ao banimento por dez anos, sendo mantido apenas o seu direito de desfrutar da renda de suas propriedades. Originalmente, a pessoa poderia ir morar em qualquer área do território ático, mas de 480 a.C em diante, passou a se proibir de parar ao lado do Cabo Geraestos (ao sul de Euboea) e do Cabo Skyllaion (a leste de Argolis) (atualmente todas as regiões citadas são pertencentes ao território grego)”. (CONSALTER, Zilda Mara. **Direito ao esquecimento: proteção da intimidade e ambiente virtual**. São Paulo: Juruá, 2017, p. 189)

Por conseguinte, os resquícios concretos do esquecimento enquanto direito subjetivo<sup>571</sup> somente ocorreram no século XX e, mesmo assim, com outras nomenclaturas diferentes. Inicialmente, citam-se dois casos nos Estados Unidos pelo viés de precedentes judiciais: em 1931, quando a *Court of Appeal* da Califórnia identificou o - “direito ao esquecimento – como direito constitucional de buscar a felicidade” - em favor de Gabrielle Darley contra produtor de cinema Wallace Reid (*Melvin versus Reid*); e em 1937, no caso *Sidis versus F-R Publishing Corporation*, quando o Tribunal decidiu em favor da imprensa, qual seja, o jornal *The New Yorker* em desfavor de William James Sidis.

No primeiro caso, *Melvin versus Reid*<sup>572</sup>, a Corte privilegiou a intimidade do indivíduo (Gabrielle Darley), ex-prostituta, acusada e absolvida de homicídio, que teve seu passado revelado numa produção cinematográfica, causando-lhe danos morais e danos a sua saúde. Neste ponto, tais fatos narrados pelo filme eram verdadeiros, contudo não mais retratavam a vida atual de Gabrielle, que havia se casado com Bernard Melvin, gozando de respeito e conceito perante a comunidade.

Já no segundo caso, *Sidis versus F-R Publishing Corporation*<sup>573</sup>, a Corte decidiu em favor da imprensa reconhecendo a existência de interesse público à informação. Neste ponto,

---

<sup>571</sup> “No entanto, foi no âmbito da jurisprudência que se revelou, de forma mais substancial e evidente, a evolução do direito ao esquecimento, compreendido como o direito subjetivo de reagir contra a injustificada utilização de fatos pretéritos, desprovidos de interesse público ou relevância social, com aptidão para malferir, de forma relevante, direitos da personalidade”. (BEZERRA JUNIOR, Luís Martius Holanda. **Direito ao esquecimento:** a justa medida entre a liberdade informativa e os direitos da personalidade. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 74)

<sup>572</sup> “A película, que mantinha os nomes reais dos personagens retratados, chegou a ser exibida em diversos estados norte-americanos, tendo os amigos e muitas outras pessoas, de todos os níveis de relacionamento do casal, imediatamente identificado a protagonista, passando a tratá-la, desde então, à vista dos rígidos valores da sociedade da época, com preconceito e imenso desprezo, o que causou profunda angústia e afetou a sua saúde física e mental. A ação indenizatória foi então movida, por alegada violação de alguns direitos de propriedade e do direito à intimidade, sendo que este último não havia ainda, naquela época, sido sequer reconhecido por qualquer lei do estado da Califórnia. A Corte, após citar o célebre artigo de Warren e Brandeis e discorrer sobre o caráter indevido da intromissão e da publicação de fatos desagradáveis e relativos ao passado, reconheceu a procedência do pedido, pontuando a existência de um direito constitucional de ‘buscar e achar a felicidade’, o que, segundo Urabayen, seria o reconhecimento judicial, ainda que sem nominá-lo, de um direito ao esquecimento”. (BEZERRA JUNIOR, Luís Martius Holanda. **Direito ao esquecimento:** a justa medida entre a liberdade informativa e os direitos da personalidade. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 75-76). O Autor se refere expressamente a: URABAYEN, Miguel. **Vida privada e información:** un conflicto permanente. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1977, p. 124.

<sup>573</sup> “William James Sidis, em 1910, com onze anos de idade, falava desembaraçadamente aos mais ilustres matemáticos sobre assuntos tão abstratos quando extremamente difíceis. Na adolescência, graduou-se em Harvard, passando a ser reconhecido como um prodígio mental. Depois, ele desapareceu da vida pública, deixou de ser notícia nos periódicos que tantos espaços tinha reservado para abordar a sua infância e adolescência. No entanto, o jornal *The New Yorker*, de 14 de agosto de 1937, publicou uma reportagem de como William, após a formatura em Harvard, passou para levar uma vida retirada, com taras e manias peculiares, morando em uma humilde casa num dos mais pobres bairros de Boston. Embora o jornal tivesse atentado, nitidamente, contra a intimidade do passado de William, o tribunal reconheceu, naquele caso, a existência de interesse público à informação. E decidiu em favor da imprensa. Segundo os comentaristas daquele episódio, William James Sidis – que era dotado de extrema sensibilidade – definiu e morreu logo



permitiu-se que, o jornal *The New Yorker* publicasse reportagem a respeito de William Sidis, embora atentasse a princípio contra a sua intimidade, retratando detalhes de sua vida passada quando era considerado menino prodígio graduado por Harvard.

De qualquer sorte, historicamente, na jurisprudência constitucional norte-americana as liberdades de expressão e imprensa quase sempre prevalecem sobre a tutela de direitos da personalidade<sup>574</sup>. Neste ponto, vislumbram-se os casos *Cox Broadcasting Corp v. Cohn* e *The Florida Star v. B.J.F.*, quando se afastou a responsabilidade civil da imprensa por revelar os nomes de vítimas de estupro, obtidos de forma lícita, afirmando-se a inconstitucionalidade de normas jurídicas que vedavam tal divulgação.

Do ponto de vista cronológico, menciona-se na Europa o caso inaugural da atriz francesa Marlene Dietrich, em 1955, quando o Tribunal de Paris reconheceu que, as recordações da vida privada do indivíduo pertencem ao seu patrimônio moral. Neste ponto, nenhum periódico de publicação teria o direito de publicá-las sem a expressa autorização daquele de quem se narra a vida<sup>575</sup>.

após perder a causa [...]. Pode-se perceber que o caso envolvia o privilégio de informar frente a assuntos de interesse público, mas a decisão de que não havia nenhuma causa de ação repousou sobre o fundamento de que nada havia no artigo que seria censurável a qualquer pessoa normal (o problema é que Sidis não era uma pessoa normal!)”. (CONSALTER, Zilda Mara. **Direito ao esquecimento**: proteção da intimidade e ambiente virtual. São Paulo: Juruá, 2017, p. 190-191)

<sup>574</sup> “A ideia de que certos direitos desfrutam de posição preferencial é originária da jurisprudência constitucional norte-americana. Ela surge na célebre nota de rodapé nº 4 aposta pelo Justice Stone na decisão do caso *United States v. Carolene Products*, julgado em 1938, que tratava da regulação econômica pelo Estado. Naquele feito, decidiu-se que o Judiciário deveria ser deferente em relação às decisões legislativas em questões econômicas, mas, no que tange a alguns *direitos preferenciais* e à proteção de minorias impopulares, poderia exercer um escrutínio mais rigoroso sobre normas restritivas. Com o tempo, definiu-se que o *standard* que rege este escrutínio jurisdicional rigoroso (*strict scrutiny*) envolve verificar se a norma restritiva promove um interesse público excepcionalmente importante (*compelling interest*), e se ela é talhada de modo estreito e preciso (*narrowly tailored*), para favorecer dito interesse. O escrutínio estrito – diz um conhecido ditado – é quase sempre fatal. Em outras palavras, poucas normas conseguem sobreviver ao controle jurisdicional efetuado com base neste *standard*. A doutrina foi articulada mais claramente em relação à liberdade de expressão em *Thomas v. Collins*, em que se consignou, no voto do Justice Rutledge: “a usual presunção sustentando a legislação é ponderada com a posição preferencial conferida no nosso sistema para as grandes, as indispensáveis liberdades democráticas asseguradas pela Primeira Emenda. Essa prioridade confere a estas liberdades uma santidade e uma posição que não admitem intrusões dúbias. (...) Apenas os abusos mais graves, que coloquem em risco interesses supremos, dão espaço a limitações admissíveis”. (SARMENTO, Daniel. Liberdades comunicativas e “direito ao esquecimento” na ordem constitucional brasileira. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 7, p. 212-213, jan./mar. 2016. Parecer)

<sup>575</sup> “Um periódico semanal havia publicado, sem autorizações, uma série de artigos intitulada ‘Minha vida, por Marlene Dietrich’. Pela apresentação, todos foram levados a crer que era ela mesma quem tinha narrado a história, o que não era verdade. [...]. E complementa o aresto que, sem dúvida, a vida pública do indivíduo obedece a regras diferentes, caso contrário, ao historiador seria impossível trabalhar. Mas anedotas e histórias de privacidade, especialmente aquelas que afetam a vida interior, não podem ser escritas sem o consentimento da pessoa em causa. Se as estrelas de arte são protegidas pelos mesmos princípios, não se pode fazer uma exceção no seu caso, sob o pretexto falacioso de procurar publicidade essencial para a sua fama. E o Tribunal de Paris estimou o valor da indenização em 1.200.000 francos à atriz”. (CONSALTER, Zilda Mara. **Direito ao esquecimento**: proteção da intimidade e ambiente virtual. São Paulo: Juruá, 2017, p. 192)

Neste contexto, diferentemente dos Estados Unidos, a França reconhece a potencialidade dos direitos da personalidade, notadamente da vida privada, em desfavor da ampla e irrestrita liberdade de expressão. Anthony Quéliz<sup>576</sup> menciona acerca de *la supériorité du droit au respect de l'avie privée en France*, afirmando que, “*face au droit à l'oubli numérique dérivé, il faut mettre en balance les droits en conflits. La France est un pays qui est fier de la forte protection dont jouit la vie privée*”.

Anthony Quéliz<sup>577</sup> enfatiza ainda que, o balanceamento em jogo dos valores fundamentais – direitos de privacidade e liberdade de expressão – ocorre de forma diferente na França e nos Estados Unidos. Dito de outra forma, deduz-se que, isto não decorre essencialmente por diferenças jurídico-dogmáticas entre estes direitos e liberdades fundamentais em ambos os países, mas, especificamente, em face de a atribuição valorativa norte-americana superior à liberdade de expressão, bem como ao sopesamento francês tendencialmente a privilegiar os direitos da personalidade.

De qualquer sorte, Anthony Quéliz<sup>578</sup> também diferencia na França o direito ao esquecimento – a quem chama de *droit à l'oubli numérique original* – do direito à desindexação, denominado de *droit à l'oubli numérique dérivé*. Por conseguinte, apesar de reconhecer os avanços do famoso precedente judicial do Tribunal de Justiça da União Europeia (*Mario Costeja vs Google*), ao qual se atribui a gênese<sup>579</sup> do direito ao esquecimento no meio ambiente digital, afirma o Autor peremptoriamente que, “*la décision de la CJUE ne*

<sup>576</sup> “*La prise de conscience est commune au droit français et au droit américain sur pour l'individu, de protéger ses données personnelles et de pouvoir les contrôler. Cependant, cette problématique est abordée différemment dans chacun des pays. Cette différence s'explique notamment par le poids de l'histoire et la hiérarchisation des valeurs fondamentales mis en exergue dans chacun de ces et pays. Face au <droit à l'oubli numérique>, la France met en exergue le droit à l'avie privée, tandis que les États-Unis ont donné la priorité à la liberté d'expression au détriment de ce droit à la vie privée. Ils rechignent donc à reconnaître ce <droit à l'oubli numérique>”.* (QUÉLIZ, Anthony Abud. **Le droit à l'oubli numérique en France et aux États-Unis**. Saarbrücken: Éditions universitaires européennes, 2016, p. 65, p. 71)

<sup>577</sup> “*Un régime commun du «droit à l'oubli numérique» entre la France et les USA est inconcevable, non pas parce que leurs discours ou atteintes soient différents dans chacun de ces États, mais parce que si on mettait sur une balance les valeurs en jeu, elle ne se pencherait pas du même côté”.* (QUÉLIZ, Anthony Abud. **Le droit à l'oubli numérique en France et aux États-Unis**. Saarbrücken: Éditions universitaires européennes, 2016, p. 72)

<sup>578</sup> “*Le profond bouleversement des équilibres entre les différents droits et libertés justifie une évolution souhaitée du «droit à l'oubli numérique dérivé» pour tendre vers un droit à l'oubli numérique plus global et mieux maîtrisé. Mais il a été vu que beaucoup de points restent encore à régler en la matière”.* (QUÉLIZ, Anthony Abud. **Le droit à l'oubli numérique en France et aux États-Unis**. Saarbrücken: Éditions universitaires européennes, 2016, p. 71)

<sup>579</sup> A matéria será analisada nas seções posteriores. De imediato, não se desconhece o pioneiro papel da Agência de Proteção de Dados Pessoais da Espanha – *Agencia Española de Protección de Datos* (AEPD), entretanto, o precedente judicial *Mario Costeja González vs. Google* do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) é comumente citado como a gênese do direito ao esquecimento na era digital em virtude de sua repercussão mundial sobre o tema e sua importante fundamentação, pavimentando em definitivo a consolidação do *derecho al olvido* nos sistemas jurídicos diversos. Cf. UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça Europeu. **Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção)**, ECLI:EU:C:2014:317, Processo C-131/12, 13 maio 2014.

*constitue qu'une fausse consécration du droit à l'oubli numérique*". Neste particular, o que se restou ali assentando foi o direito à desindexação em face de os motores de busca na internet, qual sejal, *le droit à l'oubli numérique dérive*.

Por isto, pela concepção conceitual de Anthony Quéliz, ou seja, desmembrando o direito ao esquecimento na internet do direito à desindexação, afirma o Autor que, "*en définitive, le droit à l'oubli numérique original n'existe pas en tant que tel ni dans le droit américain ni dans le droit français*"<sup>580</sup>. Neste ponto, discorda-se do Autor pelos mesmos motivos já expostos anteriormente, pois conforme se verá nas seções posteriores, o precedente judicial espanhol que inaugura o direito ao esquecimento na internet subsidia o entendimento de que, o complexo conteúdo do direito ao esquecimento em sentido amplo poderá albergar a desindexação (ou o direito à desindexação) junto aos motores de busca na internet enquanto parte fundamental de um todo indivisível juridicamente.

Reitera-se: não se estar a equiparar tecnicamente "desindexação" e "esquecimento digital", pois obviamente são experiências distintas. Apesar disto, entretanto, o conceito de direito ao esquecimento em sentido amplo poderá albergar o direito subjetivo à desindexação como um de seus núcleos fundamentais. Neste sentido, poderá compreender tanto o controle informativo de outras mídias de transmissão e armazenamento de dados, além dos meios digitais diversos (mídias impressas, televisivas, rádio etc). Ademais, prioritariamente na rede mundial de computadores (internet), também se podem exigir outros instrumentos jurídicos de proteção do indivíduo em relação aos seus dados pessoais do passado, inclusive a retificação, a exclusão, a desindexação de informações, dentre outros<sup>581</sup>.

Outro referencial histórico importante na Europa, aconteceu na Alemanha, recordado como o caso *Lebach*<sup>582</sup>, decidido pelo Tribunal Constitucional em 1973. Na hipótese,

<sup>580</sup> "*Nonobstant, il faut reconnaître, d'une part, l'existence d'une version extrêmement limitée de ce droit aux USA (Children's Online Privacy Protection Act) et, d'autre part, la consécration d'un ensemble de prérogatives qui produiraient des effets semblables (rectification, opposition, verrouillage... et maintenant le droit au déréférencement que s'y ajoute)*". (QUÉLIZ, Anthony Abud. **Le droit à l'oubli numérique en France et aux États-Unis**. Saarbrücken: Éditions universitaires européennes, 2016, p. 72)

<sup>581</sup> "No caso do direito ao esquecimento na Internet (embora o mesmo se aplique ao ambiente analógico, quando envolvidos interesses dos grandes atores da comunicação social), isso é de especial relevância, em virtude do poder econômico e social, mas também político, das grandes corporações como é o caso, v.g., do Google, do Facebook, gerando um grande desequilíbrio entre as partes envolvidas na teia de relações jurídicas que se estabelecem entre usuários, provedores, etc". (SARLET, Ingo Wolfgang; FERREIRA NETO, Arthur M. **O direito ao "esquecimento" na sociedade da informação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 91)

<sup>582</sup> "Em 1969, quatro soldados que faziam a sentinela junto a um depósito de armas e munições do Exército alemão, foram mortos, enquanto dormiam, por assaltantes que levaram diversas armas e munições, destinadas à prática de outros delitos, tendo os dois principais autores sido condenados à prisão perpétua, ao passo que o terceiro envolvido no crime, considerado cúmplice, recebeu uma condenação a seis anos de reclusão, por ter auxiliado na preparação da empreitada. Quatro anos depois da condenação, pouco antes de ser decidido o livramento condicional, medida que permitiria, após o cumprimento de boa parte da pena, a sultura do condenado partícipe, anunciou o canal de televisão alemão ZDF (*Segundo canal alemão*) a

indivíduo pleiteou que, se impedisse determinada rede de televisão de divulgar documentário sobre sua vida pregressa – condenação por homicídios e roubo de armas – meses antes de sua soltura após cumprimento da respectiva pena. Neste particular, o Tribunal Constitucional Alemão resguardou a tutela dos direitos da personalidade do indivíduo que, nesse caso, se sobrepunha à liberdade de comunicação. Os argumentos da Corte Constitucional giravam em torno de a possibilidade de comprometimento da ressocialização do prisioneiro em vias de sua soltura, bem como a ideia de que, não haveria significativo interesse público na informação, principalmente em razão de o transcurso de vários anos desde a data do crime.

O ponto de destaque da decisão do *BverfG* no caso *Lebach* dizia respeito, contudo, a uma constatação já defendida nesta pesquisa, qual seja, os direitos da personalidade e as liberdades comunicativas estão exatamente no mesmo patamar abstratamente considerados, ou seja, no mesmo nível hierárquico normativo-valorativo. Nesta esteira, comportam concretamente sopesamento diante das peculiaridades factuais, tendo sido enfrentado de forma direta o caráter de atualidade das informações divulgadas. Aliás, este foi o fator determinante para a ilação do Tribunal Federal alemão de que, há uma precedência pontual (e não precedência geral) da liberdade de informação, podendo ser afastada em favor dos direitos da personalidade (nome, imagem e livre desenvolvimento) quando ausente interesse atual pelas informações pretéritas divulgadas<sup>583</sup>.

Atualmente, a discussão que envolve a liberdade de expressão e os direitos da personalidade (principalmente o direito à privacidade) possui foro privilegiado na União Europeia, em face de a legislação mais avançada no que refere ao tratamento, armazenamento

---

exibição de um documentário, onde seria apresentada uma reconstituição dos fatos, com nomes e imagens dos autores do crime e a encenação, por atores, de todos os aspectos do delito, a retratar, inclusive, as íntimas relações havidas entre os três envolvidos. O terceiro acusado, prestes a ser beneficiado com a liberdade, alegando que a ampla republicação dos fatos, por meio da exibição do programa televisivo, às vésperas de sua soltura, atingiria seus direitos da personalidade e afetaria o seu processo de ressocialização, postulou medida liminar, tendente a obstar a exibição do programa, tendo a providência cautelar inibitória sido indeferida pelo Tribunal Estadual de *Mainz*, sendo a decisão mantida pelo Tribunal Superior de *Koblenz*, ao entendimento de que eventual conflito entre os direitos da personalidade e a liberdade de imprensa deveria ser decidido em favor da divulgação do programa, visto tratar-se de matéria de inequívoco interesse público. Ajuizada a reclamação constitucional, fundada em ofensa ao assegurado direito de livre desenvolvimento da personalidade, revertendo os julgados anteriores, decidiu o Tribunal Constitucional Federal que a emissora de televisão não poderia exibir o documentário com a apresentação da imagem do reclamante ou a menção a seu nome”. (BEZERRA JUNIOR, Luís Martius Holanda. **Direito ao esquecimento**: a justa medida entre a liberdade informativa e os direitos da personalidade. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 76-77)

<sup>583</sup> “O reconhecimento de um direito ao esquecimento, como forma de permitir o livre desenvolvimento e coibir a lesão permanente aos direitos da personalidade, ainda que outrora tenham sido legitimamente comprimidos, pode ser extraído da conclusão do acórdão, de onde se colhe que a proteção da personalidade não admite ‘que a televisão se ocupe com a pessoa do criminoso e sua vida privada por tempo ilimitado e além da notícia atual’ e que ‘um noticiário posterior será, de qualquer forma, inadmissível’ se tiver o condão de causar um ‘prejuízo considerável novo ou adicional’”. (BEZERRA JUNIOR, Luís Martius Holanda. **Direito ao esquecimento**: a justa medida entre a liberdade informativa e os direitos da personalidade. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 78)

e transferência de dados de forma eletrônica. Neste sentido, destaca-se inicialmente a Diretiva Europeia nº 95/46/CE de 24 de outubro de 1995<sup>584</sup> que, por sua vez, foi recentemente revogada – em 25 de maio de 2018 – com a entrada em vigor do novo Regulamento de nº 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia<sup>585</sup>.

Com efeito, o “direito ao esquecimento” no ambiente digital (Internet) foi acolhido por acórdão<sup>586</sup> do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), de 13 de maio de 2014. A

---

<sup>584</sup> UNIÃO EUROPEIA. Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 24 de outubro de 1995 relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. **Jornal Oficial da União Europeia**, 23 nov. 1995, L 281/31-50.

<sup>585</sup> “Artigo 1º. **Objeto e objetivos** 1.O presente regulamento estabelece as regras relativas à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. 2.O presente regulamento defende os direitos e as liberdades fundamentais das pessoas singulares, nomeadamente o seu direito à proteção dos dados pessoais. 3.A livre circulação de dados pessoais no interior da União não é restringida nem proibida por motivos relacionados com a proteção das pessoas singulares no que respeita ao tratamento de dados pessoais.” (grifos nossos). (UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016 relativo à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Protecção de Dados). **Jornal Oficial da União Europeia**, I (Atos legislativos), 4 maio 2016, L 119/1-88)

<sup>586</sup> **Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), no processo C-131/12, de 13 de Maio de 2014: “Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Grande Secção) declara:** 1) O artigo 2.º, alíneas “b” e “d”, da Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, deve ser interpretado no sentido de que, por um lado, a atividade de um motor de busca que consiste em encontrar informações publicadas ou inseridas na Internet por terceiros, indexá-las automaticamente, armazená-las temporariamente e, por último, pô-las à disposição dos internautas por determinada ordem de preferência deve ser qualificada de «tratamento de dados pessoais», na aceção do artigo 2.º, alínea “b”, quando essas informações contenham dados pessoais, e de que, por outro, o operador desse motor de busca deve ser considerado «responsável» pelo dito tratamento, na aceção do referido artigo 2.º, alínea “d”. 2) O artigo 4º, n.º1, alínea “a”, da Diretiva 95/46 deve ser interpretado no sentido de que é efetuado um tratamento de dados pessoais no contexto das atividades de um estabelecimento do responsável por esse tratamento no território de um Estado-Membro, na aceção desta disposição, quando o operador de um motor de busca cria num Estado-Membro uma sucursal ou uma filial destinada a assegurar a promoção e a venda dos espaços publicitários propostos por esse motor de busca, cuja atividade é dirigida aos habitantes desse Estado-Membro. 3) Os artigos 12º, alínea “b”, e 14º, primeiro parágrafo, alínea “a”, da Diretiva 95/46 devem ser interpretados no sentido de que, para respeitar os direitos previstos nestas disposições e desde que as condições por elas previstas estejam efetivamente satisfeitas, o operador de um motor de busca é obrigado a suprimir da lista de resultados, exibida na sequência de uma pesquisa efetuada a partir do nome de uma pessoa, as ligações a outras páginas *web* publicadas por terceiros e que contenham informações sobre essa pessoa, também na hipótese de esse nome ou de essas informações não serem prévia ou simultaneamente apagadas dessas páginas *web*, isto, se for caso disso, mesmo quando a sua publicação nas referidas páginas seja, em si mesma, lícita. 4) Os artigos 12º, alínea “b”, e 14º, primeiro parágrafo, alínea “a”, da Diretiva 95/46 devem ser interpretados no sentido de que, no âmbito da apreciação das condições de aplicação destas disposições, importa designadamente examinar se a pessoa em causa tem o direito de que a informação em questão sobre a sua pessoa deixe de ser associada ao seu nome através de uma lista de resultados exibida na sequência de uma pesquisa efetuada a partir do seu nome, sem que, todavia, a constatação desse direito pressuponha que a inclusão dessa informação nessa lista causa prejuízo a essa pessoa. Na medida em que esta pode, tendo em conta os seus direitos fundamentais nos termos dos artigos 7º e 8º da Carta, requerer que a informação em questão deixe de estar à disposição do grande público devido à sua inclusão nessa lista de resultados, esses direitos prevalecem, em princípio, não só sobre o interesse económico do operador do motor de busca, mas também sobre o interesse desse público em aceder à informação numa pesquisa sobre o nome dessa pessoa. No entanto, não será esse o caso se se afigurar que, por razões especiais como, por exemplo, o papel desempenhado por essa pessoa na vida pública, a ingerência nos seus direitos fundamentais é justificada pelo interesse preponderante do referido público em ter acesso à informação em questão, em

questão decidida pelo órgão judicante europeu dizia respeito a queixa de um cidadão espanhol (Mario Costeja González) contra o Google e o jornal *La Vanguardia*. Este, por sua vez, no dia 19 de janeiro de 1998, publicou um anúncio do Ministério do Trabalho e dos Assuntos Sociais sobre um leilão de imóveis para o pagamento de dívidas à Segurança Social. Um dos devedores era Mario Costeja González, um perito em caligrafia e comunicação não verbal, cujo apartamento foi levado a hasta pública. O caso foi encerrado há anos, mas o nome de González ficou para sempre associado à dívida que já não tinha, quando o *La Vanguardia* decidiu digitalizar o seu arquivo, em 2008. Assim, sempre que alguém entrava no Google para fazer uma pesquisa sobre Mario Costeja González, lá está a página do jornal espanhol (<http://hemeroteca.lavanguardia.com/preview/1998/01/19/pagina-23/33842001/pdf.html>)<sup>587</sup>.

Por conseguinte, o pedido de decisão prejudicial tinha por objeto a interpretação de dispositivos da então vigente à época, Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, que versava sobre o regulamento de proteção de dados pessoais de forma eletrônica (digital), bem como do artigo 8º, e preâmbulo da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia<sup>588</sup>. Neste ponto, o pedido foi apresentado por

---

virtude dessa inclusão”. (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça Europeu. **Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção)**, ECLI:EU:C:2014:317, Processo C-131/12, 13 maio 2014)

<sup>587</sup> UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça Europeu. **Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção)**, ECLI:EU:C:2014:317, Processo C-131/12, 13 maio 2014.

<sup>588</sup> **“PREÂMBULO**. Os povos da Europa, estabelecendo entre si uma união cada vez mais estreita, decidiram partilhar um futuro de paz, assente em valores comuns. Consciente do seu património espiritual e moral, a União baseia-se nos valores indivisíveis e universais da dignidade do ser humano, da liberdade, da igualdade e da solidariedade; assenta nos princípios da democracia e do Estado de direito. Ao instituir a cidadania da União e ao criar um espaço de liberdade, de segurança e de justiça, coloca o ser humano no cerne da sua acção. A União contribui para a preservação e o desenvolvimento destes valores comuns, no respeito pela diversidade das culturas e das tradições dos povos da Europa, bem como da identidade nacional dos Estados-Membros e da organização dos seus poderes públicos aos níveis nacional, regional e local; procura promover um desenvolvimento equilibrado e duradouro e assegura a livre circulação das pessoas, dos bens, dos serviços e dos capitais, bem como a liberdade de estabelecimento. Para o efeito, é necessário, conferindo-lhes maior visibilidade por meio de uma Carta, reforçar a protecção dos direitos fundamentais, à luz da evolução da sociedade, do progresso social e da evolução científica e tecnológica. A presente Carta reafirma, no respeito pelas atribuições e competências da Comunidade e da União e na observância do princípio da subsidiariedade, os direitos que decorrem, nomeadamente, das tradições constitucionais e das obrigações internacionais comuns aos Estados-Membros, do Tratado da União Europeia e dos Tratados comunitários, da Convenção europeia para a protecção dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais, das Cartas Sociais aprovadas pela Comunidade e pelo Conselho da Europa, bem como da jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. O gozo destes direitos implica responsabilidades e deveres, tanto para com as outras pessoas individualmente consideradas, como para com a comunidade humana e as gerações futuras. Assim sendo, a União reconhece os direitos, liberdades e princípios a seguir enunciados”. Artigo 8º. **Protecção de dados pessoais**. 1. Todas as pessoas têm direito à protecção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito. 2. Esses dados devem ser objecto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respectiva rectificação. 3. O cumprimento destas regras fica sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade independente.” (grifos nossos). (UNIÃO EUROPEIA. Carta dos direitos fundamentais da União Europeia: 2000/C 364/01. **Jornal Oficial das Comunidades Europeias**, 18 dez. 2000, C 364/1-22)

*Google Spain SL* e por *Google Inc.* em desfavor de Mario Costeja González e da Agencia Española de Protección de Datos (Agência Espanhola de Proteção de Dados, AEPD) que, por sua vez, tinha deferido a reclamação administrativa apresentada por *González* contra estas duas sociedades e, conseqüentemente, ordenou à *Google Inc.* a adoção das medidas necessárias para retirar os dados pessoais do reclamante existentes dos seus índices de busca, além de impossibilitar o futuro acesso aos mesmos.

A próxima seção desta pesquisa acadêmica, tratará do direito ao esquecimento no direito comparado, de forma mais sistematizada. Neste particular, abordar-se-ão aspectos jurídico-fáticos deste direito na América Latina, precisamente Chile, Colômbia, Argentina e Peru. Por conseqüência, algumas tratativas serão realizadas no âmbito da tradição jurídica da *common law*, notadamente nos Estados Unidos e na Inglaterra. E, por fim, o apogeu do direito ao esquecimento, qual seja, o sistema jurídico do *civil law* europeu.

### **5.3 O direito ao esquecimento no plano internacional e estrangeiro: tratativas na América Latina, no *Common Law* (Reino Unido e EUA) e na União Europeia**

Nesta seção, a pesquisa investigará de forma sistematizada a configuração do direito ao esquecimento no direito comparado. Inicialmente, alguns casos da América Latina tendentes ao seu reconhecimento expresso, como no Chile e na Colômbia. Por outro lado, casos de negativa expressa espelhados na Argentina e no Peru. Adiante, o modelo norte-americano será analisado, inclusive de acordo com a sua aproximação ao modelo inglês do *common law* e, conseqüentemente, ao esvaziamento deste direito nesta tradição jurídica.

Por conseguinte, o modelo paradigma será o da União Europeia e seu precedentalismo internacional sob a perspectiva consolidadora do direito ao esquecimento, notadamente no âmbito do meio ambiente digital. Por conseqüência, os países de tradição continental ou *civil law* se enquadram nesta configuração, haja vista que seus ordenamentos jurídicos internos, além de suas jurisdições nacionais, acabam sendo influenciados formalmente e materialmente pela jurisdição comum da União Europeia.

### 5.3.1 América Latina: em busca de reconhecimento ao direito ao esquecimento

Na República da Argentina, o direito à proteção de dados e à privacidade se trata de um direito humano fundamental, consignado na Constituição Nacional Argentina<sup>589</sup>, reconhecido e instrumentalizado infraconstitucionalmente pela Lei 25.326, de 04 de outubro de 2000<sup>590</sup>. O cumprimento desta lei, por sua vez, será velado por Dirección Nacional de Protección de Datos Personales (PDP), órgão de controle vinculado ao Ministério da Justiça e Direitos Humanos da Argentina. Neste ponto, “*puede decirse que la PDP constituye un primer nivel de defensa especializada, sin perjuicio de la tutela judicial y del eventual amparo constitucional*”<sup>591</sup>.

Por conseguinte, diversas são as ações judiciais na Argentina em desfavor dos buscadores de internet por incluir em seus resultados de busca informações as quais os respectivos titulares consideram errôneas ou exploram de forma ilegítima suas imagens. Neste ponto, “*no se trata solamente de debatir la responsabilidad de dichos buscadores en el manejo de la información, sino que surge el interrogante acerca de cómo conjugar la diversa jurisprudencia en materia de derechos humanos*”<sup>592</sup>.

<sup>589</sup> “Artículo 43. [...] Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística”. (ARGENTINA. **Constituição (1995)**). Constitución de la Nación Argentina. Buenos Aires: Senado y Cámara de Diputados, ene. 3 1995)

<sup>590</sup> “PROTECCION DE LOS DATOS PERSONALES. Ley 25.326. Disposiciones Generales. Principios generales relativos a la protección de datos. Derechos de los titulares de datos. Usuarios y responsables de archivos, registros y bancos de datos. Control. Sanciones. Acción de protección de los datos personales. Sancionada: octubre 4 de 2000. Promulgada Parcialmente: octubre 30 de 2000. ARTICULO 1º (Objeto). La presente ley tiene por objeto la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros, bancos de datos, u otros medios técnicos de tratamiento de datos, sean éstos públicos, o privados destinados a dar informes, para garantizar el derecho al honor y a la intimidad de las personas, así como también el acceso a la información que sobre las mismas se registre, de conformidad a lo establecido en el artículo 43, párrafo tercero de la Constitución Nacional. Las disposiciones de la presente ley también serán aplicables, en cuanto resulte pertinente, a los datos relativos a personas de existencia ideal. En ningún caso se podrán afectar la base de datos ni las fuentes de información periodísticas” (grifos nossos). (ARGENTINA. **Ley 25.326**. Protección de los datos personales. Buenos Aires: Senado y Cámara de Diputados, oct. 30 2000)

<sup>591</sup> “La globalización y el tratamiento de los datos personales, la nueva sociedad de la información, la inadecuada utilización de las nuevas tecnologías que pueden redundar en perjuicios para las personas y la necesidad de un incremento de las medidas de seguridad, requieren de una respuesta eficiente que garantice el respeto por los derechos y libertades fundamentales, priorizando nuestra privacidad”. (ALLONCA, Juan Cruz González. Los buscadores de internet a la luz de la ley de protección de datos personales de Argentina. **Revista Latinoamericana de Protección de Datos Personales**, Buenos Aires, Número especial sobre derecho al olvido de internet. año II, n. 03, 2016, p. 49-50).

<sup>592</sup> “El entrecruzamiento entre las cláusulas constitucionales que protegen la libertad de expresión, el derecho a la protección de los datos personales, el derecho a la información y el ejercicio de una industria económica lícita provoca un conflicto de intereses a la hora de dictaminar. De esta forma, la coyuntura, signada por el avance constante de las nuevas tecnologías, obliga a los tribunales nacionales e internacionales a mantenerse actualizados al respecto, en pos de resolver estos casos y tomar una decisión informada que contemple esta complejidad”. (ALLONCA, Juan Cruz González. Los buscadores de internet a la luz de la ley



Neste sentido, o desenvolvimento das atividades dos buscadores de conteúdo na internet envolvem direitos humanos indispensáveis à vida democrática moderna: (1) o direito à informação e o (2) direito à proteção de dados pessoais. Estes direitos, por sua vez, devem ser conjugados de forma equilibrada no ambiente cibernético, devendo caminhar passo a passo à luz do desenvolvimento tecnológico do tratamento organizado das informações pessoais. Tem-se, portanto, uma relação diretamente proporcional: “*otorgando mayor protección a las personas de conformidad con el avance tecnológico*”<sup>593</sup>.

Apesar disto, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais da Argentina (Lei 25.326/2000, LGPD) não se aplica aos buscadores de Internet (Google etc) na maioria dos casos, na medida em que, estes funcionam apenas como intermediários ou prestadores diretos da informação ao público. Nesta esteira, de acordo com a Lei, o Google, p. ex., não seria o titular das informações que são coletadas por seus buscadores. Por sua vez, Juan Allonca destaca que, “*interpretarlo en contrario, resultaría discordante con el principio constitucional de prohibición de censura previa, la libertad de expresión y derecho a la información (artículos 14, 32, 42 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional e Tratados Internacionales de igual rango*”<sup>594</sup>.

Desta forma, quando o buscador de internet tão somente difunde notícias, aplica-se a este as regras protetivas quanto aos direitos da liberdade de expressão e não as disposições protetivas à privacidade da Lei 25.326/2000. No entanto, quando relaciona informação pessoal ilícita ou inverídica, prejudicial ao titular dos dados, este poderá solicitar a supressão de suas informações pessoais do resultado das buscas da internet. Neste ponto, surge o *derecho de rectificación, actualización o supresión*, na forma do artigo 16, salvo quando

---

de protección de datos personales de Argentina. **Revista Latinoamericana de Protección de Datos Personales**, Buenos Aires, Número especial sobre derecho al olvido de internet. año II, n. 03, 2016, p. 50)

<sup>593</sup> “*Las operaciones y procedimientos sistemáticos, electrónicos o no, que permitan la recolección, conservación, ordenación, almacenamiento, modificación, relacionamiento, evaluación, bloqueo, destrucción, y en general el procesamiento de datos personales, así como también su cesión a terceros a través de comunicaciones, consultas, interconexiones o transferencias; en definitiva el tratamiento de la información perteneciente a una persona, implica un serio riesgo para los derechos fundamentales, ya que posibilita a quien accede a esos datos, introducirse a la esfera íntima de nuestras vidas, lo que podría condicionar el ejercicio de nuestras libertades*”. (ALLONCA, Juan Cruz González. Los buscadores de internet a la luz de la ley de protección de datos personales de Argentina. **Revista Latinoamericana de Protección de Datos Personales**, Buenos Aires, Número especial sobre derecho al olvido de internet. año II, n. 03, 2016, p. 50-51)

<sup>594</sup> “*Se considera que la búsqueda, recepción y difusión de información e ideas de toda índole, a través del servicio de Internet, se encuentra comprendida dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión. En tal sentido, la licitud de la información difundida en Internet estará dada por los principios del Código Civil y su interpretación jurisprudencial (vgr. Caso Campillay de la CSJN, y D.C.V c/ Yahoo de Argentina SRL y otro, s/ Daños y Perjuicios*”. (ALLONCA, Juan Cruz González. Los buscadores de internet a la luz de la ley de protección de datos personales de Argentina. **Revista Latinoamericana de Protección de Datos Personales**, Buenos Aires, Número especial sobre derecho al olvido de internet. año II, n. 03, 2016, p. 54)

possa causar prejuízos a direitos ou interesses legítimos de terceiros, ou quanto exista obrigação legal de conservação dos dados<sup>595</sup>.

Com efeito, não há propriamente um direito ao esquecimento expressamente reconhecido na Argentina, assim como em grande parte da América Latina. O direito de retificação, atualização ou supressão previsto na legislação não se confunde em nada com o direito ao esquecimento consagrado no modelo europeu, ora defendido. Ademais, tais providências retificadoras somente serão possíveis quando se tratar de correção de informação pessoal ilícita ou inverídica. Por sua vez, o direito ao esquecimento se refere ao apagamento ou exclusão de informação lícitas e verídicas, não mais afetas ao interesse público ou histórico, e, em regra, tendo decorrido prazo razoável do seu acontecimento. Assim, estas são condições *sine a quo non* para sua correta configuração o que, de fato, ainda precisam muito evoluir na legislação e na jurisprudência argentinas.

Na República do Peru, por sua vez, o direito à proteção de dados pessoais se trata de direito constitucional exposto na Constituição de 1993, afirmando expressamente no artigo 2º, inciso VI, que toda pessoa tem direito “*a que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar*”<sup>596</sup>.

Com efeito, o Tribunal Constitucional do Peru, órgão responsável pela interpretação da constituição, denominou tal dispositivo “*de la autodeterminación informativa*”. Neste ponto, a sentença nº 666-96-HD/TC especificou que, os alcances do inciso VI, do artigo 2º, da Carta Política, além da interpretação literal sugerida, qual seja, o acesso às informações

---

<sup>595</sup> “**Artículo 16 — (Derecho de rectificación, actualización o supresión).** 1. Toda persona tiene derecho a que sean rectificadas, actualizados y, cuando corresponda, suprimidos o sometidos a confidencialidad los datos personales de los que sea titular, que estén incluidos en un banco de datos. 2. El responsable o usuario del banco de datos, debe proceder a la rectificación, supresión o actualización de los datos personales del afectado, realizando las operaciones necesarias a tal fin en el plazo máximo de cinco días hábiles de recibido el reclamo del titular de los datos o advertido el error o falsedad. 3. El incumplimiento de esta obligación dentro del término acordado en el inciso precedente, habilitará al interesado a promover sin más la acción de protección de los datos personales o de hábeas data prevista en la presente ley. 4. En el supuesto de cesión, o transferencia de datos, el responsable o usuario del banco de datos debe notificar la rectificación o supresión al cesionario dentro del quinto día hábil de efectuado el tratamiento del dato. 5. **La supresión no procede cuando pudiere causar perjuicios a derechos o intereses legítimos de terceros, o cuando existiera una obligación legal de conservar los datos.** 6. Durante el proceso de verificación y rectificación del error o falsedad de la información que se trate, el responsable o usuario del banco de datos deberá o bien bloquear el archivo, o consignar al proveer información relativa al mismo la circunstancia de que se encuentra sometida a revisión. 7. Los datos personales deben ser conservados durante los plazos previstos en las disposiciones aplicables o en su caso, en las contractuales entre el responsable o usuario del banco de datos y el titular de los datos” (grifos nossos). (ARGENTINA. Ley 25.326. Protección de los datos personales. Buenos Aires: Senado y Cámara de Diputados, oct. 30 2000)

<sup>596</sup> PERU. **Constituição (1993)**. Constitución Política del Peru. Lima: Congreso Constituyente Democrático, 1993.

personais e familiares, também se aplicaria para fins de atualização, retificação, cancelamento e adição de dados<sup>597</sup>.

Por conseguinte, ao lado do *derecho de rectificación y cancelación*, também se consagrou no Peru, com a Lei de Proteção de Dados Pessoais (Lei 29.733/2011) e seu Regulamento (Decreto 003-2013-JUS), o denominado *derecho de oposición y al tratamiento objetivo de datos personales*. Nesta medida, o conjunto de direitos referem-se à qualidade das informações serem exatas e estarem atualizadas, ou seja, “*puestos al día, de forma que respondan con veracidad a la situación del afectado a fin de garantizar y proteger la calidad de la información sometida a tratamiento*”<sup>598</sup>.

Por outro giro, o Estado do Peru também reconhece alguns limitadores para o exercício destes direitos protetivos concernentes às informações pessoais. Neste sentido, não se fará o cancelamento ou bloqueio de dados quando estiverem presentes assuntos de interesse público; quando o titular das informações desenvolva atividade pública; ou, quando as informações estejam tratadas em bancos de dados da Administração Pública amparadas por

---

<sup>597</sup> “*La protección de este derecho se da a través de la garantía constitucional del hábeas data, desarrollado en sus procesos en el Código Procesal constitucional. La Constitución del Perú realiza una distinción entre el proceso de hábeas data y los derechos que se protegen a través de esta garantía constitucional. De conformidad con su Artículo 200º inciso 3º, el proceso de hábeas data procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a solicitar y recibir información por parte de cualquier entidad pública; e impedir que, a través de los servicios informáticos, ‘computarizados o no’, públicos o privados, se suministre información que afecte la intimidad personal y familiar. Esta garantía protege al individuo de la vulneración que puede sufrir a causa del mal uso del llamado ‘poder informático’ o ante la ‘cultura del secreto’ en las actividades públicas’. Sobre los alcances del hábeas data resulta importante mencionar la decisión del Tribunal Constitucional del Perú en la cual señaló que a través de este proceso se puede ‘acceder a los registros de información almacenados en centros informáticos o computarizados, cualquiera sea su naturaleza, a fin de rectificar, actualizar, excluir determinado conjunto de datos personales, o impedir se propague información que pueda ser lesiva al derecho constitucional a la intimidad’, STC, Exp. N° 666-96-HD, 8 de julio de 1998 (grifos nossos)”. (GUTIÉRREZ, Cynthia L. Téllez. Derecho al olvido en Peru. Olvidame internet, las odiseas de los reclamantes en Perú sobre sus datos personales y su legislación aplicable. **Revista Latinoamericana de Protección de Datos Personales**, Buenos Aires, Número especial sobre derecho al olvido de internet. año II, n. 03, 2016, p. 261)*

<sup>598</sup> “*La Ley estableció derechos que el ciudadano podría ejercer contra quienes trataran sus datos personales, así tenemos el derecho a la información, de acceso, de rectificación, cancelación, oposición y al tratamiento objetivo de datos personales, entre los principales. Casi dos años después se publica el Reglamento de la Ley de Protección de Datos Personales que desarrolla el proceso de ejercicio de estos derechos y los procesos de reclamación, además ortogó dos años de adecuación para la implementación de la normativa que concluyó el 8 de mayo de 2013, día desde el cual podemos decir que tienen plena vigencia tanto la Ley PDP como su norma Reglamentaria. La Ley PDP estableció la creación de la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales, que ejerce el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, la cual entre sus funciones tiene potestad sancionadora para con todos aquellos obligados que no cumplan con las disposiciones de Ley PDP respecto a estos bancos de datos personales existentes”.* (GUTIÉRREZ, Cynthia L. Téllez. Derecho al olvido en Peru. Olvidame internet, las odiseas de los reclamantes en Perú sobre sus datos personales y su legislación aplicable. **Revista Latinoamericana de Protección de Datos Personales**, Buenos Aires, Número especial sobre derecho al olvido de internet. año II, n. 03, 2016, p. 262)

norma legal. Assim, ressalva-se também ampla proteção ao direito de acesso à informação e à transparência pública<sup>599</sup>.

Com efeito, embora ainda não exista no Peru o reconhecimento expresso do direito ao esquecimento, já há uma importante novidade em relação a boa parte dos países latino-americanos, qual seja, o *procedimiento de indexación* junto aos motores de busca na internet. Neste ponto, se mostra plenamente possível administrativamente tal desiderato por meio da Agência Nacional de Proteção de Dados Pessoais (ANPD) peruana.

De fato, esta entidade estatal considera o “*mandato de bloqueo*” nos buscadores (Google etc) como espécie do gênero “cancelamento de informações”, já assegurado pela lei geral de proteção de dados pessoais. Neste *mister*, afirma-se que, “*es la misma acción o medida que en la Ley PDP se describe como supresión, que consiste en eliminar o suprimir los datos personales de un banco de datos*”<sup>600</sup>. Assim, o “cancelamento de informações” terá como consequência o bloqueio definitivo junto aos buscadores da internet.

Por outro giro, o Google argumenta que, “*el mandato de bloqueo se convertiría en un instrumento de censura de uso privado para todo tipo de contenido que sea adverso o incómodo a cualquier ciudadano*”. Tem-se, portanto, novamente instaurado o conflito mundial conhecido entre os direitos relacionados à liberdade de expressão e os direitos relacionados à privacidade e à proteção de dados pessoais. Nesta temática, a Agência peruana parece assistir com a razão, porquanto assegura em casos deste conflito que, “*se debiera ponderar y evaluar según el caso concreto*”<sup>601</sup>.

---

<sup>599</sup> “*En ambos reclamos, la Autoridad ha establecido una nueva excepción que no estaba considerada de manera expresa en la Ley PDP o en su Reglamento, la excepción del ‘interés general’, que a criterio de la APDP dado que ‘la resolución publicada no constituye interés general de hechos públicamente relevantes y de ‘interés general’, por cuanto el afectado no desarrolla actividad pública’. [...]. No procederá la cancelación o bloqueo de datos personales tratados en bancos de datos de administración pública accesibles por internet siempre que dicha publicación sea amparada por una norma legal, por cumplimiento de funciones de la entidad pública y que la forma de publicación sea pertinente con la finalidad que se debe cumplir por mandato legal*”. (GUTIÉRREZ, Cynthia L. Téllez. Derecho al olvido en Peru. Olvidame internet, las odiseas de los reclamantes en Perú sobre sus datos personales y su legislación aplicable. **Revista Latinoamericana de Protección de Datos Personales**, Buenos Aires, Número especial sobre derecho al olvido de internet. año II, n. 03, 2016, p. 270, p. 279)

<sup>600</sup> “*Aclarando que el bloqueo de los datos del reclamante corresponderá a todas las URL de los sitios web en internet que fueron detallados en la reclamación y en los anexos de esta. Es decir, el bloqueo será sobre los enlaces reclamados por el ciudadano que ya no deberán aparecer en los resultados de búsqueda (y no es un bloqueo sobre la fuente originaria)*”. (GUTIÉRREZ, Cynthia L. Téllez. Derecho al olvido en Peru. Olvidame internet, las odiseas de los reclamantes en Perú sobre sus datos personales y su legislación aplicable. **Revista Latinoamericana de Protección de Datos Personales**, Buenos Aires, Número especial sobre derecho al olvido de internet. año II, n. 03, 2016, p. 277)

<sup>601</sup> “*La Autoridad responde que la información publicada por los ciudadanos en diferentes sitios web de internet constituye una manifestación de la libertad de expresión, derecho fundamental reconocido en el numeral 4 del artículo 2º de la Constitución, rango constitucional del cual goza también la protección de datos personales [...]. Son bajo estas condiciones de ponderación y evaluación que entró en acción si el tratamiento realizado bajo reclamo se justificaba en razones de interés público, cuestión que en el presente*

Por isto, Cynthia Gutiérrez reconhece que, “*contamos con un conjunto de derecho que brindam mayor ámbito de protección a los datos personales, incluso a los que no puedan ser indexados a buscadores de internet*”<sup>602</sup>. Neste particular, reitera-se que, no Peru há uma nítida e importante diferença entre o direito ao esquecimento (ainda não reconhecido expressamente) e o direito subjetivo à desindexação (reconhecido administrativamente).

No Chile, especificamente, o ordenamento jurídico não trata do tema sobre direito ao esquecimento de forma expressa. Ressalta-se, entretanto, precedente judicial julgado pela Corte Suprema do Chile, em outubro de 2014, referindo-se explicitamente à eliminação de dados que se encontravam na internet, apesar de refletir este caso matéria de natureza jurídico-penal. De qualquer sorte, Marcela Basterra afirma que, *con este precedente la Corte Suprema de Chile se suma la vía pretoriana, a los países de Latinoamérica que reconocen y aplican el derecho al olvido*”<sup>603</sup>.

Por oportuno, o precedente judicial se mostra matéria de interesse desta pesquisa acadêmica, porquanto a Corte Suprema se debruça sobre o possível conflito entre direitos, liberdades e garantias fundamentais. Por um lado, o direito à intimidade e à autodeterminação da informação. Por outro, o direito à informação e à liberdade de expressão. De fato, a ponderação harmoniosa desta colisão trata-se de *condição sine a quo non* para uma possível construção teórico-valorativa de um direito ao esquecimento.

Sobre o caso analisado pela Suprema Corte chilena – *Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. s/ daños y prejuicios* - Marcela Basterra apresenta uma breve resenha sobre os fatos e argumentos de ambas as partes:

El actor solicita que se ordene al director de un medio de comunicación – El Mercurio -, eliminar de los motores de búsqueda de internet una publicación efectuada a través de la versión digital de ese médío, en la que se informaba sobre su sometimiento a proceso por un delito contra la integridad sexual.

---

*caso no se apreciaba dado que el reclamante no ha desempeñado cargos de relevancia pública y no es una persona notoria*”. (GUTIÉRREZ, Cynthia L. Téllez. Derecho al olvido en Peru. Olvídamme internet, las odiseas de los reclamantes en Perú sobre sus datos personales y su legislación aplicable. **Revista Latinoamericana de Protección de Datos Personales**, Buenos Aires, Número especial sobre derecho al olvido de internet. año II, n. 03, 2016, p. 277)

<sup>602</sup> GUTIÉRREZ, Cynthia L. Téllez. Derecho al olvido en Peru. Olvídamme internet, las odiseas de los reclamantes en Perú sobre sus datos personales y su legislación aplicable. **Revista Latinoamericana de Protección de Datos Personales**, Buenos Aires, Número especial sobre derecho al olvido de internet. año II, n. 03, 2016, p. 278.

<sup>603</sup> “[...] *Nos encontramos nuevamente frente a la discusión acerca de la colisión existente entre derechos fundamentales; en el caso, del derecho a la protección de la intimidad y a la autodeterminación informativa por un lado, y el derecho a la información y a la libertad de expresión, por el otro El fallo en análisis versa sobre el derecho al olvido y la posibilidad de solicitar la eliminación, por parte de quien se considera injuriado, de ciertos contenidos que se encuentran en internet*”. (BASTERRA, Marcela. El derecho al olvido en materia penal. Visión de la corte suprema de Chile. **Revista Latinoamericana de Protección de Datos Personales**, Buenos Aires, Número especial sobre derecho al olvido de internet. año II, n. 03, 2016, p. 195).

Al respecto, señaló que la publicación periodística que permanecía aún después de transcurridos diez años de producidos los hechos, implica una vulneración a sus garantías constitucionales; toda vez que no le ha permitido su reinserción en la vida social en paz, al resultar estigmatizado con la información, efectuando con ello no sólo a su persona sino también a toda su familia.

[...]. Por su parte, el demandado sostiene que el ejercicio de la libertad de expresión en forma legítima, mediante la publicación oportuna de hechos reales constituye un derecho amparado por la Constitución, por lo que en este caso no puede existir una afectación ilegal o arbitraria de los derechos del actor. Agrega que para la eliminación de una noticia se necesitan antecedentes que justifiquen la medida, como en este caso una certificación de absolución o sobreseimiento, o la modificación de antecedentes efectuada conforme a la ley<sup>604</sup>.

No caso em exame, *La Tercera Sala* da Corte Suprema do Chile reconheceu, por maioria de votos, expressamente que, assiste ao peticionante o direito ao esquecimento, ordenando ao demandado (meio de comunicação: *El Mercurio*) que eliminasse o registro informático acerca das notícias que afetavam negativamente ao Autor, no prazo de 03 dias. Neste contexto, os argumentos principais da Corte Constitucional: (1) o decurso do tempo de mais de 10 (dez) anos transcorridos desde a data da notícia resultaria em tempo suficiente, malferindo as garantias constitucionais do Autor, inclusive dificultando a sua reintegração ao convívio social e o causando danos; (2) a necessidade de manutenção do respeito à honra e à vida privada das pessoas; (3) não se vislumbraria assegurar a liberdade de expressão a manutenção de registro digital detectável por qualquer motor de busca informático, quando a mesma notícia pode ser consultada por métodos análogos mediante exercício de investigação profissional por quem interessado<sup>605</sup>.

Com efeito, *a ratio decidendi* da Corte Constitucional chilena parece relevante, implicando necessariamente ganho hermenêutico àquele caso-precedente, fato que se autoriza a transmitir este DNA fático (elemento do DNA jurídico) ao próximo caso a ser analisado. Nesta medida, reconhecer-se o direito ao esquecimento não significa eliminar do mundo real as próprias notícias ou as informações divulgadas. De fato, o que impõe tal reconhecimento é a não-conivência com acessos automáticos e facilitados às informações do passado veiculadas facilmente no mundo virtual e, que, possam trazer dificuldades ou tornem impossível a recuperação e a reinserção social do indivíduo e de sua família.

<sup>604</sup> BASTERRA, Marcela. El derecho al olvido en materia penal. Visión de la corte suprema de Chile. **Revista Latinoamericana de Protección de Datos Personales**, Buenos Aires, Número especial sobre derecho al olvido de internet. año II, n. 03, 2016, p. 196-197.

<sup>605</sup> BASTERRA, Marcela. El derecho al olvido en materia penal. Visión de la corte suprema de Chile. **Revista Latinoamericana de Protección de Datos Personales**, Buenos Aires, Número especial sobre derecho al olvido de internet. año II, n. 03, 2016, p. 197-198.

A despeito disto, as discrepâncias interpretativas dos julgadores são diversas no julgamento dos precedentes judiciais. Neste caso analisado, destaca-se, p. ex., o voto dissidente da Ministra María Eugenia Sandoval G.<sup>606</sup>, concluindo que, “*existe un interés público en relación con los delitos que atentan contra de la integridad sexual de las personas*”, referindo-se especificamente ao fato de que, o Autor tinha sido condenado no ano de 2011 por delito desta natureza, terminando de cumprir a pena no recente ano de 2013.

De imediato, discorda-se do voto dissidente da Ministra chilena, porquanto conforme externado no precedente judicial, o decurso do tempo de mais de 10 anos desde a data da notícia se resulta em tempo suficiente, já se podendo inferir em malferimento às garantias constitucionais da parte Autora. Ademais, conforme já ressaltado nesta pesquisa em seções anteriores, a doutrina alemã discorre sobre a “cascata da decomposição informacional” (*Die Kaskade des Informationellen Verfalls – KdiV*)<sup>607</sup>, se referindo ao esgotamento da relevância informativa e sua gradual decadência. Em outras palavras, as informações analógicas e, principalmente, as digitais não devem ser vocacionadas às suas perpetuações indefinidas no tempo (*ad eternum*), perdendo as suas relevâncias gradualmente pelo decurso do tempo.

De forma entusiasmada, Nelson Angarita<sup>608</sup> afirma que, “*la red no debe ser neutra a las violaciones de los derechos humanos, ni mucho menos debemos patrocinar o tolerar vulneraciones nuestros derechos en nombre de la neutralidad de internet*”. Nesta medida, afirma o Autor que, o direito ao esquecimento (*derecho al olvido*) nasceu na Colômbia, em 16 de junho de 1992, por força de decisão da Corte Constitucional, embora tenha “ressuscitado”

---

<sup>606</sup> “Señala que se debe considerar la aplicación de la doctrina del derecho al olvido con la información periodística de carácter judicial citando numerosa jurisprudencia extranjera. En este sentido, destaca que la Corte Suprema de los Estados Unidos ‘ha sido especialmente cautelosa con respecto a la información de procesos judiciales, entendiendo que de tal forma se genera un control social de la autoridad jurisdiccional’. Por último, entiende que el interés histórico y el interés público también se deben tener en cuenta para resolver el conflicto entre el derecho al olvido y el derecho a la información”. (BASTERRA, Marcela. El derecho al olvido en materia penal. Visión de la corte suprema de Chile. **Revista Latinoamericana de Protección de Datos Personales**, Buenos Aires, Número especial sobre derecho al olvido de internet. año II, n. 03, 2016, p. 198)

<sup>607</sup> “Mesmo que ele não forneça um critério objetivo para seu controle nem uma metodologia para sua aplicação, tal interessante e criativa expressão é relevante para avaliar, diante do caso concreto, a pertinência e atualidade do conteúdo informativo que determinada pessoa poderá estar buscando excluir ou impedir o acesso”. (SARLET, Ingo Wolfgang; FERREIRA NETO, Arthur M. **O direito ao “esquecimento” na sociedade da informação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 67). Os autores se referem especificamente à obra de: GSTREIN, Oskar Josef. **Das Recht auf Vergessenwerden als Menschenrecht – Hat Menschenwürde im Informatioszeitalter Zukunft?** Alemanha: Nomos, 2016, p. 24 e 256.

<sup>608</sup> “*La protección de los derechos humanos y la reivindicación de la dignidad humana deben ser una prioridad de todos. Por eso, no debe sacrificarse la protección efectiva de los derechos humanos en aras de proteger principios como la neutralidad de la red*”. (ANGARITA, Nelson Remolina. Derecho al olvido: avances, retrocesos y contradicciones en la jurisprudencia de la corte constitucional de Colombia. **Revista Latinoamericana de Protección de Datos Personales**, Buenos Aires, Número especial sobre derecho al olvido de internet. año II, n. 03, 2016, p. 154-155)

na Europa por força do emblemático precedente judicial do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) em 2014, no clássico caso *Gonzalez vs. Google*<sup>609</sup>.

A decisão da Corte Constitucional colombiana à qual se refere Nelson Angarita é a sentença T-414, que, obviamente, não diz respeito ao meio ambiente digital, às novas tecnologias ou à internet (data do ano de 1992). Por outro lado, traz expressamente a menção sobre a existência do direito ao esquecimento (*derecho al olvido*) na Colômbia. Alguns trechos fáticos da demanda demonstram que, se tratava de questão de natureza cível/creditícia em desfavor da Central de Informações da Associação Bancária da Colômbia:

El día 19 de diciembre de 1991, el arquitecto Francisco Gabriel Argüelles Norambuena impetró acción de tutela ante el Juzgado 110 de Instrucción Criminal de Bogotá, por medio de apoderado.

El peticionario figura como deudor moroso del Banco de Bogotá en la Central de Información de la Asociación Bancaria de Colombia por razón de un crédito respaldado con un pagaré, el cual se vencía inicialmente el 14 de Julio de 1981 y fue prorrogado hasta el 14 de noviembre de 1981.

Por sentencia debidamente ejecutoriada, el Juzgado Décimo Sexto Civil del Circuito de Bogotá declaró prescrita la obligación del peticionario, el 27 de abril de 1987.

En virtud de todo lo anterior, el señor Argüelles aparece como deudor moroso en el banco de datos de la Asociación Bancaria cuatro años después de ejecutoriada la sentencia que declaró extinguida su obligación.

**Solicitud:** a) Que se le retire de la lista de deudores morosos y que se actualice y rectifique la información que sobre él existe en el banco de datos de la Asociación Bancaria; b) Que se ordene a la Asociación y/o Banco de Bogotá a indemnizar el daño emergente ocasionado al peticionario; c) Que se condene a los responsables en costas.

[...] **DECISION:** [...] ORDENAR la inmediata cancelación del nombre del peticionario FRANCISCO ARGÜELLES NORAMBUENA de la lista de deudores morosos de la Central de Información, organizada y administrada bajo la responsabilidad de la Asociación Bancaria de Colombia.

CONDENAR a la Asociación Bancaria de Colombia a la indemnización del daño emergente causado al peticionario, en el monto que éste compruebe ante las autoridades competentes [...] (grifos nossos)<sup>610</sup>.

Com efeito, o cidadão colombiano obteve decisão precedente, cancelando seu nome da lista de devedores. Interessante, ainda, a fundamentação da Corte Constitucional quando mencionou expressamente o “*derecho al olvido*” no ano de 1992: “*De otra parte, es bien sabido que las sanciones o informaciones negativas acerca de una persona no tienen*

<sup>609</sup> UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça Europeu. **Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção)**, ECLI:EU:C:2014:317, Processo C-131/12, 13 maio 2014.

<sup>610</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional. Sala Primera. **Sentencia no. T-414/92**. Derecho a la intimidad personal y familiar/derecho a la información. Magistrado Ponente Ciro Angarita Baron. Juzgado em: 16 jun. 1992.



*vocación de perennidad y, en consecuencia después de algún tiempo tales personas son titulares de un verdadero derecho al olvido*”<sup>611</sup>.

Nesta perspectiva, *a ratio decidendi* do precedente judicial colombiano também se relaciona, dentre outros motivos, com o decurso do tempo e o esgotamento da relevância informativa e sua gradual decadência, conforme já destacado anteriormente pela doutrina alemã. Ademais, neste caso, também há uma aproximação do direito ao esquecimento com os direitos do consumidor, reforçando os fundamentos sob a ótica constitucional para limitação temporal da manutenção e utilização de dados, positivos (escore de crédito) e, em especial, os negativos, a mitigar malferimentos para a vida pessoal e social do consumidor<sup>612</sup>.

Apesar de o pioneirismo da Corte Constitucional Colombiana, destaca-se que, o entendimento jurisprudencial atual descarta expressamente o mecanismo da desindexação como uma ferramenta hábil e complementar ao direito ao esquecimento. Neste ponto, parece então desconhecer que, os buscadores da internet (p.ex., Google, Bing etc) facilitam e multiplicam o acesso ilimitado às informações positivas e negativas das pessoas, constituindo-se em última análise *la indexación es el detonante de la multiplicación ilimitada de los datos personales en la red*<sup>613</sup>.

De fato, apesar de os programas de busca da internet não sejam os criadores ou titulares das informações que publicam de terceiros, são os principais responsáveis do mundo em difundir massivamente e instantaneamente os dados que existem na rede mundial de computadores. Neste ponto, destaca Nelson Angarita que, “*ignorar los efectos*

<sup>611</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional. Sala Primera. **Sentencia No. T-414/92**. Derecho a la intimidad personal y familiar/derecho a la información. Magistrado Ponente Ciro Angarita Baron. Juzgado em: 16 jun. 1992.

<sup>612</sup> Sobre o tema direito ao esquecimento e direito do consumidor, no Brasil, destaca-se que: “Outra manifestação específica que tem sido associada a um direito ao ‘esquecimento’ encontra suporte do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11.09.1990), mais precisamente no seu artigo 43, que, além de concretizar, nesse domínio, aspectos do direito à autodeterminação informativa, também guarda relação com o objeto de um direito ao ‘esquecimento’. [...]. Outrossim, as informações cadastrais dos consumidores constantes das listas de inadimplência (cadastros negativos) somente poderão ser armazenadas e utilizadas pelo prazo de cinco anos (artigo 43, §1º, do CDC), assegurado o direito de exigir o cancelamento (exclusão das informações), ademais da responsabilização das entidades responsáveis pela manutenção e uso dos dados em caso de violação da regra, nos termos da doutrina e jurisprudência dominante. [...]. Além disto, vislumbra-se na vinculação com o direito o ‘esquecimento’, uma possibilidade do controle indireto dos bancos de dados de consumo, em especial no que diz com a expansão da proteção em relação a terceiros, já que a legislação protetiva é endereçada apenas às empresas de cadastros e bancos de dados de consumo”. (SARLET, Ingo Wolfgang; FERREIRA NETO, Arthur M. **O direito ao “esquecimento” na sociedade da informação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 132, p. 135)

<sup>613</sup> “*Es lamentable que en la sentencia T-277 de 2015 se hayan desconocido los efectos e incidencia de los motores de búsqueda en el derecho al olvido. A las personas les preocupa mucho la facilidad con que se puede conocer su información negativa haciendo uso de los motores de búsqueda. Esto es algo frente a lo cual la Corte no adoptó medidas sensatas para proteger adecuadamente los derechos de las personas*”. (ANGARITA, Nelson Remolina. Derecho al olvido: avances, retrocesos y contradicciones en la jurisprudencia de la corte constitucional de Colombia. **Revista Latinoamericana de Protección de Datos Personales**, Buenos Aires, Número especial sobre derecho al olvido de internet. año II, n. 03, 2016, p. 156)

*multiplicadores y globales de los motores de búsqueda y de la indexación es como desconocer que existe internet*<sup>614</sup>.

A título de conclusão parcial, verifica-se que, os países latino-americanos analisados ainda se mostram relutantes a reconhecer o direito ao esquecimento enquanto direito legislativo expresso. Por outro lado, principalmente no Chile e na Colômbia, já existem precedentes judiciais que, em maior ou menor medida, pavimentam a consolidação deste direito no continente sul-americano. Outrossim, em todos os países analisados, inclusive Peru e Argentina, existe legislação geral protetiva para os direitos de privacidade, e, por consequência, o *derecho al olvido* tem como premissa básica a conjugação harmoniosa destes direitos com as liberdades fundamentais comunicativas e o próprio direito à informação.

Na próxima subseção, a pesquisa investigará de forma sistematizada a configuração do direito ao esquecimento nos países da tradição jurídica da *common law*, principalmente de acordo com o modelo norte-americano. Ato contínuo, algumas reflexões sobre o tratamento deste direito serão necessárias de acordo com o direito inglês. Assim, perquirir-se-ão sinteticamente as razões e as dificuldades que levam ao próprio esvaziamento do conteúdo do direito ao esquecimento nesta tradição jurídica.

### **5.3.2 Noções do direito ao esquecimento no *common law*: Estados Unidos (EUA) e Reino Unido**

Conforme já estudado em seções anteriores, a tradição jurídica ou sistema jurídico do *common law*, juntamente com a tradição dos direitos da Europa continental, quer dizer, denominado de *civil law*, têm-se as duas principais famílias jurídicas do mundo ocidental, a influenciar diretamente ou indiretamente todas as outras escolas ainda existentes na contemporaneidade. Nesta seção, portanto, a pesquisa se debruça especificamente sobre os direitos dos dois principais países do *common law*, isto é, Estados Unidos da América (EUA) e Reino Unido, naquilo que é importante para se destacar sobre o direito ao esquecimento na forma defendida nesta investigação acadêmica.

De início, a tradição jurídica do *common law* não possui a mesma racionalidade formal do direito legislado do *civil law* e, portanto, adota a política do *stare decisis* que,

---

<sup>614</sup> “Por eso, le des indexación es la medida sensata para mitigar los efectos que ocasiona la indexación respecto de la difusión de información negativa sobre la cual es procedente el derecho al olvido”. ANGARITA, Nelson Remolina. Derecho al olvido: avances, retrocesos y contradicciones en la jurisprudencia de la corte constitucional de Colombia. **Revista Latinoamericana de Protección de Datos Personales**, Buenos Aires, Número especial sobre derecho al olvido de internet. año II, n. 03, 2016, p. 156.

conforme visto, se trata de instrumento importante para contrabalançar a pouca racionalidade e previsibilidade originados pelo défice das normas parlamentares, utilizando-se dos precedentes judiciais obrigatórios. Reitera-se, por oportuno, que, *common law* não significa simplesmente a obrigatoriedade de observar precedentes, estando esta vinculatidade atribuída mais de perto à noção da sua política institucional do *stare decisis*.

De qualquer sorte, a doutrina dos precedentes judiciais precede a doutrina do *stare decisis*, sendo esta última de maior importância para destrinchar com incorreção os elementos fundamentais dos precedentes judiciais, quais sejam, *a ratio decidendi* e o *obiter dictum*. Nesta perspectiva, a *ratio* de uma única decisão judicial poderá, em tese, originar o efeito vinculante entre os juízes e tribunais do sistema jurídico do *common law*.

Historicamente, os Estados Unidos são reconhecidos pelo liberalismo em sentido amplo e pela autorregulação do mercado, inclusive no que diz respeito aos direitos da internet. Nesta esteira, a liberdade de expressão, de informação e de imprensa possuem força normativa potencializada no ideário de justiça da sociedade americana, bem como expressamente no texto constitucional de 1789, por intermédio de sua 1ª Emenda de 1791<sup>615</sup>.

Por oportuno, sobre a força desta 1ª Emenda na sociedade norte-americana, esta investigação já mencionou que, historicamente, apenas se quis reservar exclusivamente ao Estados-membros dos EUA a competência para legislar sobre a liberdade de expressão. Em outras palavras, o Congresso Nacional americano é que se encontrava proibido de elaborações legiferantes limitantes da liberdade de expressão. De qualquer sorte, os contornos atuais sobre o assunto são quase absolutos nos Estados Unidos, tendo, inclusive, a Suprema Corte afirmado que, a 1ª emenda também é oponível aos Estados-membros norte-americanos<sup>616</sup>.

No que diz respeito especificamente ao direito ao esquecimento, principalmente na forma como consignado na União Europeia, este não possui melhor sorte no território Ianique. Neste particular, a Suprema Corte ainda não se manifestou expressamente sobre nenhum caso que verse sobre o tema. Por outro lado, os fatores culturais, sociais, jurídicos e econômicos que movem a milionária indústria da mídia norte-americana são fatores de extrema força em

---

<sup>615</sup> “**Preamble.** We the People of the United States, in Order to form a more perfect Union, establish Justice, insure domestic Tranquility, provide for the common defense, promote the general Welfare, and secure the Blessings of Liberty to ourselves and our Posterity, do ordain and establish this Constitution for the United States of America. [...] **Amendment I (1791).** Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances” (grifos nossos). (UNITED STATES OF AMERICA. **Constituição (1789)**. Constitution of the United States. 1789)

<sup>616</sup> COSTA NETO, João. **Liberdade de expressão:** o conflito entre o legislador e o juiz constitucional. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 268-269.

desfavor do direito ao esquecimento<sup>617</sup>. Dito de outra forma, todos têm muito medo de “matar o mensageiro” (*kill the Messenger*)<sup>618</sup>, expressão jornalística e cinematográfica cunhada para designar a interposição de empecilhos à indústria da informação, inclusive podendo ser utilizada no seu sentido denotativo (literal).

A fim de ilustrar a supremacia da liberdade de expressão em detrimento dos direitos da personalidade nos EUA, a Fundação Wikipédia, sediada em território americano, se negou a atender requerimento de cidadão alemão, Wolfgang Werlé<sup>619</sup>, porquanto a questionada publicação de fatos passados do indivíduo, ainda que desabonadores, achava-se protegida pela liberdade assegurada pela Primeira Emenda da Constituição norte-americana. Argumentou ainda que, não redige e nem edita materiais de qualquer espécie, não podendo ser responsabilizada pelas informações consignadas, mormente quando verídicas.

Por outro lado, o advogado do particular (alemão) valeu-se do argumento de que, seu cliente não era figura pública e o anonimato, concretamente, representava importante circunstância para sua reabilitação. Sustentava, ainda, que, a lei aplicável à hipótese era a alemã, haja vista que todos os fatos ocorreram naquela jurisdição, pretendendo o advogado fazer cessar a informação também no idioma inglês do sítio eletrônico do Wikipédia.

Com efeito, tal entendimento administrativo da empresa Wikipédia, demonstra que, o tema do direito ao esquecimento nos Estados Unidos e, conseqüentemente, de sua premissa referente ao conflito entre liberdade de expressão e direitos de privacidade, não se esgota nas causas em que envolvem cidadãos norte-americanos, mas também por estrangeiros residentes em outras jurisdições perante companhias sediadas em solo americano.

---

<sup>617</sup> “É muito significativo que a Constituição americana proteja uma imprensa livre em detrimento da dignidade, da individualidade ou da privacidade, mas isso não explica totalmente por que as tentativas de vários Estados para fazer avançar no campo da proteção desses interesses culturais, de sistemas jurídicos, de tradições sejam motivos para tanto. [...] Dessa maneira, não se pode afirmar que nos Estados Unidos da América haja uma proteção efetiva da privacidade via aplicação do direito ao esquecimento. Isto, de maneira bastante forte tanto pela legislação e de modo especial, pelas Cortes com jurisdição federal”. (CONSALTER, Zilda Mara. **Direito ao esquecimento**: proteção da intimidade e ambiente virtual. São Paulo: Juruá, 2017, p. 261-262)

<sup>618</sup> “*An extraordinary claim requires extraordinary proof. That old dictum ought to hang on the walls of every journalism school in America. It is the salient lesson of the Gary Webb affair. It might have saved his journalism career, though it would have precluded his canonization in the new film ‘Kill the Messenger’*”. (LEEN, Jeff. Gary Webb was no journalism hero, despite what ‘Kill the Messenger’ says. **The Washington Post**: democracy dies in darkness, Washington, Opinions, oct. 17 2014)

<sup>619</sup> “Em 15 de julho de 1990, no quarto de seu apartamento, em Munique, foi encontrado o corpo de Walter Sedlmayr, ator de cinema e de televisão nascido na Baviera. O ator fora amarrado, atingido por uma faca no estômago e alvejado com um martelo na cabeça. Em 21 de maio de 1993, a Corte de Munique considerou culpados pelo homicídio o também alemão Wolfgang Werlé e seu meio-irmão Manfred Lauber, ambos condenados à prisão perpétua. Depois de cumprirem, respectivamente, quinze e dezesseis anos de prisão, os réus foram colocados em livramento condicional, nos anos de 2007 e 2008. Pouco tempo depois de suas solturas, precisamente em 27 de outubro de 2009, o advogado do primeiro réu, Wolfgang Werlé, encaminhou requerimento à Fundação Wikipédia, postulando que o nome do condenado fosse removido do idioma inglês nas buscas efetuadas na enciclopédia quando era lançado, na pesquisa, o autor do homicídio de Sedlmayr”. (MALDONADO, Viviane Nóbrega. **Direito ao esquecimento**. Barueri, SP: Novo Século, 2017, p. 127-128)

Neste contexto, o meio ambiente digital e o advento da internet reorganizam as fronteiras físicas e tradicionais, multiplicando exponencialmente os conteúdos difundidos instantaneamente na sociedade em rede. Igualmente, o *apartheid analógico* entre as arenas públicas e privadas é mitigado, transmutando-se a dinâmica da privacidade digital, quando é paulatinamente substituída pela ostensividade e publicização das informações prioritariamente subjacentes aos interesses dos particulares.

Por conseguinte, Viviane Nóbrega Maldonado<sup>620</sup> reitera que, o direito ao esquecimento não é bem aceito em solo norte-americano, isto é, as decisões judiciais de instâncias inferiores que trataram diretamente ou indiretamente do tema afastaram esta pretensão com supedâneo na Constituição norte-americana. Em outras palavras, a garantia irrestrita da liberdade de expressão tem posição normativo-valorativa superior aos direitos da personalidade. Neste particular, as decisões proferidas quanto ao direito esquecimento em outras jurisdições não produzem efeitos imediatos nos EUA.

Ademais, Viviane Nóbrega Maldonado registra que, embora se trate de entendimento acadêmico sem repercussões ainda nos tribunais norte-americanos a tese do direito ao esquecimento como fundamento ao expurgo de dados da internet, há quem defenda nos Estados Unidos o atendimento desta pretensão sob outra perspectiva, aproximando-se da ideia de proteção aos direitos dos consumidores, conforme já abordado nesta pesquisa em seções anteriores<sup>621</sup>.

Neste sentido, Viviane Nóbrega Maldonado<sup>622</sup> menciona artigo do advogado norte-americano Mark T. Andrus, que discorre sobre o enquadramento das empresas de motores de

---

<sup>620</sup> “Para bem enfrentar o tema em qualquer um dos sistemas jurídicos mencionados, é necessário compreender, por primeiro, a importância do princípio da liberdade de imprensa, paradigma das sociedades democráticas modernas. Ademais, há de se observar que o direito à informação, mais amplo que a própria liberdade de imprensa, acha-se garantido e titularizado a quaisquer pessoas, sejam elas propagadoras ou receptoras de informação. Por fim, deve ser anotado que o direito à privacidade assume igual importância nesse cenário e acha-se também assegurado a todos os cidadãos, mediante a necessária modulação atinente a um grau maior ou menor de proteção em razão da qualidade da pessoa”. (MALDONADO, Viviane Nóbrega. **Direito ao esquecimento**. Barueri, SP: Novo Século, 2017, p. 183)

<sup>621</sup> “Além disto, vislumbra-se na vinculação com o direito o ‘esquecimento’, uma possibilidade do controle indireto dos bancos de dados de consumo, em especial no que diz com a expansão da proteção em relação a terceiros, já que a legislação protetiva é endereçada apenas às empresas de cadastros e bancos de dados de consumo”. (SARLET, Ingo Wolfgang; FERREIRA NETO, Arthur M. **O direito ao “esquecimento” na sociedade da informação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 132, p. 135)

<sup>622</sup> “Thus, it may be reasonable to conclude that search engines both produce consumer reports and may be regarded as CRAs. Conclusion. The EU’s right to be forgotten provides a basis for strengthening rights of privacy in the United States. In addition, it may provide a basis for treating search engines as CRAs. Reasonable fact finders in the United states have a Strong basis to expand the traditional concept f CRAs to include search engines due to the breadth of personally identifiable information that may exist and be linked to individuals by global search engines. Both the EU and the United States should begin to reanalyze some of the basic concepts of credit reporting to allow for a more complete framework that utilize both Strong privacy laws as well as consumer protection laws. For the United States, this mean strengthening

busca no conceito de *Consumer Reporting Agency* (CRA), pois se trata de pessoas jurídicas com fins lucrativos que reúnem informações pessoais para este desiderato específico econômico-financeiro. Assim, como os motores de busca (Google etc) operam na base de dados dos consumidores, poder-se-á sustentar pedido judicial de exclusão ou *deslisting* das informações de conteúdo privado em solo norte-americano, afastando-se da *jurisprudential myopia* referendada pelo articulista norte-americano.

Igualmente, Ingo Sarlet e Arthur Ferreira Neto<sup>623</sup> afirmam que, no direito norte-americano o direito ao esquecimento não se subsiste em face de o constitucionalismo protetivo à liberdade de expressão e ao livre trânsito de informações, quando confrontados com o direito à privacidade e à intimidade. Desta forma, o modelo já consagrado na União Europeia, no precedente judicial *Mario Costeja González vs. Google Inc.*, não teria plena guarida perante o sistema jurídico norte-americano. Apesar disto, ressaltam os Autores que, o direito Ianque pode fornecer elementos importantes para compreensão mais profunda do exercício da liberdade de expressão, bem como a conjugação do direito ao esquecimento perante outras garantias constitucionais.

Neste sentido, os direitos de privacidade nos Estados Unidos – *common law* – assumem contornos diferenciados aos definidos pelo sistema jurídico do *civil law*. Assim, no direito estadunidense, a proteção à privacidade é vinculada ao ramo jurídico da responsabilidade civil (*Torts*), isto é, uma liberdade a ser harmonizada com o interesse público, resumindo-se na penalização de atos difamatórios e injuriosos causadores de lesão grave ao indivíduo. Neste ponto, dissocia-se da ideia do modelo europeu e brasileiro, prioritariamente aderentes da tradição jurídica continental, quando a privacidade envolve uma questão de dignidade da pessoa humana e de respeito à personalidade do indivíduo<sup>624</sup>.

---

*individual's right to privacy inherent within the purpose of the FCRA. In the EU, this mean developing Strong consumer protection laws akin to the FCRA. By doing so, both jurisdictions may learn from each and avoid the negative effects that arise form jurisprudential myopia*". (ANDRUS, Mark T. The right to be forgotten in America: have search engines inadvertently become consumer reporting agencies? **Business Law Today**, p. 1-4, may 2016)

<sup>623</sup> “Por fim, cabe referir que, em países do *Common Law*, o reconhecimento e a aplicação do direito ao esquecimento encontram forte resistência, em especial em virtude da posição preferencial da qual goza a liberdade de expressão e de informação”. (SARLET, Ingo Wolfgang; FERREIRA NETO, Arthur M. **O direito ao “esquecimento” na sociedade da informação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 219)

<sup>624</sup> “Com isso, em regra geral, a possibilidade de o particular pleitear em Juízo preventivamente que seja resguardada a sua esfera íntima de exposição pública ou de requerer indenização pelo só-fato de ter havido publicização de informações verdadeiras, mesmo que causadoras de abalo emocional, encontra fortes empecilhos no direito norte-americano, uma vez que, nesses casos, sempre se exige a demonstração da falsidade ou imprecisão da informação pessoal que veio a ser indevidamente veiculada. Portanto, no direito norte-americano, não há propriamente uma pretensão jurídica legítima de cada sujeito exercer controle sobre quais elementos da sua vida privada possam ser trazidos a público, mas apenas o direito não se submeter a uma exposição social inverídica ou infiel à realidade”. (SARLET, Ingo Wolfgang; FERREIRA NETO,

De imediato, verificam-se incompatibilidades do direito norte-americano com os países prioritariamente aquiescentes do *civil law*, como o Brasil, por exemplo. Nesta perspectiva do *common law*, a privacidade é patrimonializada, ganhando maior envergadura apenas no que diz respeito às sanções decorrentes da responsabilidade civil. Por outro lado, a defesa desta pesquisa acadêmica enxerga a privacidade enquanto direito da personalidade e, *per si*, possui núcleo jurídico jusfundamental a merecer proteção qualificada de acordo com o princípio da autodeterminação informativa do indivíduo.

Ademais, o direito norte-americano somente confere algum tipo de proteção, ainda que na seara da responsabilidade civil, quando se tratar de malferimento à privacidade por meio de exposições inverídicas ou falsas, como, p. ex., as *fake news*, já comentadas anteriormente. De forma diferente, reitera-se que, uma das premissas conceituais do direito ao esquecimento diz respeito ao apagamento ou exclusão de informações legítimas e verdadeiras, que, por razões diversas, não são mais pertinentes aos indivíduos a sua perpetuação nas mídias digitais, porquanto afetas prioritariamente aos seus interesses privados.

Nada obstante, reitera-se nesta pesquisa a precursora defesa dos direitos de privacidade nos EUA, ainda no ano de 1890, engendrada por Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis<sup>625</sup>. Sinteticamente, naquele época, o artigo aduzia que: (1) O direito à privacidade não proíbe qualquer publicação de matéria de interesse público ou geral; (2) O direito à privacidade não proíbe a comunicação de qualquer assunto, embora em sua natureza privada, quando a publicação é feita sob circunstâncias que tornariam uma comunicação privilegiada de acordo com a lei ou calúnia e difamação; (3) A lei provavelmente não concederia qualquer reparação pela invasão da privacidade por publicação oral na ausência de dano especial; (4) O direito à privacidade cessa após a publicação dos fatos pelo indivíduo, ou com o seu consentimento; (5) A verdade do assunto publicado não permite uma defesa. Obviamente, seu ramo da lei não deve se preocupar com a verdade ou falsidade dos assuntos publicados. Não é

---

Arthur M. **O direito ao “esquecimento” na sociedade da informação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 117)

<sup>625</sup> “[...] (1) *The right to privacy does not prohibit any publication of matter which is of public or general interest; [...].* (2) *The right to privacy does not prohibit the communication of any matter, though in its nature private, when the publication is made under circumstances which would render it a privileged communication according to the law or slander and libel; [...]* (3) *The law would probably not grant any redress for the invasion of privacy by oral publication in the absence of special damage; [...]* (4) *The right to privacy ceases upon the publication of the facts by the individual, or with his consent; [...]* (5) *The truth of the matter published does not afford a defense. Obviously, his branch of the law should have no concern with the truth or falsehood of the matters published. It is not for injury to the individual’s character that redress or prevention is sought, but for injury to the right privacy. For the former, the law of slander and libel provides perhaps a sufficient safeguard. The latter implies the right not merely to prevent inaccurate portrayal of private life, but to prevent its being depicted at all; [...]* (6) *The absence of ‘malice’ in the publisher does not afford a defense”*. (WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis D. The right to privacy. On the right to be let alone. Estados Unidos da América: **Harvard Law Review**, vol. IV, 1890-91, p. 18-24)

por dano ao caráter do indivíduo que a reparação ou a prevenção são buscadas, mas por danos à privacidade correta. Para os primeiros, a lei da calúnia e da calúnia fornece talvez uma salvaguarda suficiente. Este último implica o direito não apenas de impedir a descrição imprecisa da vida privada, mas também de impedir que seja retratado; (6) A ausência de “malícia” na editora não permite uma defesa.

De fato, tal publicação de Warren e Brandeis tem caráter histórico e remonta a uma época onde sequer se mencionava qualquer resquício de meio ambiente digital ou alusão à rede mundial de computadores (internet). Ademais, tampouco se podia ainda traduzir o significado de sociedade em rede, também não de seus complexos conflitos gerados entre as liberdades comunicativas e os direitos de privacidade. De qualquer sorte, chama-se atenção ao item (6) e à expressão - *malice in the publisher*<sup>626</sup> – quando se referiam os Autores à necessidade de comprovação da intenção da editora ou do responsável pela publicação do conteúdo em causar malferimento à privacidade dos titulares das informações publicadas.

Por conseguinte, no âmbito do entendimento da Suprema Corte norte-americana, existem (3) três precedentes judiciais recorrentemente citados pela doutrina, demarcando restritivamente os casos de invocação pelo cidadão de violação a seu direito de privacidade diante da publicação de dados pessoais. O caso *Cox Broadcasting v. Cohn*<sup>627</sup>, entendendo a Corte Suprema que, o direito de acesso à informação seria superior, no caso, à pretensão da vítima de não se expor em público. O caso *Smith v. Daily Mail Publishing Company*<sup>628</sup>, decidindo-se que, não seria legítima uma restrição estatal à divulgação de informação

---

<sup>626</sup> “*Personal ill-will is not an ingredient of the offence, any more than in an ordinary case of trespass to person or to property. Such malice is never necessary to be shown in an action for libel or slander at common law, except in rebuttal of some defence, e.g., that the occasion rendered the communication privileged, or, under the statutes in this State and elsewhere, that the statement complained of was true. The invasion of the privacy that is to be protected is equally complete and equally injurious, whether the motives by which the speaker or writer was actuated are, taken by themselves, culpable or not; just as the damage to character, and to some extent the tendency to provoke a breach or the peace, is equally the result of defamation without regard to the motives leading to its publication. Viewed as a wrong to the individual, this rule is the same pervading the whole law or torts, by which one is held responsible for this intentional act, even though they are committed with no sinister intent; and viewed as a wrong to society, it is the same principle adopted in a large category of statutory offences*”. (WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis D. The right to privacy. On the right to be let alone. Estados Unidos da América: **Harvard Law Review**, vol. IV, 1890-91, p. 22-23)

<sup>627</sup> “420 U.S. 469, 493-96 (1975). [...] *Cox Broadcasting v. Cohn*: caso em que o Tribunal rejeitou pedido de indenização de pai contra emissora de televisão que havia informado o nome completo de sua filha, a qual havia sido vítima de estupro, durante a cobertura do julgamento do acusado de tal crime”. (SARLET, Ingo Wolfgang; FERREIRA NETO, Arthur M. **O direito ao “esquecimento” na sociedade da informação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 118-119)

<sup>628</sup> “443 U.S. 97, 105-06 (1979). [...] *Smith v. Daily Mail Publishing Company*: neste caso foi analisada a constitucionalidade de uma lei estadual de West Virgínia, a qual havia tornado crime a publicação jornalística não autorizada de nome de menor infrator”. (SARLET, Ingo Wolfgang; FERREIRA NETO, Arthur M. **O direito ao “esquecimento” na sociedade da informação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 118-119)



verdadeira obtida de forma lícita; E, por último, o caso *Florida Star v. B.J.F.*<sup>629</sup>, quando se afirmou que, nenhum Estado poderia penalizar um veículo de imprensa por publicar informações verdadeiras e obtidas licitamente.

Com efeito, desconsiderando-se as razões acessórias (os *obiter dicta*) em cada um dos três casos analisados pela Suprema Corte norte-americana, a *ratio decidendi* se refere a: (1) Em regra, o direito à informação nos EUA prevalece ante a liberdade do indivíduo em não querer a sua exposição em público (a noção de privacidade, então, reiterada como mais uma faceta da liberdade em sentido amplo, e, não, privacidade como direito com núcleo autônomo a ser protegido, como acontece no *civil law*); (2) Restrições por normas parlamentares, inclusive estaduais, à liberdade de expressão em sentido amplo serão consideradas inconstitucionais em face da 1ª Emenda da Constituição norte-americana, quando a informação divulgada é verdadeira e obtida de forma lícita.

Neste contexto, Pere Simón Castellano ressalta que, há um choque de culturas jurídicas entre a doutrina europeia continental, garantista da dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade, e a doutrina norte-americana, favorável à liberdade de expressão, inclusive do amplo acesso aos textos integrais das sentenças produzidas pelas Cortes judiciais. Neste particular, afirma o Autor que, “*se observa así que la tradición jurídica del common law tiende a garantizar el derecho de acceso a la información judicial por encima de otros intereses jurídicos que quedan en segundo plano y también se tutelan, pero con menor intensidad*”<sup>630</sup>.

Desta maneira, o acesso público aos registros e documentos públicos, inclusive os de natureza judicial, também se trata de um direito da cultura do *common law*. Ademais, presume-se tal desiderato de acesso aos textos na sua integralidade, com brevíssimas limitações relacionadas com dados pessoais de menores de idade, os endereços postais de vítimas de delitos sexuais, de membros do Tribunal do Júri etc. Seria, portanto, mais um desdobramento do direito à informação, isto é, dos direitos relacionados à liberdade de expressão em sentido amplo.

<sup>629</sup> “491 U.S. 524, 541 (1989). [...] Florida Star v. B.J.F: o caso envolveu novamente uma reportagem envolvendo a publicação do nome de vítima de estupro, sendo que as informações foram obtidas junto ao relatório da investigação policial. Uma Lei da Flórida proibia a publicação de nome de vítimas de estupro, o que foi base para o tribunal local condenar a empresar de jornalismo a pagar indenização à Requerente”. (SARLET, Ingo Wolfgang; FERREIRA NETO, Arthur M. **O direito ao “esquecimento” na sociedade da informação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 118-119)

<sup>630</sup> “En los. EE. UU., [...] Los tribunales federales están obligados, de acuerdo con el redactado de la E-Government Act del año 2002, a mantener un registro público y a proporcionar acceso en línea a los expedientes judiciales electrónicos”. (CASTELLANO, Pere Simón. **El Reconocimiento del derecho al olvido digital en España en la EU**. Efectos tras la sentencia del TJUE de mayo de 2014. 1. ed. Madrid: Bosch, 2015, p. 294-295)

Por outro giro, no *common law* do Reino Unido, precisamente na Inglaterra e País de Gales, os documentos e expedientes judiciais não são considerados como registros públicos. Consequentemente, os juízes e tribunais assinalam que, *no existe un derecho a acceder a los archivos y registros de los órganos jurisdiccionales. Se trata de una excepción notable dentro de la tradición jurídica del common law, producida seguramente por la brecha cultural transatlántica, es decir, entre el continente europeo y el norteamericano*<sup>631</sup>.

De fato, depreende-se do destacado por Pere Simón Castellano que, o *common law* do Reino Unido é menos restritivo aos direitos de privacidade do que o *common law* norte-americano, onde há um culto exacerbado às liberdades comunicativas. Quanto ao acesso à divulgação da informação jurisprudencial, especificamente, quando esta é difundida de forma ampla e irrestrita através de os mecanismos de comunicação digital e da internet, poderá ensejar com maior razão o exercício do direito ao esquecimento, então, de difícil reconhecimento no sistema jurídico do *common law*.

Por conseguinte, em 1974, inicia-se no sistema jurídico britânico a permissão de supressão de informações pessoais desabonadoras do indivíduo constantes dos registros públicos, por meio do *Rehabilitation of Offenders Act*<sup>632</sup>. Neste ponto, embora se trate de assunto afeto à matéria penal (condenações criminais), trata-se de instrumento relevante por resguardar a dignidade humana e a personalidade no âmbito do sistema do *common law* do Reino Unido, quando esgotada a função punitiva e restaurativa da pena já cumprida pelo infrator.

---

<sup>631</sup> “Esa brecha cultural tiene una influencia más que evidente sobre el derecho al olvido digital, cuyo reconocimiento y extensión va a ser mucho más limitado en los países que siguen la tradición jurídica del common law, y que seguramente nunca verá la luz en la escena norteamericana. Buena muestra de ello son, por ejemplo, las reacciones a la STJUE de 13 de mayo de 2014 por parte de la doctrina británica. De hecho, más allá de la normativa de protección de los menores de edad, es difícil imaginar nada parecido al derecho al olvido digital en los países que siguen la tradición jurídica del common law, y mucho menos en los ordenamientos jurídicos de Estados Unidos y Canadá, en los que prevalece por defecto el interés del público en saber y conocer los detalles y los datos personales relacionados con los procesos judiciales y los antecedentes penales. No es de extrañar así que muchas voces hayan interpretado el derecho al olvido digital como una amenaza a la libertad de expresión”. (CASTELLANO, Pere Simón. **El Reconocimiento del derecho al olvido digital en España en la EU**. Efectos tras la sentencia del TJUE de mayo de 2014. 1. ed. Madrid: Bosch, 2015, p. 295-296)

<sup>632</sup> “An Act to rehabilitate offenders who have not been reconvicted of any serious offence for periods of years, to penalize the unauthorized disclosure of their previous convictions, to amend the law of defamation, and for purposes connected therewith”. CHAPTER 53. ARRANGEMENT OF SECTIONS Section 1. Rehabilitated persons and spent convictions. 2. Rehabilitation of persons dealt with in service disciplinary proceedings. 3. Special provision with respect to certain disposals by children’s hearings under the Social Work (Scotland) Act 1968. 4. Effect of rehabilitation. 5. Rehabilitation periods for particular sentences. 6. The rehabilitation period applicable to a conviction. 7. Limitations on rehabilitation under this Act, etc. 8. Defamation actions. 9. Unauthorized disclosure of spent convictions. 10. Orders. 11. Citation, commencement and extent.”. (UNITED KINGDOM. **Rehabilitation of Offenders Act 1974**. Chapter 53. London: TSO, 1974)

Adiante, no ano de 1998, o Parlamento britânico editou legislação específica – *Data Protection Act 1998* – regulando o processamento de informações pessoais, incluindo a obtenção, o armazenamento e a transmissão destes dados. Neste ponto, tem-se que, “*an Act to make new provision for the regulation of the processing of information relating to individuals, including the obtaining, holding, use or disclosure of such information*”<sup>633</sup>.

Neste sentido, Ingo Sarlet e Arthur Ferreira Neto comentando sobre o sistema jurídico britânico, destacam que, o artigo 14 do *Data Protection Act 1998*<sup>634</sup> permite os juízes e tribunais do Reino Unido obrigarem os controladores dos dados pessoais a retificar, apagar ou destruir informações que sejam consideradas imprecisos. De fato, registram inequivocamente os Autores que, não se trata da prescrição do direito ao esquecimento no Reino Unido, porque devem os dados pessoais se revestirem de informações falsas ou inverídicas. Neste particular, defende-se que, o direito ao esquecimento se refere a informações pretéritas verídicas, registradas de forma fidedigna nas mídias analógicas ou digitais, entretanto, continuam a causar estigma no titular destas informações.

Em 23 de maio de 2018, o Parlamento britânico editou novo normativo sobre o assunto - *Data Protection Act 2018* – destacando-se inicialmente o 4º (quarto) princípio de proteção de dados pessoais, que menciona detalhes de forma minudente sobre a necessidade

---

<sup>633</sup> UNITED KINGDOM. **Data Protection Act 1998**. Chapter 29. London: TSO, 1998.

<sup>634</sup> “**14.**— (1) *If a court is satisfied on the application of a data subject that blocking, erasure personal data of which the applicant is the subject are inaccurate, the and destruction. court may order the data controller to rectify, block, erase or destroy those data and any other personal data in respect of which he is the data controller and which contain an expression of opinion which appears to the court to be based on the inaccurate data.* (2) *Subsection (1) applies whether or not the data accurately record information received or obtained by the data controller from the data subject or a third party but where the data accurately record such information, then— (a) if the requirements mentioned in paragraph 7 of Part II of Schedule 1 have been complied with, the court may, instead of making an order under subsection (1), make an order requiring the data to be supplemented by such statement of the true facts relating to the matters dealt with by the data as the court may approve, and (b) if all or any of those requirements have not been complied with, the court may, instead of making an order under that subsection, make such order as it thinks fit for securing compliance with those requirements with or without a further order requiring the data to be supplemented by such a statement as is mentioned in paragraph (a).* (3) *Where the court— (a) makes an order under subsection (1), or (b) is satisfied on the application of a data subject that personal data of which he was the data subject and which have been rectified, blocked, erased or destroyed were inaccurate, it may, where it considers it reasonably practicable, order the data controller to notify third parties to whom the data have been disclosed of the rectification, blocking, erasure or destruction.* (4) *If a court is satisfied on the application of a data subject— (a) that he has suffered damage by reason of any contravention by a data controller of any of the requirements of this Act in respect of any personal data, in circumstances entitling him to compensation under section 13, and (b) that there is a substantial risk of further contravention in respect of those data in such circumstances, the court may order the rectification, blocking, erasure or destruction of any of those data.* (5) *Where the court makes an order under subsection (4) it may, where it considers it reasonably practicable, order the data controller to notify third parties to whom the data have been disclosed of the rectification, blocking, erasure or destruction.* (6) *In determining whether it is reasonably practicable to require such notification as is mentioned in subsection (3) or (5) the court shall have regard, in particular, to the number of persons who would have to be notified”.* (UNITED KINGDOM. **Data Protection Act 1998**. Chapter 29. London: TSO, 1998)

de precisão e atualização das informações pessoais imprecisas<sup>635</sup>. Neste particular, registra-se que, o artigo 100 do normativo britânico aduz sobre a existência do direito de retificação e apagamento (*rights to rectification and erasure*)<sup>636</sup>, no caso especificamente sobre as informações pessoais junto aos órgãos judicantes (juízes e tribunais) do Reino Unido.

Outrossim, registra-se ainda que, o Reino Unido possui Agência de Proteção de Dados Pessoais (*Information Commissioner's Office – ICO*)<sup>637</sup>. Trata-se, pois, “*the UK's independent authority set up to uphold information rights in the public interest, promoting openness by public bodies and data privacy for individuals*”. Neste particular, Ingo Sarlet e Arthur Ferreira<sup>638</sup> destacam a incumbência direta da ICO de promover a efetivação do direito ao esquecimento no Reino Unido, regulando o armazenamento de informações digitais e impondo sanções de exclusão de dados e de desindexação de pesquisas em motores de busca na internet (p.ex., Google, Bing etc).

---

<sup>635</sup> “**The fourth data protection principle** (1) *The fourth data protection principle is that— (a) personal data processed for any of the law enforcement purposes must be accurate and, where necessary, kept up to date, and (b) every reasonable step must be taken to ensure that personal data that is inaccurate, having regard to the law enforcement purpose for which it is processed, is erased or rectified without delay. (2) In processing personal data for any of the law enforcement purposes, personal data based on facts must, so far as possible, be distinguished from personal data based on personal assessments. (3) In processing personal data for any of the law enforcement purposes, a clear distinction must, where relevant and as far as possible, be made between personal data relating to different categories of data subject, such as— (a) persons suspected of having committed or being about to commit a criminal offence; (b) persons convicted of a criminal offence; (c) persons who are or may be victims of a criminal offence; (d) witnesses or other persons with information about offences. (4) All reasonable steps must be taken to ensure that personal data which is inaccurate, incomplete or no longer up to date is not transmitted or made available for any of the law enforcement purposes. (5) For that purpose— (a) the quality of personal data must be verified before it is transmitted or made available, (b) in all transmissions of personal data, the necessary information enabling the recipient to assess the degree of accuracy, completeness and reliability of the data and the extent to which it is up to date must be included, and (c) if, after personal data has been transmitted, it emerges that the data was incorrect or that the transmission was unlawful, the recipient must be notified without delay.*” (grifos nossos). (UNITED KINGDOM. **Data Protection Act 2018**. Chapter 12. London: TSO, 2018)

<sup>636</sup> “**100 Rights to rectification and erasure.** (1) *If a court is satisfied on the application of a data subject that personal data relating to the data subject is inaccurate, the court may order the controller to rectify that data without undue delay. (2) If a court is satisfied on the application of a data subject that the processing of personal data relating to the data subject would infringe any of sections 86 to 91, the court may order the controller to erase that data without undue delay. (3) If personal data relating to the data subject must be maintained for the purposes of evidence, the court may (instead of ordering the controller to rectify or erase the personal data) order the controller to restrict its processing without undue delay. (4) If— (a) the data subject contests the accuracy of personal data, and (b) the court is satisfied that the controller is not able to ascertain whether the data is accurate or not, the court may (instead of ordering the controller to rectify or erase the personal data) order the controller to restrict its processing without undue delay. (5) A court may make an order under this section in relation to a joint controller whose responsibilities are determined in an arrangement under section 104 only if the controller is responsible for carrying out the rectification, erasure or restriction of processing that the court proposes to order. (6) The jurisdiction conferred on a court by this section is exercisable by the High Court or, in Scotland, by the Court of Session.*” (grifos nossos). (UNITED KINGDOM. **Data Protection Act 2018**. Chapter 12. London: TSO, 2018)

<sup>637</sup> UNITED KINGDOM. Information Commissioner's Office. **ico.**, 19 set. 2018.

<sup>638</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FERREIRA NETO, Arthur M. **O direito ao “esquecimento” na sociedade da informação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 118-119.

Com efeito, em pesquisa no sítio eletrônico da ICO - *Information Commissioner's Office*<sup>639</sup> - verifica-se que, a Agência Britânica trata do assunto de forma minudente, registrando os critérios específicos utilizados a serem usados para o exercício do direito à desindexação (*Search result delisting criteria*), elaborados em conjunto com outras autoridades europeias de proteção de dados pessoais. Neste ponto, será analisado caso a caso, e deverá ser respondido cada uma das 14 (catorze) indagações para tomada de decisão de desindexação das informações pessoais na internet: (1) O resultado da pesquisa está relacionado a uma pessoa natural - ou seja, um indivíduo - e surge uma pesquisa sobre o nome do indivíduo? (2) O indivíduo desempenha um papel na vida pública? (3) O sujeito do resultado da pesquisa é uma criança? (4) Os dados são precisos? (5) Os dados estão relacionados com a vida profissional do indivíduo? (6) O resultado da pesquisa está vinculado a informações que aparentemente constituem discurso de ódio, difamação, calúnia ou conteúdo ofensivo similar direcionado ao reclamante? (7) A informação é “sensível” para os propósitos do DPA (*Data Protection Act 2018*)? (8) Os dados estão atualizados? Está sendo disponibilizado por mais tempo do que o necessário? (9) O processamento de dados está causando prejuízo ao indivíduo? Tem um impacto desproporcionalmente negativo na privacidade do indivíduo? (10) O resultado da pesquisa vincula informações que colocam o indivíduo em risco? (11) Com base em que informação foi publicada originalmente? (12) O conteúdo original foi publicado em um contexto jornalístico? (13) O editor dos dados tem um poder legal - ou uma obrigação legal - de disponibilizar publicamente os dados pessoais? (14) Os dados referem-se a um crime?<sup>640</sup>

Neste diapasão, a título de conclusão parcial, reiteram-se as sensíveis diferenças entre os países do *common law* e do *civil law* em matéria de direito de privacidade e liberdade de expressão em sentido amplo. Tem-se a ilação, entretanto, entre os Estados Unidos e o Reino Unido, ambos do *common law*, que também se pode afirmar: (1) No Reino Unido, há

<sup>639</sup> UNITED KINGDOM. Information Commissioner's Office. **ico.**, 19 set. 2018.

<sup>640</sup> “(1) Does the search result relate to a natural person – ie an individual – and does it come up against a search on the individual's name? (2) Does the individual play a role in public life? (3) Is the subject of the search result a child? (4) Is the data accurate? (5) Does the data relate to the individual's working life? (6) Does the search result link to information which apparently constitutes hate speech, slander, libel or similarly offensive content targeted at the complainant? (7) Is the information 'sensitive' for the purposes of the DPA? (8) Is the data up to date? Is it being made available for longer than necessary? (9) Is the data processing causing prejudice to the individual? Is it having a disproportionately negative impact on the individual's privacy? (10) Does the search result link to information that puts the individual at risk? (11) On what basis was the information published originally? (12) Was the original content published in a journalistic context? (13) Does the publisher of the data have a legal power – or a legal obligation – to make the personal data publicly available? (14) Does the data relate to a criminal offence? [...]. (UNITED KINGDOM. Information Commissioner's Office. Search result delisting criteria. **ico.**, For organisations, 24 dez. 2014)

significativos avanços protetivos aos direitos de privacidade, corroborados pelo recente normativo *Data Protection Act 2018* e pela Agência de Proteção de Dados Pessoais (*Information Commissioner's Office – ICO*). Nos Estados Unidos, por sua vez, os direitos de privacidade continuam esbarrando na topografia privilegiada atribuída à 1ª emenda da constituição norte-americana.

Quanto ao direito ao esquecimento propriamente dito, pode-se afirmar que, o Reino Unido continua avançando, inclusive parte importante do conteúdo normativo deste direito, qual seja, o direito subjetivo à desindexação referente às informações pessoais listadas pelos motores de busca da internet (Google etc) já podem ser implementados administrativamente por intermédio da Agência de Proteção de Dados Pessoais (*Information Commissioner's Office – ICO*). Nos Estados Unidos, por sua vez, não há que se falar em direito ao esquecimento, nem mesmo no que se refere à consulta de informações pessoais junto às Cortes judiciais, nem mesmo quando se já cumpriu em definitivo a sanção imposta. Há, de fato, um apanágio lanque exacerbado às liberdades comunicativos e ao direito à informação em sentido amplo. Decerto, em síntese, há uma brecha jurídico-cultural entre os países do *common law* em matéria de direito ao esquecimento, e, por assim dizer, uma nítida aproximação do Reino Unido à tradição jurídica europeia continental, distanciando-se do direito estadunidense.

Na próxima subseção, a pesquisa se dirige a investigar o plano internacional do direito esquecimento, ou seja, no âmbito da União Europeia. Tem-se, portanto, a consolidação do direito ao esquecimento enquanto precedente judicial internacional para os demais países comunitários, bem como importante precedente judicial estrangeiro para as demais sociedades em rede além-fronteiras europeias, inclusive o Brasil. Neste particular, na Espanha, verifica-se então a gênese<sup>641</sup> contemporânea do *derecho al olvido*, tendo seu apogeu e consolidação no âmbito do Tribunal de Justiça da União Europeia.

---

<sup>641</sup> A matéria será analisada nas seções posteriores. De imediato, não se desconhece o pioneiro papel da Agência de Proteção de Dados Pessoais da Espanha – *Agencia Española de Protección de Datos* (AEPD), entretanto, o precedente judicial *Mario Costeja González vs. Google* do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) é comumente citado como a gênese do direito ao esquecimento na era digital em virtude de sua repercussão mundial sobre o tema e sua importante fundamentação, pavimentando em definitivo a consolidação do *derecho al olvido* nos sistemas jurídicos diversos. Cf. UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça Europeu. **Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção)**, ECLI:EU:C:2014:317, Processo C-131/12, 13 maio 2014.

### 5.3.3 União Europeia: o apogeu do direito ao esquecimento

Em estudos inaugurais sobre o tema (2007), Viktor Mayer-Schönberger<sup>642</sup> <sup>643</sup>. formulou o denominado “*the right to be forgotten*”, originalmente na língua inglesa, com correspondentes em diversos outros idiomas: “o direito ao esquecimento” (português), “*derecho al olvido*” (espanhol), “*diritto all’oblio* (italiano), “*droit à l’oubli*” (francês), “*recht auf vergessenwerden*” (alemão), dentre outros. Neste particular, a preocupação do Autor com o desenvolvimento deste direito era externar as falácias existentes sobre a ideia comum de que, o ato de deletar dados pessoais da rede mundial de computadores seria garantia de sua exclusão definitiva do ambiente cibernético. A partir da discussão gerada por esta inquietude, o direito ao esquecimento passou a ter maior visibilidade, encontrando maior guarida no continente europeu, precisamente no âmbito da União Europeia.

De início, Viktor Mayer-Schönberger<sup>644</sup> registra que, por milênios, a relação entre lembrança e esquecimento foi bastante clara, ou seja, os seres humanos escolhiam cuidadosamente o que lembrar, pois esta era uma tarefa difícil e dispendiosa. Dito isto, esquecer era a regra geral da humanidade. Com a era digital, podendo ser considerada uma das mudanças mais importantes desde o início da humanidade, o equilíbrio entre lembrança e esquecimento foi revertido. Assim, confiar informações à memória digital tornou-se a regra geral do homem moderno-digital, assim como o esquecimento passou a ser a exceção.

---

<sup>642</sup> **Versão do Livro original na Língua Inglesa:** “*It all began with a half page of notes titled “the right to be forgotten” in February of 2007. I quickly forgot about the notes, but remembered the idea. When journalist and friend Kenneth N. Cukier called to ask for new perspectives on ubiquitous computing and privacy, I pitched to him the importance of forgetting, and he included it in his report. My April 2007 working paper was quickly picked up by the media, somewhat to my surprise. My idea seemed to have hit a nerve. In the two years since my argument evolved, my idea has spread, and to my delight many others have advocated it or proposed something similar*”. (MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. **Delete:** the virtue of forgetting in the digital age. New Jersey: Princeton University, 2009, p. 8)

<sup>643</sup> **Versão do Livro na Língua Italiana:** “*Tutto iniziò nel febbraio del 2007 con una mezza paginetta di appunti intitolata “il diritto di essere dimenticati”*. Di lì a poco scordai gli appunti, ma non l’idea. Un giorno mi chiamò Kenneth N. Cukier, un giornalista che conoscevo, per chiedermi che cosa ne pensassi del rapporto tra onnipresenza del computer e privacy. Gli buttai lì la questione dell’importanza dell’oblio e lui ne parlò nel suo articolo. I mezzi di comunicazione ripresero quasi subito il mio working paper dell’aprile 2007. Rimasi alquanto sorpreso: voleva dire che la mia idea aveva colpito nel segno. Da allora la mia tesi è evoluta, ampliata e con mio grande piacere altri hanno sostenuto o proposto qualcosa di analogo”. (MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. **Delete.** Traduzione: Paola Conversano. Milano: Egea Economica, 2016, p. XXIII)

<sup>644</sup> “*Gli esseri umani non viaggiamo nel tempo da ignoranti. Grazie alla capacità di ricordare, sono in grado di paragonare, imparare e vivere il tempo come cambiamento. Altrettanto importante è la capacità di dimenticare, di scaricare il fardello delle costrizioni del passato e vivere il presente. Per millenni il rapporto tra ricordo e oblio è stato chiaro. Poiché ricordare era difficile e costoso, gli esseri umani sceglievano accuratamente che cosa ricordare. Dimenticare era la norma. Nell’era digitale, in quello che può probabilmente essere considerato il più importante cambiamento fin dalle primissime origini del genere umano, l’equilibrio tra ricordo e oblio si è invertito. Affidare le informazioni alla memoria digitale è diventata la norma, dimenticare l’eccezione*”. (MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. **Delete.** Traduzione: Paola Conversano. Milano: Egea Economica, 2016, p. 173)

De fato, o fenômeno da digitalização implicou em pelo menos 03 (três) consequências importantes para a humanidade de natureza financeira, técnica e democrática: (1) reduziu drasticamente os custos de armazenamento das informações, ressaltando-se o aspecto econômico; (2) facilitou a recuperação da memória armazenada, atrelando-se às melhorias dos aspectos tecnológicos e científicos; e, ainda, (3) permitiu o acesso universal à memória digital, democratizando e universalizando o acesso às informações dos indivíduos.

Por outro lado, o “mundo maravilhoso” da memória digital destacado por Viktor Mayer-Schönberger<sup>645</sup>, onde assuntos com o Google oferecem acesso a bilhões de informações em todo o mundo, desde fotos a blogs, desde informações detalhadas de marketing até imagens em alta resolução da casa própria (e a do vizinho) tiradas via satélite etc, também surgem problemas e indagações pertinentes: quando diante da memória falaciosa, não se quer optar pela memória total? Ou, ainda, quando não se quer preservar pensamentos e impressões para a posteridade?

Neste contexto, Viktor Mayer-Schönberger<sup>646</sup> elenca duas razões principais que a sociedade deve se preocupar em face de o advento e da consequente expansão da memória digital. A primeira razão, qual seja, a transferência do poder de guardar a memória do

---

<sup>645</sup> “La digitalizzazione ha fatto diminuire drasticamente i costi di memorizzazione, ha reso facile il recupero delle informazioni e ha consentito l'accesso universale alla memoria digitale. Per la prima volta nella storia dell'umanità, ricordare è meno costoso e più facile che dimenticare: l'antichissimo default si è ribaltato. È facile capirne le ragioni. Di fronte alla memoria fallace, non optiamo forse tutti per il ricordo totale? Non vorremmo preservare pensieri e impressioni per la posterità? E così ci ritroviamo in un 'mondo meraviglioso' di memoria digitale universale in cui soggetti come Google offrono l'accesso a milioni di miliardi di informazioni in tutto il mondo, dalle foto ai blog, da informazioni dettagliate di marketing a immagini ad alta risoluzione della nostra casa (e di quella del vicino) prese dal satellite. Non ci vorrà molto tempo prima che casi come quello di Stacy Snyder e Andrew Feldman diventino la norma: vite rovinare (o danneggiate) dal ricordo perfetto di eventi insignificanti del passato, esposte a un pubblico che non perdona nulla. E non solo in Nord America, ma in tutto il mondo. Di fatto, mentre scrivevo il libro un conservatore tedesco, non di spicco, è stato licenziato perché la sua pagina personale su un sistema analogo a quello di Facebook riportava che in passato si era iscritto a gruppi online dal nome e contenuto discutibili”. (MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. **Delete**. Traduzione: Paola Conversano. Milano: Egea Economica, 2016, p. 173-174)

<sup>646</sup> “Nel terzo capitolo ho spiegato quali sono i due motivi per cui questo trend dovrebbe preoccuparci. Innanzitutto, trasferisce il potere dai sorvegliati ai sorveglianti, come hanno ben sottolineato gli esperti di privacy. Ma questo avviene nel corso del tempo. Man mano che la memoria digitale rende possibile una ricostruzione globale del nostro mondo e delle nostre azioni, anche se appartenenti a un passato lontano, crea la visione non solo spaziale ma anche temporale del panopticon di Bentham, limitando la nostra volontà di esprimerci e partecipare attivamente vita comune. Vogliamo veramente vivere in una società di sottomissione e paura? In secondo luogo, l'oblio svolge una funzione importante nel processo decisionale. Ci permette di generalizzare e di astrarci delle esperienze personali. Ci consente di accettare che gli esseri umani cambiano nel tempo, come qualsiasi altra forma vivente. Ci ancora al presente invece di tenerci permanentemente prigionieri di un passato sempre più irrilevante. Inoltre, l'oblio consente alla società di perdonare e rimanere aperta al cambiamento. Il ricordo digitale ostacola l'importante ruolo dell'oblio e quindi costituisce una minaccia per noi e per la società nel suo insieme rispetto alla capacità di imparare, ragionare e agire nel presente. Ci espone anche a una iper reazione potenzialmente devastante: rinnegare totalmente il passato”. (MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. **Delete**. Traduzione: Paola Conversano. Milano: Egea Economica, 2016, p. 174)



indivíduo para empresas ou entidades multinacionais, consoante destacam os especialistas em privacidade. Neste ponto, permite-se uma nova reconstrução global do mundo e das ações dos indivíduos por intermédio da memória digital, mesmo quando esta pertence a um passado distante, remoto. Ao longo do tempo, isto pode limitar a disposição de se expressar e participar ativamente da vida comum, gerando uma sociedade de submissão e de medo.

Por sua vez, a segunda razão delineada por Viktor Mayer-Schönberger diz respeito à vocação de perenidade da memória digital. Nesta esteira, o esquecimento pode desempenhar um papel importante no processo de tomada de decisões, permitindo aos indivíduos generalizar e abstrair de experiências pessoais. Por outro lado, também permite à sociedade perdoar, permanecer aberta à mudança e aceitar definitivamente que, os seres humanos podem mudar com o tempo, não lhes sendo obrigados permanecer como prisioneiros de um passado cada vez mais irrelevante diante do momento presente.

Com efeito, comunga-se inteiramente com o pensamento de Viktor Mayer-Schönberger, na medida em que, a memória digital pode dificultar este importante papel do esquecimento delineado para os indivíduos e para a sociedade como um todo. Neste ponto, a memória digital precisa ser refletida de forma adequada à luz das novas tecnologias e, conseqüentemente, regulada pelo Direito enquanto objeto de conduta humana, sob pena de representar uma ameaça à capacidade de aprender, raciocinar e agir no presente, ou como se converter em reação devastadora de se negar totalmente o passado.

De fato, a reação adequada aos desafios trazidos pela memória digital perpassa pela necessidade de se instituir a capacidade de esquecer, tanto tecnologicamente (infraestrutura) como juridicamente (normas de conduta). Em outras palavras, *“non è un futuro ignorante, ma uno che riconosca che gli esseri umani cambiano con il passare del tempo, che le idee evolvono e che le opinioni si modificano”*<sup>647</sup>. Enfim, as virtudes ou qualidades da memória digital já estão bem expostas na sociedade em rede, e já o são intuitivamente depreendidas pelo indivíduo mediano, contudo, se deve agora caminhar em direção do entendimento, da

---

<sup>647</sup> *“Dobbiamo reagire alle sfide poste dal ricordo digitale e penso che possiamo farlo recuperando la nostra capacità di dimenticare. Quello che propongo non è un futuro ignorante, ma uno che riconosca che gli esseri umani cambiano con il passare del tempo, che le idee evolvono e che le opinioni si modificano. Possiamo rispondere alle <ombre> del ricordo digitale in diversi modi. Nel quinto capitolo, ne ho illustrate sei, a gruppi di tre. In ognuno di essi le soluzioni intendono ripristinare l’oblio attraverso norme sociali, leggi o infrastrutture tecniche. Il primo gruppo (che prende spunto dal dibattito sulla privacy) riguarda essenzialmente quello che ho definito «potere» del ricordo digitale, mentre il secondo mira al suo aspetto temporale, più direttamente collegato alla scomparsa dell’oblio. Nonostante tutte e sei le strategie offrano degli spunti validi e consentano di approfondire la complessità della sfida che ci troviamo di fronte, nessuna fa veramente centro. Per contrastare efficacemente il ricordo digitale, dobbiamo probabilmente combinarle tra loro o forse trovarne di nuove”* (grifos nossos). (MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. **Delete**. Traduzione: Paola Conversano. Milano: Egea Economica, 2016, p. 174-175)

conciliação e da resolução dos desafios que são propostos por esta nova dinâmica digital, contrapondo-se lembrança e esquecimento em larga escala mundial.

Neste contexto da era digital, María Álvarez Caro<sup>648</sup> defende uma nova forma de trabalhar (*el teletrabajo*); de fazer negócios e de empreender (*el e-commerce*); de interagir, de aprender e de educar (*el e-learning*); mediante o desenvolvimento e a democratização do acesso à internet e às novas tecnologias. Por outro lado, como consequência desta transformação silenciosa em andamento, a Autora se refere às expressões - *datos masivos ou los big data* – significando a grande quantidade de informações provenientes da Rede, que poderá ser analisada, medida e utilizada tanto para fins nobres como para finalidades danosas.

Com efeito, María Álvarez Caro defende que, diante do novo paradigma tecnológico delineado, faz-se premente em igual medida um novo paradigma da privacidade na era digital em escala global (e não apenas no continente europeu). Assim, comparando a Autora a paraísos fiscais (*territórios offshore*), fala-se da ideia de paraísos de privacidade. Neste ponto, tem-se que, “*regímenes normativos de paraísos de privacidad, en referencia a territorios don las empresas estén exentas de hacer frente a obligaciones en materia de protección de datos frente a otros Estados donde las exigencias sean muy rigurosas, con todos los prejuicios que esto podría ocasionar*”<sup>649</sup>.

Neste sentido, a chave do êxito para o novo direito ao esquecimento (*derecho al olvido*), segundo María Álvarez Caro, estará no estabelecimento e na prática de limites e exceções adequados ao seu exercício, a fim de garantir a sua convivência pacífica com outros

---

<sup>648</sup> “Actualmente en el mundo se maneja más información y ésta crece cada vez más deprisa en cantidad. El volumen de la información ha llegado a aumentar tanto que ya no cabía en la memoria que los ordenadores emplean para procesarla, por lo que los ingenieros han tenido que modernizar y adaptar las herramientas de análisis de la información. Precisamente, de este modo han surgido nuevas tecnologías de procesamiento como MapReduce de Google o Hadoop, Yahoo!. En lo que respecta a las compañías de Internet, Google procesa más de 24 petabytes de datos al día, un volumen que representa varios miles de veces la totalidad del material impreso que guarda la Biblioteca del Congreso de EE.UU. A Facebook se suben más de diez millones de fotos nuevas cada hora. Sus usuarios hacen click en el botón ‘me gusta’ o insertan un comentario casi tres mil millones de veces diarias, dejando un rastro digital que la compañía explota para descubrir sus preferencias. Los 800 millones de usuarios mensuales del servicio YouTube de Google suben más de una hora de vídeo por segundo. El número de mensajes de Twitter aumenta alrededor de un 200 por 100 al año, y en 2012 se habían superado los 400 millones de tuits diarios”. (CARO, María Álvarez. **Derecho al olvido in internet: el nuevo paradigma de la privacidad en la era digital**. Madrid: Editorial Reus, 2015, p. 130)

<sup>649</sup> “A pesar de tener una iniciativa legislativa europea en marcha, se insiste en que tenemos que considerar un enfoque global en aquellos aspectos en los que se pueda, con el que debería abordarse una cuestión como la privacidad digital. Si funcionamos en un mercado global, que en cierto modo no conoce fronteras y donde las empresas se internacionalizan y se expanden buscando ser más competitivas, es recomendable tener en consideración allí donde sea posible el establecimiento de estándares o principios globales, así como aunar posturas, buscar zonas de entendimiento a ambos lados del Atlántico, pese a que tal y como se ha expuesto en este trabajo, existan diferencias notorias entre ambos modelos de privacidad. En línea con esta idea, es importante que se logre la mayor uniformidad y armonización posible en la materia”. (CARO, María Álvarez. **Derecho al olvido in internet: el nuevo paradigma de la privacidad en la era digital**. Madrid: Editorial Reus, 2015, p. 131-132)

direitos igualmente dignos, como, p. ex., os relacionados à liberdade de expressão, à proteção da saúde pública, à segurança, à cidadania, à liberdade artística e literária, dentre outros. Depreende-se, portanto, que, em um era digital (leia-se também economia digital), a proteção de dados não poderá ser demasiadamente restritiva ou paralisante da sociedade em rede como um todo, ao passo que, também não poderá ser tão permissiva ou praticamente inexistente, a par dos paraísos de privacidade sem qualquer legislação protetiva.

Desta maneira, propõe-se uma melhor educação em torno da cultura digital desde a infância, a fim de se garantir um maior respeito ao uso das novas tecnologias e da internet, promovendo-se um intercâmbio social de forma mais segura e consciente. Neste sentido, defende María Álvarez Caro<sup>650</sup> que, *un derecho al olvido absoluto, sin restricciones, podría implicar un atentado contra la libertad de información, un pilar básico del Estado social y democrático de Derecho, podría caer en la censura o el falseamiento de la historia*”.

Por conseguinte, se a Europa se constituiu no continente onde o direito ao esquecimento nasceu, consolidou-se e atingiu seu apogeu, decerto a Espanha foi o país europeu onde tudo começou, pelo menos na concepção da era digital, conforme defendido nesta pesquisa acadêmica. Desta forma, antes do famoso precedente judicial do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), de 13 de maio de 2014<sup>651</sup>, que será analisado em seguida, já existiam órgãos estatais espanhóis que reconheciam expressamente o direito ao esquecimento (*derecho al olvido*) em seus regramentos e decisões administrativas.

Neste particular, Pere Simón Castellano destaca o papel pioneiro da Agência Espanhola de Proteção de Dados Pessoais (AEPD), registrando que, a problemática surgiu quando cidadãos espanhóis postulavam junto à entidade estatal a desindexação de informações que continham dados pessoais perante os motores de busca da internet (p.ex.,

---

<sup>650</sup> “*Es necesario que los menores (no hay ue olvidar que la Propuesta de Reglamento de Protección de Datos de la UE dedica especial consideración a la problemática relativa a los menores) conozcan los riesgos de la Red y la importancia de la privacidad. La formación, por tanto debe ir en una doble vía; por una parte formación en nuevas tecnologías y, por otra, formación en derecho a la privacidad y protección de datos personales En cierto modo, si conseguimos que un menor sea consciente del riesgo, o más bien de las consecuencias, que implica el hecho de que comparta un archivo fotográfico o de otro tipo en las redes sociales, estamos dando un gran paso adelante. No sólo los niños, sino por supuesto, también los adultos, deben de concienciarse de que al participar voluntariamente en el intercambio social (sobremana si este intercambio social se produce en Internet), de algún modo voluntariamente se pierde privacidad a cambio de un beneficio real o potencial derivado de dicho intercambio. La privacidad absoluta sólo existiría en caso de vivir absolutamente aislado. El individuo debe tener la educación y formación suficiente, así como disponer de información suficiente, como para saber qué parcela o porcentaje de privacidad está voluntariamente cediendo y a cambio de qué*”. (CARO, María Álvarez. **Derecho al olvido in internet: el nuevo paradigma de la privacidad en la era digital**. Madrid: Editorial Reus, 2015, p. 134)

<sup>651</sup> “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) hizo pública el 13 de mayo de 2014 una sentencia que establece, como ya venía aplicando la Agencia en sus resoluciones [...]”. (ESPANHA. Agencia Española de Protección de Datos. Derecho de supresión (“al olvido”): buscadores de internet. **Portal da AEPD**, Madrid, areas, internet, 13 maio 2014)

Google, Bing, Yahoo etc). Neste ponto, afirmavam os requerentes que, tais informações, por razões diversas, ao se perpetuarem indefinidamente na rede mundial de computadores, afetariam a dignidade da pessoa humana, a honra, a intimidade, dentre outros interesses legítimos<sup>652</sup>.

Ademais, a própria Agência Espanhola de Proteção de Dados Pessoais (AEPD) já noticiava o ocorrido nas memórias do ano de 2009<sup>653</sup>, sendo estas informações divulgadas anualmente no seu sítio eletrônico da internet. Assim, algumas reflexões naquela época eram repassadas aos cidadãos nesta espécie de cartilha com perguntas e respostas, como, p. ex., *“nuevas inquietudes: ¿Cómo desaparezco de una página web? ¿Tengo que resignarme a estar expuesto en internet? ¿Cómo ejerzo mi derecho al olvido?”*<sup>654</sup>

Com efeito, Pere Simón Castellano atribui às provocações dos cidadãos espanhóis, por intermédio de consultas formalizadas junto à AEPD, o principal vetor de uma postura proativa da Agência espanhola. Por outro lado, o órgão estatal também não permaneceu inerte, qual seja, *fue al empezar a dictar resoluciones singulares y atrevidas, incluso en perspectiva comparada, en las que se tutelaban los derechos de cancelación y oposición de*

---

<sup>652</sup> *“Más concretamente, los tratamientos de datos de carácter personal que realizan los gestores de los motores de búsqueda en Internet permiten que del nombre y apellidos se obtenga una lista de resultados que ofrezcan información sobre una persona que pueda afectar incluso al ámbito más reservado de su vida privada”*. (CASTELLANO, Pere Simón. **El Reconocimiento del derecho al olvido digital en España en la EU**. Efectos tras la sentencia del TJUE de mayo de 2014. 1. ed. Madrid: Bosch, 2015, p. 204)

<sup>653</sup> *“El mayor conocimiento de la normativa de protección de datos se ha traducido en una conducta más activa en el uso de los instrumentos de autoprotección contemplados en ella, como son el ejercicio directo de sus derechos ante quienes tratan su información personal. El ejercicio de derechos se ha incrementado cuantitativamente y, también, cualitativamente poniendo de manifiesto las nuevas inquietudes de los ciudadanos. El fuerte incremento de las reclamaciones ante la Agencia en solicitudes de tutelas de derecho se consolida e incrementa cerca de un 14% aproximándose a las 2.000 solicitudes. Mas significativo aun que este dato cuantitativo es el objeto de las reclamaciones planteadas que indican sus nuevas inquietudes. Las solicitudes de cancelación de los datos o de oposición al tratamiento de los mismos por los buscadores de Internet, aun no siendo muy numerosas en valores absolutos, se han incrementado en un 200%. Lo que revela que cada vez es mayor el interés mostrado por los ciudadanos para que no aparezcan sus datos personales en los índices que ofrecen los servicios de búsqueda en Internet a partir de los datos identificativos de una persona”*. (ESPAÑA. Agencia Española de Protección de Datos. **Memoria 2009**. Madrid: AEPD, 2010)

<sup>654</sup> *“Los ciudadanos se preguntan. ¿tengo que soportar estar expuesto en Internet? La respuesta es NO. De los casos planteados ante la AEPD, relacionados con la publicación de sus datos en ediciones digitales de diarios oficiales o medios de comunicación, destacan los siguientes: Publicación de sanciones administrativas ya cumplidas. Publicación por edictos de deudas vencidas. Sanciones disciplinarias a funcionarios de prisiones que afectan a su seguridad. Publicación de datos de una mujer y sus hijos menores, víctimas de violencia domestica que facilitan su localización para el cónyuge. Publicación en una página web que replica la edición electrónica de boletines oficiales de ayudas de exclusión social y desempleo. Publicación de indultos. Publicación en una página web que replica la edición electrónica de boletines oficiales de ayudas de exclusión social y desempleo. Publicación de indultos. En esta materia, las resoluciones dictadas por la AEPD van en la línea de exigir que se adopten las medidas necesarias para evitar la indexación de los datos de carácter personal. También ha habido que tener en cuenta las posibles acciones que los webmasters pudiesen adoptar encaminadas a hacer efectivo el derecho solicitado por el particular. Esta nueva inquietud se confirma por el incremento de preguntas formuladas al Servicio de Atención al Ciudadanos sobre cómo hacer para desaparecer de una página web”*. (ESPAÑA. Agencia Española de Protección de Datos. **Memoria 2009**. Madrid: AEPD, 2010)

los ciudadanos obligando a los motores de búsqueda a implementar medidas técnicas para evitar la indexación de los datos personales”<sup>655</sup>. Em outras palavras, houve de fato protagonismo de mão dupla: para os cidadãos, que provocavam o órgão estatal de forma adequada; e, por consequência, para a agência do Estado espanhol, na medida em que, proporcionalmente protagoniza de forma relevante, com decisões administrativas e ditando regulamentos inovadores sobre o assunto do *derecho al olvido*<sup>656</sup>.

Outrossim, a própria AEPD espanhola apresenta definição expressa em seu sítio eletrônico oficial sobre direito ao esquecimento (*derecho al olvido*), aduzindo:

**¿Qué es el ‘derecho al olvido’?** El denominado ‘derecho al olvido’ es la manifestación de los tradicionales derechos de y cancelación y oposición aplicados a los buscadores de internet. El ‘derecho al olvido’ hace referencia al derecho a impedir la difusión de información personal a través de internet cuando su publicación no cumple los requisitos de adecuación y pertinencia previstos en la normativa. En concreto, incluye el derecho a limitar la difusión universal e indiscriminada de datos personales en los buscadores generales cuando la información es obsoleta o ya no tiene relevancia ni interés público, aunque la publicación original sea legítima (en el caso de boletines oficiales o informaciones amparadas por las libertades de expresión o de información) (grifos nossos)<sup>657</sup>.

Por oportuno, extrai-se da definição ofertada pela entidade estatal precursora sobre direito ao esquecimento no mundo, alguns núcleos essenciais aplicáveis à era digital: (1) perspectiva *macro* do direito ao esquecimento, ao englobar no verbo “esquecer”, os respectivos verbos “cancelar” (*derecho de cancelación*) e “opor” (*derecho de oposición*). Nesta medida, a despeito de não estar formalmente presente, ora se acrescenta o verbo “retificar” (*derecho de rectificación*), como possível; (2) Direito oponível aos motores de busca na internet (p.ex., Google, Bing etc), ou seja, embora não sejam estes os responsáveis diretos pela confecção da informação na internet, trata-se de medida de extrema importância, o que redundará, posteriormente, em mais um núcleo para o direito ao esquecimento: “desindexar” (direito subjetivo à desindexação); (3) A informação a ser esquecida não deve conter interesse público relevante, ou, ora se acrescenta que, se já teve em tempos remotos, atualmente se trata de interesse predominantemente privado ou particular; (4) a publicação a

<sup>655</sup> CASTELLANO, Pere Simón. **El Reconocimiento del derecho al olvido digital en España en la EU**. Efectos tras la sentencia del TJUE de mayo de 2014. 1. ed. Madrid: Bosch, 2015, p. 206.

<sup>656</sup> “La AEPD ha señalado en innumerables ocasiones, desde la primera resolución de fecha de 2007, que los individuos no tienen que resignarse ni tienen que verse expuestos eternamente al tratamiento de sus datos personales, muchas veces contenidos en noticias del pasado que se mantienen perennes en la red, cuando las noticias o los hechos no tengan relevancia pública o no versen sobre un personaje público”. CASTELLANO, Pere Simón. **El Reconocimiento del derecho al olvido digital en España en la EU**. Efectos tras la sentencia del TJUE de mayo de 2014. 1. ed. Madrid: Bosch, 2015, p. 206.

<sup>657</sup> ESPANHA. Agencia Española de Protección de Datos. Derecho de supresión (“al olvido”): buscadores de internet. **Portal da AEPD**, Madrid, areas, internet, 13 maio 2014.

ser esquecida deverá ser legítima, ou seja, já se mencionou nesta pesquisa a condição *sine a quo non* para configuração do direito ao esquecimento, qual seja, o fato de se tratar de informação verdadeira e lícita, a ser excluída. Caso contrário, estaremos diante de outro esquadro jurídico com repercussões diversas, como, p. ex., *as fake news* também já mencionadas; (5) Por derradeiro, também se depreende uma necessidade premente: conjugar todos os verbos do direito ao esquecimento (esquecer, apagar, retificar, excluir, desindexar, cancelar, opor etc) à luz das liberdades comunicativas (liberdade de expressão, liberdade de imprensa, liberdade de informação, o que gera também o direito à informação etc).

Por conseguinte, a AEPD também esclarece que, o direito ao esquecimento, além do seu exercício perante o motor de buscas da internet (p.ex. Google, Bing etc), também poderá ser exercido perante o responsável da fonte original da informação. Neste ponto, parte da doutrina reconhece que, somente neste caso ter-se-ia propriamente o direito ao esquecimento, porquanto o primeiro caso (perante o buscador de conteúdo da internet) se trataria de mero caso de desindexação ou *deslisting* no *common law* do reino Unido, conforme pesquisado na seção anterior desta pesquisa.

Neste particular, esta pesquisa já refutou tal argumento por algumas vezes, por defender o modelo mais protetivo consignado pelo precedentalismo internacional já mencionado anteriormente<sup>658</sup>, embora tecnicamente tratem de coisas distintas<sup>659</sup>. Ademais, os motores de busca na internet são os principais responsáveis pela propagação indiscriminada das informações na era digital e, conseqüentemente, desconhecer tal magnitude, estar-se-ia esvaziando o conteúdo normativo-valorativo do direito ao esquecimento na internet. De qualquer sorte, o espectro protetivo europeu é o mais abrangente do mundo nesta matéria, protagonizado pelo modelo jurídico-administrativo espanhol<sup>660</sup>.

Com efeito, a configuração dos limites concretos do direito ao esquecimento na era digital, através de diversas resoluções da AEPD, se revela como uma notável experiência

---

<sup>658</sup> O precedente judicial *Mario Costeja González vs. Google* do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) é comumente citado como a gênese do direito ao esquecimento na era digital em virtude de sua repercussão mundial sobre o tema e sua importante fundamentação, pavimentando em definitivo a consolidação do *derecho al olvido* nos sistemas jurídicos diversos. Cf. UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça Europeu. **Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção)**, ECLI:EU:C:2014:317, Processo C-131/12, 13 maio 2014.

<sup>659</sup> Cf. seção 5.2.

<sup>660</sup> “*¿Puedo ejercerlo frente al buscador sin acudir previamente a la fuente original? Sí. Los motores de búsqueda y los editores originales realizan dos tratamientos de datos diferenciados, con legitimaciones diferentes y también con un impacto diferente sobre la privacidad de las personas. Por eso puede suceder, y de hecho sucede con frecuencia, que no proceda conceder el derecho frente al editor y sí frente al motor de búsqueda, ya que la difusión universal que realiza el buscador, sumado a la información adicional que facilita sobre el mismo individuo cuando se busca por su nombre, puede tener un impacto desproporcionado sobre su privacidad*” (grifos nossos). (ESPANHA. Agencia Española de Protección de Datos. Derecho de supresión (“al olvido”): buscadores de internet. **Portal da AEPD**, Madrid, areas, internet, 13 maio 2014)

jurídico-administrativa a espelhar diversos países do continente europeu, inclusive influenciando positivamente os avanços destacados no Reino Unido, principalmente Inglaterra e País de Gales, conforme estudado na seção anterior. Por outro lado, os ventos alvissareiros espanhóis ainda não se comunicaram com sistema jurídico do *common law* dos EUA, porquanto o *derecho al olvido* (*the right to be forgotten*) ainda é tratado com tamanha indiferença por força da primazia exacerbada à 1ª emenda da constituição norte-americana.

Nada obstante, Pere Simón Castellano adverte acertadamente que, *la generalización del derecho al olvido digital, y su aplicación discrecional, hubiese causado daños devastadores, de un lado, para las libertades informativas, y del otro, para la credibilidad de un sistema político por los crecientes casos de corrupción*<sup>661</sup>. De outra forma, assiste razão ao Autor, pois inexistente direito absoluto e, portanto, com a verdadeira intenção de se esconder interesses escusos particulares da sociedade em rede – políticos corruptos, pedófilos, narcotraficantes, estelionatários etc - pretende-se requerer em juízo ou administrativamente o direito ao esquecimento sob o pretexto de se estar a salvaguardar a dignidade humana, a privacidade ou o desenvolvimento da personalidade no contexto digital.

Por conseguinte, a pesquisa agora se debruça sobre o reconhecimento jurisprudencial e precedentista do *derecho al olvido* na Europa. Neste ponto, perquire-se o precedente judicial mais emblemático e relevante no mundo contemporâneo no que diz respeito ao direito ao esquecimento na era digital, qual seja, o caso *Google vs. Mario Costeja González*. Neste particular, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) o reconheceu como direito humano, atribuindo responsabilidade ao próprio Google (operador do motor de busca) quanto ao apagamento de dados pessoais. Nesta medida, reitera-se que, a decisão foi por deveras ampliativa e protetiva, pois engloba nitidamente dentro da doutrina do direito ao esquecimento o direito subjetivo à desindexação.

De imediato, retoma-se o conceito de precedente judicial nesta pesquisa acadêmica, já traçado em seções anteriores. Neste sentido, tem-se que, a resposta institucional dialógica, vocacionada a propor o diálogo entre o texto-de-norma e o fato (a realidade factual), diante das circunstâncias e das peculiaridades no momento da aplicação (*applicatio*), ocasionando ganho hermenêutico no caso-precedente, e, portanto, autorizado pela estabilidade, pela coerência e pela integridade impostas ao sistema jurídico a se transplantar o DNA de fato (elemento do DNA do direito) para o caso *sub examine* (caso-posterior). Ademais, mister o reconhecimento prévio da *ratio decidendi* do precedente, qual seja, o substrato jurídico-fático

---

<sup>661</sup> CASTELLANO, Pere Simón. **El Reconocimiento del derecho al olvido digital en España en la EU.** Efectos tras la sentencia del TJUE de mayo de 2014. 1. ed. Madrid: Bosch, 2015, p. 220.

que será realmente enviado ao caso posterior, assim como os *obiter dicta*, isto é, as razões acessórias que não incidiram diretamente na resolução do caso concreto.

Neste sentido, sobre o caso *Google vs. Mario Costeja González*, a investigação nesta seção perquire elementos de fundamentação e justificação, de coerência e de integridade junto ao sistema jurídico europeu, porquanto o espectro eminentemente fático já foi relatado em seções anteriores desta pesquisa<sup>662</sup>. Nesta esteira, tem-se que o caso somente chegou ao Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) por causa de questão prejudicial suscitada pela Justiça Espanhola, qual seja, a Audiência Nacional, tribunal superior localizado em Madrid<sup>663</sup>.

Desta maneira, os recursos à Audiência Nacional espanhola do *Google Spain* e *Google Inc.* em face do inconformismo com a decisão procedente da Agência Espanhola de Proteção de Dados (AEPD) esbarravam em 03 (três) questões prejudiciais, que, *a priori*, precisariam ser decididas pela Corte de Justiça Europeia (TJUE): (1) Se a Diretiva de Proteção de Dados 95/46/CE (atualmente revogada pelo Regulamento EU 2016/679)<sup>664</sup>, seria aplicável aos mecanismos de busca na internet, p. ex., o Google; (2) Se a legislação da comunidade europeia aplicável ao *Google Spain* poderia igualmente alcançar o trânsito de informações por meio de servidores localizados na empresa-matriz nos EUA<sup>665</sup>; (3) Se o indivíduo teria o direito subjetivo ao esquecimento, ou, de outra forma, o direito de requerer a exclusão definitiva dos seus dados pessoais (ou torná-los inacessíveis) em sites de buscas de empresas de pesquisas de informação na internet.

Após o recebimento e processamento no TJUE, no ano de 2013, para cada processo são nomeados um juiz-relator e um advogado-geral, devendo este último assistir ao Tribunal de Justiça, com a missão de propor, com toda a independência e imparcialidade, uma solução jurídica nos processos que lhe são atribuídos. Por sua vez, as conclusões do Advogado-Geral,

<sup>662</sup> Cf. seção 5.2.

<sup>663</sup> “*La Audiencia Nacional tiene su sede en Madrid y es un órgano jurisdiccional único en España con jurisdicción en todo el territorio nacional, constituyendo un Tribunal centralizado y especializado para el conocimiento de determinadas materias que vienen atribuidas por Ley. Fue creada en virtud de Real Decreto Ley 1/1977 (BOE de 5 de enero de 1977)*”. (ESPAÑA. Poder Judicial. Audiencia Nacional. **Portal do Consejo General del Poder Judicial**, Madrid, 9 fev. 2019)

<sup>664</sup> UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016 relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). **Jornal Oficial da União Europeia**, I (Atos legislativos), 4 maio 2016, L 119/1-88.

<sup>665</sup> Importante registrar que, “[...], em fevereiro de 2010, Mario Costeja entra em contato com a empresa *Google Spain*, requerendo que fosse modificado o seu sistema de buscas, de modo a desvincular o registro do seu nome da notícia publicada pelo *La Vanguardia*. A filial espanhola do Google, contudo, negou a sua responsabilidade pelas publicações prejudiciais realizadas pelo jornal, alegando que o sistema de buscas da Google seria operado exclusivamente pela matriz da empresa localizada nos Estados Unidos da América, e que a filial teria apenas a atribuição de prestar serviços de publicidade”. (SARLET, Ingo Wolfgang; FERREIRA NETO, Arthur M. **O direito ao “esquecimento” na sociedade da informação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 97-98)



por parecer jurídico, não vinculam o TJUE, sendo-lhe consultado somente quando o Tribunal entender que o processo suscita novas questões de direito<sup>666</sup>.

Neste contexto, o parecer do Advogado-Geral no caso *Google vs. Mario Costeja González* foi favorável em parte ao pleito do *Google Spain* e *Google Inc.*, fundamentando que, as ferramentas de busca de conteúdo da internet não são, em regra, juridicamente responsáveis pelo conteúdo disponibilizado, porquanto não exercem de fato o controle dos dados informados nos resultados de pesquisa<sup>667</sup>. Neste particular, apenas direcionariam a pesquisa a outros provedores, inexistindo qualquer direito subjetivo a esta pretensão. Neste ponto, Pere Simón Castellano registra que, “*se señalaba precisamente los efectos perjudiciales para las libertades informativas que se podrían producir en caso de atribuir responsabilidad per se al buscador en el ejercicio de esa función neutral, cuando la información enlazada contiene datos personales que han sido legítimamente o lícitamente publicados en origen*”<sup>668</sup>.

Por outro lado, adverte-se que, o Advogado-Geral atribuiu aos motores de busca na internet a responsabilidade pelos conteúdos indexados apenas quando não respeitam os códigos de exclusão utilizados pelos editores da página da *Web* ou não se atualiza seu cachê ou memória oculta<sup>669</sup>. De fato, essa interpretação do Parecerista se encaixa muito mais com o

<sup>666</sup> “Para além dos 28 juízes, integram o Tribunal de Justiça onze advogados-gerais, designados de comum acordo pelos governos dos Estados-Membros, após consulta de um comité encarregado de dar parecer sobre a adequação dos candidatos propostos ao exercício das funções em causa. Os seus mandatos são de seis anos, renováveis. São escolhidos de entre pessoas que ofereçam todas as garantias de independência e tenham a capacidade requerida para o exercício, nos respetivos países, de altas funções jurisdicionais ou com reconhecida competência. Com base nas conclusões do advogado-geral, o coletivo de juízes delibera e profere o seu acórdão. Desde 2003, o advogado-geral só deve redigir conclusões se o Tribunal considerar que o processo suscita novas questões de direito. Nos processos pendentes no Tribunal de Primeira Instância, não existem conclusões de um advogado-geral”. (ADVOGADO-Geral (do TJUE). **Euroogle**, Dicionário de Termos Europeus, out. 2017)

<sup>667</sup> “Em segundo lugar, no que respeita à posição legal da Google enquanto prestador do serviço de motor de pesquisa na Internet, o advogado-geral Jääskinen recorda que, quando a diretiva foi adotada em 1995, a Internet e os motores de pesquisa eram um fenómeno novo e de que o seu desenvolvimento atual não foi previsto pelo legislador comunitário. Considera que a Google não deve em geral ser considerada “responsável pelo tratamento” pelo tratamento dos dados pessoais que são exibidos nas páginas web que trata, que, segundo a diretiva, é responsável pela observância com as regras em matéria de proteção de dados. Com efeito, o fornecimento de uma ferramenta de localização de informação não implica um controlo sobre o conteúdo. Nem sequer permite ao prestador do serviço de motor de pesquisa na Internet distinguir entre dados pessoais na aceção da diretiva, ou seja, relativos a uma pessoa singular viva identificável, e outros dados. No entender do advogado-geral, o prestador do serviço de motor de pesquisa na Internet não pode, em termos jurídicos ou de facto, assumir as obrigações de responsável pelo tratamento previstas na diretiva em relação aos dados pessoais contidos nas páginas-fonte que figura em páginas web armazenadas nos servidores de terceiros”. (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. **Comunicado de Imprensa nº 77/13**. Conclusões do advogado-geral no processo C-131/12 Luxemburgo: TJUE, 25 jun. 2013)

<sup>668</sup> CASTELLANO, Pere Simón. **El Reconocimiento del derecho al olvido digital en España en la EU**. Efectos tras la sentencia del TJUE de mayo de 2014. 1. ed. Madrid: Bosch, 2015, p. 266.

<sup>669</sup> “Por conseguinte, a autoridade nacional de proteção de dados só pode exigir que um prestador do serviço de motor de pesquisa na Internet remova informação do seu índice nos casos em que este prestador de serviços não tenha respeitado os códigos de exclusão ou tenha ignorado o pedido de

sentido da arquitetura de rede, atribuindo a responsabilidade pelos danos causados àqueles que têm um poder real e efetivo sobre os dados pessoais, seja o editor do site de origem ou o mecanismo de pesquisa (Google, p. ex.), quando este último não estiver em conformidade com os protocolos de exclusão usados pelo primeiro.

De qualquer forma, a decisão do TJUE, neste ponto registrado por último do Advogado-Geral, foi lacunosa ou omissa do ponto de vista de ganho hermenêutico ao presente caso, pois não valorou em nenhum momento aspectos jurídico-fáticos quanto à publicação de origem (do editor do site originário), limitando-se a justificação sob a ótica dos motores de busca de conteúdo da internet. Ressalta-se, por oportuno, que, realmente as 03 (três) questões prejudiciais suscitadas pela Assembleia Nacional ao TJUE não eram explícitas quanto a isto, mas se entende que, o TJUE poderia ter trazido maior uniformidade, coerência e integridade ao sistema jurídico comunitário. Nesta esteira, há crítica substancial da doutrina sobre tal desiderato, à qual se comunga, que, “*exonerar de responsabilidad al editor de la página web fuente, en este supuesto, mientras se atribuyen las consecuencias legales a un intermediario neutral, como es el buscador, no responde a ninguna clase de lógica jurídica e implica a todas luces una decisión tomada sin tener en cuenta la propia arquitectura red*”<sup>670</sup>.

Por conseguinte, reitera-se que, a argumentação restritiva do Advogado-Geral quando à inexistência de direito subjetivo autônomo – *derecho al olvido* – à luz da diretiva protetiva Diretiva de Proteção de Dados 95/46/CE também não subsistiu perante o TJUE<sup>671</sup>.

**atualização da memória cache emanado de um sítio Web.** Este cenário não parece ser pertinente no presente processo. Um eventual procedimento de «informação e de supressão» («*notice and take down procedure*») de hiperligações a páginas-fonte com conteúdos ilegais ou inadequados constitui matéria de responsabilidade civil do direito nacional baseada em fundamentos diferentes da proteção dos dados pessoais.” (grifos nossos). (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. **Comunicado de Imprensa nº 77/13**. Conclusões do advogado-geral no processo C-131/12 Luxemburgo: TJUE, 25 jun. 2013)

<sup>670</sup> “*al no entrar a valorar esta cuestión, se generan muchas dudas e interrogantes, desde la óptica de las garantías de los ciudadanos, respecto de la posibilidad de tutelar la protección de datos en los sistemas de búsqueda de las propias hemerotecas digitales y de los boletines oficiales, dando margen suficiente a las autoridades de protección de datos de los Estados miembros para que resuelvan estos problemas en el caso concreto, aunque sea de forma heterogénea*”. (CASTELLANO, Pere Simón. **El Reconocimiento del derecho al olvido digital en España en la EU**. Efectos tras la sentencia del TJUE de mayo de 2014. 1. ed. Madrid: Bosch, 2015, p. 267)

<sup>671</sup> “Em terceiro lugar, **a diretiva não prevê um direito genérico «de ser esquecido».** Tal direito não lhes pode assim ser oposto aos prestadores do serviço de motor de pesquisa com base na diretiva, mesmo interpretada de harmonia com a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Os direitos de retificação, apagamento e bloqueio de dados previstos na diretiva referem-se a dados cujo tratamento não cumpra o disposto na diretiva, nomeadamente devido ao caráter incompleto ou inexato desses dados. Não parece que seja isto que acontece no presente processo. A diretiva obriga os Estados-Membros a reconhecerem à pessoa em causa o direito de se opor em qualquer altura, por razões preponderantes e legítimas relacionadas com a sua situação particular, a que os dados que lhe dizem respeito sejam objeto de tratamento, salvo disposição em contrário do direito nacional. No entanto, o advogado-geral considera que a diretiva não prevê um direito genérico «de ser esquecido», no sentido de a pessoa em causa ter o direito de limitar ou de pôr termo à difusão de dados pessoais que considera prejudiciais ou contrários aos seus interesses. É possível que a responsabilidade subsidiária dos prestadores do serviço de motor de pesquisa ao

De fato, assiste razão à Corte Europeia, porquanto os dispositivos 12.b)<sup>672</sup> e 14.1a)<sup>673</sup> da antiga normativa protetiva já autorizavam este raciocínio. Assim, os cidadãos europeus gozam de uma faculdade subjetiva que os permite exigir dos gestores de motores de busca de conteúdo na internet a eliminação da lista de resultados que contêm dados pessoais do interessado. Neste ponto, incluem-se as informações legítimas, a pedido do interessado (leiam-se: lícitas e verídicas), ao passo que, teriam a obrigação de removê-las quando ilegítimas (leiam-se: antigas ou remotas; desproporcionais com as finalidades pretendidas; inadequadas etc).

Com efeito, a única argumentação vitoriosa do Advogado-Geral diz respeito à questão prejudicial suscitada pela Audiência Nacional espanhola ao TJUE, indagando-lhe se, a legislação da comunidade europeia aplicável ao *Google Spain*, também poderia alcançar o trânsito de informações por meio de servidores localizados na empresa-matriz nos EUA. Neste sentido, o TJUE decidiu de forma afirmativa, destacando-se o parágrafo 55, da STJUE:

Tendo em conta este objetivo da Diretiva 95/46 e a redação do seu artigo 4.º, n.º 1, alínea a), há que considerar que o tratamento de dados pessoais, realizado com vista às necessidades do serviço de um motor de busca como o Google Search, que é explorado por uma empresa sediada num Estado terceiro, mas que dispõe de um estabelecimento num Estado-Membro, é efetuado «no contexto das atividades» desse estabelecimento, se este se destinar a assegurar, nesse Estado-Membro, a promoção e a venda dos espaços publicitários propostos por esse motor de busca, que servem para rentabilizar o serviço prestado por esse motor<sup>674</sup>.

---

abrigo do direito nacional possa conduzir a obrigações que consistam no bloqueio do acesso a sítios web de terceiros com conteúdos ilegais, tais como páginas web que violem direitos de propriedade intelectual ou exibam informação difamatória ou criminosa. Em contrapartida, requerer aos prestadores do serviço de motor de pesquisa a eliminação de informação que entrou na esfera pública constituiria uma ingerência na liberdade de expressão do editor da página web. Em sua opinião, traduzir-se-ia em censurar o conteúdo publicado por um privado.” (grifos nossos). (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. **Comunicado de Imprensa nº 77/13**. Conclusões do advogado-geral no processo C-131/12 Luxemburgo: TJUE, 25 jun. 2013)

<sup>672</sup> “**DIREITO DE ACESSO DA PESSOA EM CAUSA AOS DADOS**. Artigo 12. “Direito de acesso”. Os Estados-membros garantirão às pessoas em causa o direito de obterem do responsável pelo tratamento: b) Consoante o caso, a retificação, o apagamento ou o bloqueio dos dados cujo tratamento não cumpra o disposto na presente directiva, nomeadamente devido ao carácter incompleto ou inexato desses dados; [...]”. (UNIÃO EUROPEIA. Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 24 de outubro de 1995 relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. **Jornal Oficial da União Europeia**, 23 nov. 1995, L 281/31-50)

<sup>673</sup> “**DIREITO DE OPOSIÇÃO DA PESSOA EM CAUSA**. Artigo 14. “Direito de oposição da pessoa em causa”. Os Estados-membros reconhecerão à pessoa em causa o direito de: a) Pelo menos nos casos referidos nas alíneas e) e f) do artigo 7º, se opor em qualquer altura, por razões preponderantes e legítimas relacionadas com a sua situação particular, a que os dados que lhe digam respeito sejam objeto de tratamento, salvo disposição em contrário do direito nacional. Em caso de oposição justificada, o tratamento efetuado pelo responsável deixa de poder incidir sobre esses dados; [...]”. (UNIÃO EUROPEIA. Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 24 de outubro de 1995 relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. **Jornal Oficial da União Europeia**, 23 nov. 1995, L 281/31-50)

<sup>674</sup> (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça Europeu. **Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção)**, ECLI:EU:C:2014:317, Processo C-131/12, 13 maio 2014, §55)

Sinteticamente, os elementos substanciais – justificação, coerência e integridade – deste emblemático precedente judicial imprimem alguns pontos fundamentais da sentença do TJUE, a título de *ratio decidendi*: (1) o operador de um motor de buscas na internet é responsável por remover as informações ou desindexá-las das listas de pesquisas, quando prejudiciais ao nome do requerente, mesmo quando as publicações sejam lícitas<sup>675</sup>. (2) os direitos relativos à exclusão de dados pessoais de um sistema de buscas prevalecem, em princípio, não só sobre o interesse econômico do operador do motor de busca mas também sobre o interesse desse público em encontrar a referida informação durante uma pesquisa sobre o nome dessa pessoa. O papel desempenhado por pessoa na vida pública, entretanto, a ingerência nos seus direitos fundamentais é justificada pelo interesse preponderante do referido público em ter acesso à informação em questão em virtude dessa inclusão especial<sup>676</sup>. (3) As regras europeias de proteção de dados alcançam o trânsito de dados em servidores localizados fora da comunidade europeia, desde que a respectiva empresa tenha filial ou subsidiária em país europeu, explorando economicamente a atividade de pesquisa de dados por meio da venda de espaços publicitários em seus sites<sup>677</sup>. (4) A atividade realizada pelas ferramentas de pesquisa na Internet está albergada pelo conceito de “tratamento de dados pessoais”, pois os algoritmos criados pelos técnicos do Google, p. ex., permitem a

---

<sup>675</sup> “§62. Com a sua segunda questão, alíneas c) e d), o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se os artigos 12.º, alínea b), e 14.º, primeiro parágrafo, alínea a), da Diretiva 95/46 devem ser interpretados no sentido de que, para respeitar os direitos previstos nestas disposições, o operador de um motor de busca é obrigado a suprimir da lista de resultados exibida na sequência de uma pesquisa efetuada a partir do nome de uma pessoa as ligações a outras páginas *web*, publicadas por terceiros e que contêm informações sobre essa pessoa, também na hipótese de esse nome ou de essas informações não serem prévia ou simultaneamente apagadas dessas páginas *web*, isto, se for caso disso, mesmo quando a sua publicação nas referidas páginas seja, em si mesma, lícita”. (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça Europeu. **Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção)**, ECLI:EU:C:2014:317, Processo C-131/12, 13 maio 2014, §62)

<sup>676</sup> “§97. Na medida em que a pessoa em causa pode, tendo em conta os seus direitos fundamentais nos termos dos artigos 7.º e 8.º da Carta, requerer que a informação em questão deixe de estar à disposição do grande público através da sua inclusão numa lista de resultados deste tipo, há que considerar, como resulta, designadamente, do n.º 81 do presente acórdão, que esses direitos prevalecem, em princípio, não só sobre o interesse económico do operador do motor de busca mas também sobre o interesse desse público em encontrar a referida informação durante uma pesquisa sobre o nome dessa pessoa. No entanto, não será esse o caso se se afigurar que, por razões especiais como, por exemplo, o papel desempenhado por essa pessoa na vida pública, a ingerência nos seus direitos fundamentais é justificada pelo interesse preponderante do referido público em ter acesso à informação em questão em virtude dessa inclusão”. (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça Europeu. **Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção)**, ECLI:EU:C:2014:317, Processo C-131/12, 13 maio 2014, §97)

<sup>677</sup> “Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Grande Secção) declara: [...]. (2) O artigo 4.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva 95/46 deve ser interpretado no sentido de que é efetuado um tratamento de dados pessoais no contexto das atividades de um estabelecimento do responsável por esse tratamento no território de um Estado-Membro, na aceção desta disposição, quando o operador de um motor de busca cria num Estado-Membro uma sucursal ou uma filial destinada a assegurar a promoção e a venda dos espaços publicitários propostos por esse motor de busca, cuja atividade é dirigida aos habitantes desse Estado-Membro”. (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça Europeu. **Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção)**, ECLI:EU:C:2014:317, Processo C-131/12, 13 maio 2014)

identificação, a indexação automática, o armazenamento, assegurando aos usuários das ferramentas o acesso a dados postados na internet por terceiros. Neste ponto, os buscadores de conteúdo da internet por realizarem atividade de tratamento de dados podem ser responsabilizados de acordo com as regras protetivas da União Europeia<sup>678</sup>.

Neste contexto, destacam Ingo Sarlet e Arthur Ferreira Neto<sup>679</sup> especificamente sobre a desindexação, as razões fundamentais do julgado do TJUE: (1) todo indivíduo tem o direito subjetivo de proteção dos seus dados mediante a remoção de links que deem acesso a informações pessoais que, por sua vez, possam ser prejudiciais. Nesta pesquisa, vislumbra-se então uma dimensão subjetiva do direito ao esquecimento, que será abordada em seção posterior; (2) a desindexação será reconhecida mediante a análise caso a caso, procedendo-se ao balanceamento dos direitos fundamentais envolvidos, levando-se em conta a natureza da informação, o montante do prejuízo envolvido, bem como a relevância informativa e o interesse público; (3) De acordo com o TJUE, mesmo quando a informação originária segue sendo acessível, a indexação por meio de mecanismos de busca pode ser inadmissível, por razões diversas (particular afetação dos direitos da personalidade ou pela maior facilidade de acesso e difusão etc); (4) Há que se diferenciar a responsabilidade dos provedores de conteúdo e a responsabilidade das ferramentas de busca. Neste ponto, pode ser negado o direito ao apagamento das informações, mas, em contrapartida, deferido o direito à sua desindexação. No caso específico em análise - *Google vs. Mario Costeja González* – o TJUE não acolheu o pedido de apagamento formulado contra o periódico *La Vanguardia*, mas deferiu o pleito de desindexação em relação ao *Google Spain*, mantendo neste ponto a decisão tomada pela Agência Espanhola de Proteção de Dados (AEPD).

Em sentido contrário, destaca-se recente precedente judicial de 28 de junho de 2018 (*M.L e W.W vs. Germany*)<sup>680</sup>, oriundo da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH)<sup>681</sup>,

---

<sup>678</sup> “Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Grande Secção) declara: (1) O artigo 2.º, alíneas b) e d), da Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, deve ser interpretado no sentido de que, por um lado, a atividade de um motor de busca que consiste em encontrar informações publicadas ou inseridas na Internet por terceiros, indexá-las automaticamente, armazená-las temporariamente e, por último, pô-las à disposição dos internautas por determinada ordem de preferência deve ser qualificada de «tratamento de dados pessoais», na aceção do artigo 2.º, alínea b), quando essas informações contenham dados pessoais, e de que, por outro, o operador desse motor de busca deve ser considerado «responsável» pelo dito tratamento, na aceção do referido artigo 2.º, alínea d)”. (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça Europeu. **Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção)**, ECLI:EU:C:2014:317, Processo C-131/12, 13 maio 2014)

<sup>679</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FERREIRA NETO, Arthur M. **O direito ao “esquecimento” na sociedade da informação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 99-100.

<sup>680</sup> “Os recorrentes M. L e W. W foram condenados pela Justiça alemã pelo assassinato de um famoso ator (W. S.) em 1993. Tendo obtido liberdade condicional em 2007 e 2008, ajuizaram ação em face da emissora de rádio *Deutschlandradio* no Tribunal de Hamburgo, buscando resguardar seu anonimato quanto aos seus

que zela pela efetividade da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, vinculando uma série de países que não integram a União Europeia (p.ex., Turquia, Rússia, Croácia etc). Neste particular, houve entendimento diferente do TJUE, ou seja, considerou a CEDH que, os mecanismos de busca apenas amplificam a interferência na esfera da vida privada mediante o acesso às informações disponibilizadas pelas páginas na internet de amplo acesso ao público. Assim, prestigiou-se nesse caso a liberdade de expressão, pois se entendeu que, a remoção dos elementos de identificação dos reclamantes poderia malferi-la, ainda que a anonimização da notícia seja menos gravosa que a sua remoção em definitivo.

Nada obstante a aparente contradição, as razões substanciais dos precedentes judiciais do TJUE (*Google vs. Mario Costeja González*) e da CEDH (*M.L e W.W vs. Germany*) são diferentes. No caso primeiro, o TJUE levou em consideração a baixa relevância informacional e o respectivo interesse público mitigado em face de as peculiaridades do caso concreto (antigas dívidas já pagas de González perante a Seguridade Social). Por outro lado, a gravidade dos fatos e sua repercussão (assassinato de ator renomado) parecem ter influenciado decisivamente na ponderação realizada pela CEDH.

De qualquer sorte, Ingo Sarlet e Arthur Ferreira Neto<sup>682</sup> destacam que, não é possível traçar um quadro seguro e previsível quanto à posição de ambos os Tribunais em matéria de direito ao esquecimento, especialmente quanto aos seus limites e respectivos critérios para justificação de suas decisões judiciais. Eis, portanto, um caminho futuro a se percorrer, mormente diante do acompanhamento do comportamento da jurisprudência com o novo Regulamento de Proteção de Dados da União Europeia, vigendo desde 25 de maio de 2018.

---

dados pessoais e das informações que os vinculavam ao caso, disponíveis ao público na página da Internet da referida empresa de comunicação. De acordo com o Tribunal de Hamburgo, que acolheu o pleito, os requerentes teriam o direito de não serem mais confrontados com o seu passado, prevalecendo tal interesse sobre o direito de ser informado do público. Na sequência, chegando o caso ao Supremo Tribunal de Justiça da Alemanha (*Bundesgerichtshof - BGH*), este cassou a decisão do Tribunal de Hamburgo, entendendo que não teriam sido suficientemente levados em conta a liberdade de informação da emissora de rádio e o direito de acesso à informação de seus ouvintes. O Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht*), por sua vez, uma vez acionado, manteve a decisão do Supremo Tribunal de Justiça. Não satisfeitos com o resultado do seu périplo na esfera do sistema judiciário alemão, os autores dos processos originários recorreram à CEDH (2010), invocando violação do disposto no artigo 8º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, pelo fato de a Justiça alemã não ter interditado as empresas de comunicação social [...] de seguir divulgando em seus portais da Internet informações sobre seu julgamento e condenação sem preservação do seu anonimato, de modo a violar o seu direito à privacidade”. (SARLET, Ingo Wolfgang; FERREIRA NETO, Arthur M. **O direito ao “esquecimento” na sociedade da informação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 102-103)

<sup>681</sup> Diferentemente, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) zela pela aplicação do direito da União Europeia e da Carta Europeia de Direitos Fundamentais, limitando a sua jurisdição do ponto de vista territorial apenas aos países que integram a União Europeia. Neste particular, a solução dada em certos litígios pelo TJUE nem sempre se harmoniza com a decisão ofertada pela CEDH, até mesmo pela composição diferente de países e regramentos jurídicos.

<sup>682</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FERREIRA NETO, Arthur M. **O direito ao “esquecimento” na sociedade da informação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 102-103.

Por oportuno, registra-se que, o novo Regulamento europeu de proteção de dados - EU 2016/679 – que substituiu a antiga normativa à época do caso *Google vs. Mario Costeja González* (Diretiva 95/46/CE), reconheceu expressamente o direito ao apagamento dos dados. Neste particular, o “direito a ser esquecido” (*derecho al olvido*) foi formalmente consolidando pela via legislativa<sup>683</sup>, por influxos teórico-valorativos do precedente judicial do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE). Tem-se, portanto, no artigo 17 do novel Regulamento:

**Direito ao apagamento dos dados («direito a ser esquecido»)**

1.O titular tem o direito de obter do responsável pelo tratamento o apagamento dos seus dados pessoais, sem demora injustificada, e este tem a obrigação de apagar os dados pessoais, sem demora injustificada, quando se aplique um dos seguintes motivos:

- a) Os dados pessoais deixaram de ser necessários para a finalidade que motivou a sua recolha ou tratamento;
- b) O titular retira o consentimento em que se baseia o tratamento dos dados nos termos do artigo 6º, nº 1, alínea a), ou do artigo 9º, n] 2, alínea a) e se não existir outro fundamento jurídico para o referido tratamento;
- c) O titular opõe-se ao tratamento nos termos do artigo 21, nº 1, e não existem interesses legítimos prevalecentes que justifiquem o tratamento, ou o titular opõe-se ao tratamento nos termos do artigo 21, nº2;
- d) Os dados pessoais foram tratados ilicitamente;
- e) Os dados pessoais têm de ser apagados para o cumprimento de uma obrigação jurídica decorrente do direito da União ou de um Estado-Membro a que o responsável pelo tratamento esteja sujeito;
- f) Os dados pessoais foram recolhidos no contexto da oferta de serviços da sociedade da informação referida no artigo 8º, nº 1.

2.Quando o responsável pelo tratamento tiver tornado públicos os dados pessoais e for obrigado a apagá-los nos termos do n 1, toma as medidas que forem razoáveis, incluindo de caráter técnico, tendo em consideração a tecnologia disponível e os

<sup>683</sup> As ponderações legislativas do Parlamento Europeu para elaboração do novo Regulamento são deveras interessantes sobre o direito ao esquecimento (direito a ser esquecido), destacando-se inicialmente as considerações de número 65 e 156: “(65) [...] Os titulares dos dados deverão ter direito a que os dados que lhes digam respeito sejam retificados e o «**direito a serem esquecidos**» quando a conservação desses dados violar o presente regulamento ou o direito da União ou dos Estados-Membros aplicável ao responsável pelo tratamento. Em especial, os titulares de dados deverão ter direito a que os seus dados pessoais sejam **apagados** e deixem de ser objeto de tratamento se deixarem de ser necessários para a finalidade para a qual foram recolhidos ou tratados, se os titulares dos dados retirarem o seu consentimento ou se opuserem ao tratamento de dados pessoais que lhes digam respeito ou se o tratamento dos seus dados pessoais não respeitar o disposto no presente regulamento[...];” “(156) [...] Os Estados-Membros deverão ser autorizados a estabelecer, sob condições específicas e mediante garantias adequadas para o titular dos dados, especificações e derrogações dos requisitos de informação e direitos à retificação, ao apagamento dos dados pessoais, **a ser esquecido**, à limitação do tratamento e à portabilidade dos dados e de oposição aquando do tratamento de dados pessoais para fins de arquivo de interesse público, ou para fins de investigação científica ou histórica ou para fins estatísticos. As condições e garantias em causa podem implicar procedimentos específicos para o exercício desses direitos por parte do titular de dados, se tal for adequado à luz dos fins visados pelo tratamento específico a par de medidas técnicas e organizativas destinadas a reduzir o tratamento de dados pessoais de acordo com os princípios da proporcionalidade e da necessidade. O tratamento de dados para fins científicos deverá igualmente respeitar outra legislação aplicável, tal como a relativa aos ensaios clínicos [...]” (grifos nossos). (UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016 relativo à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Protecção de Dados). **Jornal Oficial da União Europeia**, I (Atos legislativos), 4 maio 2016, L 119/1-88)

custos da sua aplicação, para informar os responsáveis pelo tratamento efetivo dos dados pessoais de que o titular dos dados lhes solicitou o apagamento das ligações para esses dados pessoais, bem como das cópias ou reproduções dos mesmos<sup>684</sup>.

Desta forma, o referido Regulamento<sup>685</sup> não erige o direito de ser esquecido como direito absoluto, mencionando algumas situações que limitam o exercício deste direito. Neste sentido, o prolongamento da conservação dos dados pessoais deverá ser efetuado de forma lícita – afastando o exercício do direito ao esquecimento – quando: (1) se revele necessário para o exercício do direito de liberdade de expressão e informação; (2) para o cumprimento de uma obrigação legal, na forma do n.º 3, alínea “b”, do artigo 17 do Regulamento EU 2016/679; (3) para o exercício de funções de interesse público ou o exercício da autoridade pública de que está investido o responsável pelo tratamento; (4) por razões de interesse público no domínio da saúde pública, (5) para fins de arquivo de interesse público; (6) para fins de investigação científica ou histórica ou para fins estatísticos; (7) ou para efeitos de declaração, exercício ou defesa de um direito num processo judicial.

Com efeito, após o precedente judicial do caso *Google vs. Mario Costeja González* de grande repercussão, a empresa Google – a mais potente ferramenta de busca do mundo – passou a publicar as estatísticas relativas aos pedidos de remoção com similar fundamento e os respectivos informes relativos aos deferimentos administrativos sob seus critérios na plataforma *Transparency Report*<sup>686</sup>. Neste particular ressalta-se que, o TJUE estabeleceu aos cidadãos na União Europeia a possibilidade de se dirigir diretamente ao *Google*, assim como a

<sup>684</sup> (UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016 relativo à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Protecção de Dados). **Jornal Oficial da União Europeia**, I (Atos legislativos), 4 maio 2016, L 119/1-88)

<sup>685</sup> “Art. 17. [...] item 3. a) Ao exercício da liberdade de expressão e de informação; b) Ao cumprimento de uma obrigação legal que exija o tratamento prevista pelo direito da União ou de um Estado-Membro a que o responsável esteja sujeito, ao exercício de funções de interesse público ou ao exercício da autoridade pública de que esteja investido o responsável pelo tratamento; c) Por motivos de interesse público no domínio da saúde pública, nos termos do artigo 9.º, n.º 2, alíneas h) e i), bem como do artigo 9.º, n.º 3; d) Para fins de arquivo de interesse público, para fins de investigação científica ou histórica ou para fins estatísticos, nos termos do artigo 89, n.º 1, na medida em que o direito referido no n.º 1 seja suscetível de tornar impossível ou prejudicar gravemente a obtenção dos objetivos desse tratamento; ou e) Para efeitos de declaração, exercício ou defesa de um direito num processo judicial”. (UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016 relativo à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Protecção de Dados). **Jornal Oficial da União Europeia**, I (Atos legislativos), 4 maio 2016, L 119/1-88). Os n.º 1 e 2 não se aplicam na medida em que o tratamento se revele necessário.

<sup>686</sup> GOOGLE. Remoções da pesquisa em cumprimento da legislação europeia sobre privacidade. **Transparency Report**, Relatórios, Visão Geral, 14 abr. 2018.



outros motores de busca de conteúdo na internet, através de formulação para retirada de determinados resultados que, por sua vez, contenham dados pessoais dos reclamantes<sup>687</sup>.

Neste sentido, a empresa Google afirma expressamente no sítio eletrônico (*Transparency Report*)<sup>688</sup>:

Em uma decisão de maio de 2014, o Tribunal de Justiça da União Europeia considerou que os indivíduos têm o direito de solicitar que mecanismos de pesquisa, como o Google, removam determinados resultados de consultas com base no nome da pessoa. O mecanismo de pesquisa precisa obedecer às solicitações caso os links em questão sejam “inadequados, irrelevantes, não mais relevantes ou excessivos”, levando em consideração fatores de interesse público, incluindo o papel do solicitante na vida pública. As páginas serão removidas dos resultados somente em resposta a consultas relacionadas ao nome do indivíduo. Removeremos URLs de todos os resultados da pesquisa do Google na Europa, incluindo resultados de usuários na Alemanha, Espanha, França etc. Além disso, usaremos sinais de geolocalização para restringir o acesso ao URL do país do solicitante. [...].

**Avaliação de solicitações.** Todas as solicitações são avaliadas caso a caso. Em algumas situações, poderemos pedir mais informações. Nossos critérios foram cuidadosamente desenvolvidos de acordo com as diretrizes do Grupo de Trabalho do artigo 29. Após o envio por meio do nosso formulário da Web, as solicitações passam por uma revisão manual. Ao chegarmos a uma decisão, enviaremos um e-mail com a notificação do resultado. Se o conteúdo não for removido, forneceremos uma breve explicação

Por conseguinte, também se mencionam as razões pelas quais o conteúdo não é removido administrativamente pelo Google<sup>689</sup>: (1) a existência de soluções alternativas, razões técnicas ou URLs duplicados; (2) páginas com informações de forte interesse público. Neste ponto, afirma a empresa que, determinar se o conteúdo é ou não do interesse público é algo complexo e pode levar vários fatores em consideração: (2.1) se o conteúdo é relacionado à vida profissional do requisitante, a um crime cometido no passado, a um cargo político ou público; ou (2.2) se o conteúdo é de autoria do próprio requisitante, bem como documentos governamentais ou de natureza jornalística.

<sup>687</sup> “Ese examen o juicio de equilibrio lo deberán realizar los motores de búsqueda en el caso que los afectados decidan dirigirse a ellos en primer lugar. Si bien en caso de denegar la solicitud, los afectados seguirán teniendo vía libre para acudir a las autoridades de protección de datos de los Estados miembros y, en última instancia, a los tribunales, para que ponderen y decidan si procede en el caso concreto la desindexación solicitada”. (CASTELLANO, Pere Simón. **El Reconocimiento del derecho al olvido digital en España en la EU**. Efectos tras la sentencia del TJUE de mayo de 2014. 1. ed. Madrid: Bosch, 2015, p. 262)

<sup>688</sup> GOOGLE. Remoções da pesquisa em cumprimento da legislação europeia sobre privacidade. **Transparency Report**, Relatórios, Visão Geral, 14 abr. 2018.

<sup>689</sup> GOOGLE. Remoções da pesquisa em cumprimento da legislação europeia sobre privacidade. **Transparency Report**, Relatórios, Visão Geral, 14 abr. 2018.

Com efeito, em consulta realizada no sítio eletrônico<sup>690</sup> em 03 de janeiro de 2019, do universo de pedidos formulados por cidadãos europeus desde 28 de maio de 2014, o total de 1.103.244 URL's (Uniform Resource Locator) foram removidas administrativamente pela empresa Google, correspondendo a 44,1% do material total avaliado. Ademais, a empresa também permite a consulta específica de solicitações recebidas de indivíduos, inclusive por países<sup>691</sup>, afirmando que, “ao avaliar cada solicitação, o Google precisa considerar os direitos dos indivíduos e o interesse público no conteúdo. Removemos todas as informações que podem identificar indivíduos afetados pelo conteúdo destes exemplos, a fim de proteger suas identidades”<sup>692</sup>.

Diante do exposto, vislumbra-se que, o direito ao esquecimento tem como nascedouro jurídico-valorativo a Europa e o futuro deste direito parece estar se consolidando no âmbito da Comunidade Europeia. Neste ponto, os europeus parecem ter dado maior atenção à importante indagação, quer dizer, se “*tienen derecho las personas a cambiar su vida, sin que las persiga eternamente el fantasma de la información negativa de su pasado? Sí sua respuesta es positiva, entonces entenderá la importancia del derecho al olvido*”<sup>693</sup>.

Na próxima seção desta pesquisa acadêmica, dirige-se ao estudo do direito ao esquecimento na ordem jurídica civil-constitucional brasileira. Enfim, após as investigações no sistema jurídico do *common law* estadunidense e do Reino Unido, no sistema continental europeu, e, principalmente, no precedentalismo internacional da União Europeia, o objeto de estudo acadêmico fincará suas reflexões e conclusões no cenário brasileiro à luz da Constituição Federal de 1988 e legislação infraconstitucional correlata.

---

<sup>690</sup> GOOGLE. Remoções da pesquisa em cumprimento da legislação europeia sobre privacidade. **Transparency Report**, Relatórios, Visão Geral, 14 abr. 2018.

<sup>691</sup> “Portugal: Solicitação: Recebemos uma solicitação de um professor universitário para remover duas postagens em blogs que criticavam a decisão dele de implementar uma polêmica política de campus. Resultado: Não removemos as postagens do blog, porque o conteúdo estava relacionado à função pública do docente como professor universitário. Após receber um requerimento da Autoridade de proteção de dados de Portugal, reavaliamos o caso e removemos um URL do nosso serviço de pesquisas no país, com base na lei de difamação portuguesa, em vez de na lei de proteção de dados. Depois, recebemos uma ordem judicial da Autoridade de proteção de dados para remover o restante da postagem do blog. Cumprimos a ordem” (grifos nossos). (GOOGLE. Remoções da pesquisa em cumprimento da legislação europeia sobre privacidade. **Transparency Report**, Relatórios, Visão Geral, 14 abr. 2018)

<sup>692</sup> GOOGLE. Remoções da pesquisa em cumprimento da legislação europeia sobre privacidade. **Transparency Report**, Relatórios, Visão Geral, 14 abr. 2018.

<sup>693</sup> ANGARITA, Nelson Remolina. Derecho al olvido: avances, retrocesos y contradicciones en la jurisprudencia de la corte constitucional de Colombia. **Revista Latinoamericana de Protección de Datos Personales**, Buenos Aires, Número especial sobre derecho al olvido de internet. año II, n. 03, 2016, p. 156.

## 5.4 O direito ao esquecimento na ordem jurídica civil-constitucional brasileira

De início, uma vez consignado o direito ao esquecimento enquanto direito fundamental formal e material da ordem jurídica constitucional brasileira, faz-se *mister* a abordagem acadêmica sobre as suas dimensões subjetiva e objetiva. Neste ponto, a análise de a eficácia deste direito nas relações privadas se impõe, correlacionando-o com os demais direitos, garantias e liberdades fundamentais do sistema jurídico vigente.

Neste contexto, perquirir o texto-norma constitucional, as disposições normativas infraconstitucionais, bem como aspectos axiológicos destas normas, mostram-se relevantes nesta pesquisa em busca de seu objetivo principal, qual seja, a fundamentação jurídica civil-constitucional do direito ao esquecimento. Por outro lado, a teoria dos precedentes judiciais, já abordada em outras seções, será novamente acionada decisivamente para sua construção e consolidação jurídico-teórica pela via precedentalista.

Por derradeiro, além de caracterizar e fundamentar a existência de um direito, faz-se necessária a propositura de propostas prospectivas para sua consolidação no sistema jurídico vigente. Neste particular, entrará em cena o futuro do direito ao esquecimento no meio ambiente digital brasileiro, bem como a análise de seus limites e critérios de acordo com o Direito e seu premente intercâmbio com as novas tecnologias. Eis, portanto, as missões delineadas para as próximas seções.

### 5.4.1 As dimensões subjetiva e objetiva do direito fundamental ao esquecimento formal e material

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira no Brasil a utilizar as expressões “Direitos e Garantias Fundamentais” como nomenclatura aglutinadora de diversas outras espécies de direitos, quais sejam, os direitos (e deveres) individuais e coletivos, os direitos sociais, os direitos políticos, dentre outros. Nesta medida, tal expressão se constitui no gênero do qual diversos direitos outros são espécies, formando-se um conjunto normativo erigido pelo legislador constituinte dotado de força normativa potencializada, a espelhar formalmente e materialmente todo o restante do ordenamento jurídico.

Neste contexto, Ingo Sarlet<sup>694</sup> destaca que, a despeito de a opção expressa do legislador constituinte brasileiro (direitos e garantias fundamentais)<sup>695</sup>, seguem sendo

---

<sup>694</sup> “Não é, portanto, por acaso que a doutrina tem alertado para a heterogeneidade, ambiguidade e ausência de um consenso na esfera conceitual e terminológica, inclusive no que diz com o significado e conteúdo de cada

utilizadas no cenário jurídico nacional diversas outras expressões, tais como: “direitos humanos”; “direitos do homem”; “direitos subjetivos públicos”; “liberdades públicas”; “direitos individuais”; “liberdades fundamentais”; “direitos humanos fundamentais”, dentre outras. Por outro lado, não se desconhecem as diversas abordagens jurídico-filosóficas-sociológicas, dentre outras possíveis, cada uma destas expressões pode se oferecer, entretanto, o objetivo desta pesquisa cinge-se a uma divisão conceitual essencial: entre direitos fundamentais e direitos humanos.

Com efeito, trata-se das 02 (duas) expressões mais utilizadas e aceitas na doutrina e na jurisprudência, sendo que, o termo “direitos fundamentais” se aplica àqueles direitos reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional de determinado Estado, ao passo que, a expressão “direitos humanos” se relaciona aos documentos do direito internacional, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional<sup>696</sup>. De fato, pode-se afirmar que, todo direito fundamental é direito humano, entretanto, nem todo direito humano é direito fundamental (embora possa sê-lo no futuro). Em outras palavras, o direito humano pode ser um direito fundamental amanhã, de acordo com os mecanismos previstos pelos ordenamentos jurídico-constitucionais dos Estados.

Igualmente, Antônio Enrique Pérez Luño<sup>697</sup> dispõe que, grande parte da doutrina entende os direitos fundamentais como sendo aqueles direitos humanos positivados nas constituições estatais. Ademais, podem ser aqueles princípios que resumem a concepção de mundo (*weltanschauung*) e, conseqüentemente, informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico. Desse modo, considera o Autor os direitos fundamentais como

---

termo utilizado, o que apenas reforça a necessidade de se adotar uma terminologia (e de um correspondente conceito) única e, além disso, constitucionalmente adequada, no caso, a de direitos (e garantias) fundamentais”. (SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, 300)

<sup>695</sup> Cf. seção 3.4.

<sup>696</sup> “[...], importa deixar aqui devidamente consignado o sentido que atribuímos às expressões “direitos humanos” (ou direitos humanos fundamentais), compreendidos como direitos da pessoa humana reconhecidos pela ordem jurídica internacional e com pretensão de validade universal, e “direitos fundamentais”, concebidos como aqueles direitos (dentre os quais se destacam os direitos humanos) reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional. Da mesma forma, registra-se que não se cuida de noções reciprocamente excludentes ou incompatíveis, mas, sim, de dimensões cada vez mais relacionadas entre si, o que não afasta a circunstância de se cuidar de expressões reportadas a esferas distintas de posituação, cujas conseqüências práticas não podem ser desconsideradas”. (SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, 303)

<sup>697</sup> “*En todo caso, se puede advertir una cierta tendencia, no absoluta como lo prueba el enunciado de la mencionada Convención Europea, a reservar la denominación <derechos fundamentales> para designar los derechos humanos positivados a nivel interno, en tanto que la fórmula <derechos humanos> es la más usual en el plano de las declaraciones y convenciones internacionales*”. (PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, Estado de Derecho y constitución**. 10. ed. Madrid: Tecnos, 2010, p. 33)

resultantes das exigências da filosofia dos direitos humanos com sua incorporação normativa no direito positivo.

Por outro giro, Luiz Edson Fachin e Carlos Ruzyk,<sup>698</sup> ao propor a construção e crítica das fronteiras entre o público e o privado sob a principiologia centrada na dignidade da pessoa humana, destacam que, os direitos fundamentais não são tutelados apenas por conta de sua positivação constitucional. Se assim o fossem, o lugar da codificação estaria sendo ocupado por outro Código, mais amplo, consubstanciado na Constituição. Nesta medida, “*o direito é instrumento para uma racionalidade que o antecede: a que enfatiza a necessidade de servir à produção e à reprodução da vida e a dignidade. Antecede o jurídico uma dimensão ética, a ele indissociável, que lhe dá fundamento*”.

Robert Alexy<sup>699</sup>, por sua vez, no seu clássico e consagrado livro sobre a Teoria dos Direitos Fundamentais, ao discorrer sobre a Constituição Alemã de natureza mista material-

---

<sup>698</sup> “Por derradeiro, não se pode deixar de reconhecer que há limites de factibilidade impostos por unidades normativas sistematizadas que não se esgotam ao campo do Direito. Sem embargo, se é necessário conhecer esses limites, para que não se tenha a ilusão de que o direito é capaz, por si só, de solucionar os problemas que emergem da negação concreta da dignidade da pessoa humana, há que se ter em conta que, no campo de atuação do jurídico, há espaço para ações que, dialeticamente, possam alterar, pontual e continuamente, essas mesmas condições concretas de factibilidade. A capitulação a um modelo de direito excludente, meramente reprodutivo de uma racionalidade sistêmica excludente, é, por certo, a pior das alternativas. E de tal circunstância emergem duas privilegiadas testemunhas: o legado haurido do pretérito que ainda não se foi por completo e o porvir cuja definição não se presentificou por ora. O futuro nos dirá”. (FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, direito fundamentais e direito privado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 109-110)

<sup>699</sup> “O significado disso pode ser percebido a partir da contraposição entre dois modelos constitucionais extremos: o puramente procedimental e o puramente material. No *modelo puramente procedimental* a constituição contém apenas normas de organização e procedimento. Em relação à legislação, isso significa que a constituição não exclui diretamente nada como um possível conteúdo do direito positivo. Tudo o que for regularmente criado por meio do procedimento e da forma previstos é direito positivo. Uma constituição puramente procedimental pode ter uma influência apenas indireta no conteúdo daquilo que se toma direito positivo. Fala-se em uma influência indireta quando diferentes procedimentos, que, enquanto tais, não determinam os resultados, levam a diferentes resultados em face das circunstâncias existentes. Assim, a experiência demonstra que um direito eleitoral em três classes conduz a um conteúdo das leis distinto daquele que existiria em um cenário com um direito eleitoral igualitário. Não importa a forma como essa influência indireta possa ser avaliada; em um modelo puramente procedimental o conteúdo das leis é decisivamente definido pela vontade do legislador, pela sua racionalidade ou irracionalidade, bem como pelos limites de suas possibilidades de ação. Se se pressupõe que o legislador pode ter quaisquer características, então, o direito positivo poderá ter qualquer conteúdo. A esse modelo corresponde uma teoria dos direitos fundamentais segundo a qual os direitos fundamentais não têm nenhuma força vinculante em face do legislador; o legislador teria, portanto, a competência para restringi-los conforme sua vontade, por mais que a forma dessa restrição esteja previamente definida. Em uma tal teoria, a liberdade constitucional transformar-se-ia, nos termos de Jellinek, em uma “liberdade contra coações ilegais”, e a importância material dos direitos fundamentais seria reduzida a zero. O oposto de um modelo puramente procedimental é o *modelo puramente material*. Enquanto uma constituição que corresponda ao modelo puramente procedimental é algo possível, é duvidosa a possibilidade de uma constituição que corresponda ao modelo puramente material. Ainda assim, por razões sistemáticas, é interessante uma breve análise do modelo puramente material. Nesse modelo a constituição contém apenas normas materiais, a partir das quais pode ser derivado o conteúdo de qualquer norma do sistema jurídico, por meio de um método operacional qualquer. [...]. Sob essa constituição a tarefa da legislação limita-se à mera declaração daquilo que, de qualquer forma, já era devido em virtude da própria constituição. Aquilo que no modelo puramente procedimental deve ser solucionado por

procedimental, assevera sobre a existência da dupla *jusfundamentalidade*, isto é, no sentido formal ou procedimental e no sentido material ou substancial. A matriz formal ou procedimental *jusfundamental* diz respeito que, as normas de direitos fundamentais decorrem de sua posição no ápice da estrutura escalonada do ordenamento jurídico, como direitos que vinculam diretamente o legislador, o Poder Executivo e o Judiciário.

Por outro lado, sobre a perspectiva material *jusfundamental*, aduz Robert Alexy<sup>700</sup> que, as normas de direitos fundamentais são substanciais porque norteadoras para as tomadas de decisões sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade, independentemente do conteúdo que lhes é conferido. Neste sentido, quando se confere pouco conteúdo à norma de direito fundamental, conseqüentemente, muito se delega ao legislador, o que pode ser considerado como uma decisão indireta sobre o normativo estrutural do Estado e da sociedade. Assim, a *jusfundamentalidade* material ou substancial, por sua vez, decorre dos objetos regulados, p. ex., questões relativas à liberdade e à igualdade não são questões apenas de um ramo do direito, elas permeiam todos os ramos. Assim, a forma como elas são solucionadas em cada um desses diferentes ramos do direito não é, para esses ramos do direito, uma questão específica, mas, sim, uma questão fundamental.

Sobre o conceito específico de direito fundamental na ordem constitucional brasileira, Ingo Sarlet destaca a dupla *jusfundamentalidade* de Robert Alexy, bem como contempla a noção de abertura material do catálogo de direitos fundamentais, no sentido de rol inclusivo, conforme consagrado no artigo 5º, parágrafo 2º, da CF/88. Neste particular, conceitua o Autor<sup>701</sup> que, os direitos fundamentais são posições jurídicas concernentes às

---

meio de uma *decisão* no âmbito da constituição tem que ocorrer no modelo puramente material por meio de uma *cognição* de seu conteúdo”. (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 520-521)

<sup>700</sup> “A Constituição alemã não tem natureza nem puramente material nem puramente procedimental, mas uma *natureza mista material-procedimental*. Dentre seus componentes materiais estão, ao lado das normas de direitos fundamentais, os dispositivos sobre os objetivos do Estado; já o cerne de sua parte procedimental é formado pelas normas sobre o processo legislativo. [...]. O fato de uma constituição ter elementos procedimentais e materiais combinados entre si tem importantes conseqüências para todo o sistema jurídico. Isso significa que, ao lado dos conteúdos que, no sistema jurídico, são simplesmente *possíveis* em relação à constituição, há também conteúdos que são, também em relação à constituição, *necessários* ou *impossíveis*. O fato de as normas de direitos fundamentais estabelecerem os conteúdos constitucionalmente necessários e impossíveis para o sistema jurídico constitui o núcleo da fundamentalidade formal desses direitos. À fundamentalidade formal soma-se a *fundamentalidade substancial*”. (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 522)

<sup>701</sup> “Nesta perspectiva, é preciso enfatizar que, no sentido jurídico-constitucional, determinado direito é fundamental não apenas pela relevância do bem jurídico tutelado considerado em si mesmo (por mais importante que seja), mas especialmente pela relevância daquele bem jurídico na perspectiva das opções do constituinte, acompanhada da atribuição da hierarquia normativa correspondente e do regime jurídico-constitucional assegurado pelo constituinte às normas de direitos fundamentais”. (SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, 321)

peças físicas e jurídicas (perspectiva individual e transindividual), expressamente ou implicitamente integradas à constituição. Ademais, estas posições jurídicas foram retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos, assim como, “*todas as posições jurídicas que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparadas, tendo, ou não, assento na constituição formal*”.

Neste contexto, Ingo Sarlet e Arthur Ferreira Neto<sup>702</sup> compreendem o direito ao esquecimento enquanto categoria de direito humano, já consagrado no plano internacional, principalmente no modelo jurídico desenhado pela União Europeia; e categoria de direito fundamental, porquanto se estar diante de possível esfera de proteção jurídica que assume feição inovadora, no atual contexto da sociedade da informação e da era digital. Nesta esteira, enquanto direito fundamental, destacam os Autores o brilho maior atribuído ao sentido material do direito ao esquecimento. Por óbvio, não por causa de algum processo de positivação que tenha introduzido formalmente esse direito em um texto constitucional, mas, sim, por causa de alguma dimensão da experiência humana que poderia ser racionalmente justificada como indispensável para o pleno desenvolvimento moral e jurídico do indivíduo.

Neste sentido, a perspectiva material do direito fundamental ao esquecimento ganha maior envergadura em face de dois aspectos essenciais da experiência humana, já abordados de alguma forma nas seções anteriores desta pesquisa acadêmica, quais sejam: o tempo e a memória. Esta última, de feição dualista, pois se refere à capacidade do indivíduo de lembrar<sup>703</sup>, bem como à sua capacidade de esquecer<sup>704</sup>. Neste particular, na Era Digital, se

---

<sup>702</sup> “Além disso, diante dessa nova realidade social em que se identifica um fluxo incontrolável de informações sobre aspectos da vida privada do particular, as quais, teoricamente, poderão ser acessadas por qualquer um, de qualquer lugar do mundo e a qualquer tempo, surgem novas formas potenciais de violação a determinados direitos fundamentais, as quais agridem dimensões da formação, conservação ou da alteração de aspectos da personalidade e da identidade do particular. É, pois, dentro desse novo contexto social que surgem, principalmente na Europa, discussões judiciais (mesmo antes de uma profunda análise doutrinária) em que é invocado o chamado “direito ao esquecimento”, com o intuito de estabelecer limites no acesso público e na transmissão de dados pessoais dentro desse novel ambiente de irrestrita disponibilidade informacional”. (SARLET, Ingo Wolfgang; FERREIRA NETO, Arthur M. **O direito ao “esquecimento” na sociedade da informação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 118-119)

<sup>703</sup> “[...], esse novo ambiente de hiperconectividade cria uma contradição no que se refere à mudança no *status* que atribuímos à memória. Isso porque, de um lado, passamos a ter um contato imediato e perene com o passado, o que nos atribui uma nova sensação de sermos capazes de ver, organizar, armazenar e até deletar nossas memórias. No entanto, essa mesma sensação acaba nos tornando vulneráveis a uma memória sempre acessível e resgatável, de modo a tornar o indivíduo refém do seu passado. Isso acaba criando o fenômeno da ‘emergência’ de fatos passado, segundo o qual, diante do volume incontrolável de registros digitais de todos os aspectos de nossa vida diária, determinado evento que afetou a vida de alguém pode vir à tona repentinamente, fazendo emergir mais uma vez o passado no presente. E esse fenômeno acaba impedindo que o tempo exerça a sua função natural de corroer ocorrências pretéritas e de depreciar o valor original de eventos do passado, o que, em regra, sempre teve uma importante função estabilizadora, ao garantir aos indivíduos segurança e certeza de que o presente iria, gradualmente, se sobrepondo ao passado. Assim, na sociedade da hiperconexão, isso não mais ocorre, uma vez que a íntegra do passado é transformada em um presente digitalizado, pronto para nos assombrar, mas agora descontextualizado, confuso e eternamente

inverteu o paradigma de outrora, ou seja, a regra geral passou a ser a lembrança, pois as informações estão sempre disponíveis nas mídias digitais a qualquer momento, enquanto que, o esquecimento passou a ser a exceção. Por sua vez, o tempo (ou a noção dele) é algo exclusivamente de afetação aos seres humanos, pois os únicos capazes de perceberem e avaliarem conscientemente o seu transcurso. Desta maneira, as informações pretéritas e remotas, uma vez permanentemente vivificadas ou perpetuadas no ambiente digital podem afetar decisivamente o indivíduo em sua dimensão psíquica<sup>705</sup> e psicológica<sup>706</sup>, dentre outras.

Com efeito, uma das dificuldades enfrentadas para delimitação do conteúdo *jusfundamental* do direito ao esquecimento exige exatamente esclarecimentos sobre a ideia de fluência do transcurso do tempo em relação à informação pretérita à qual se pretende esquecê-la. Nesta esteira, algumas reflexões se impõem: quanto tempo é necessário para se definir se

---

indefinido”. (SARLET, Ingo Wolfgang; FERREIRA NETO, Arthur M. **O direito ao “esquecimento” na sociedade da informação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 44-45)

<sup>704</sup> “[...], essa perenidade da memória digital e a perda da nossa ‘capacidade de esquecimento’ acaba instaurando problemas de ineficiência e descontrole no manejo da informação. Ora, os economistas sempre defenderam com veemência que quanto melhor for a qualidade da informação, melhor tende a ser a tomada de decisão, o que, em regra, deveria aumentar o seu grau de eficiência. Essa constatação até pode ser verdadeira em geral e quando pensada a curto prazo. No entanto, o excesso na exposição ilimitada de dados sobre o seu próprio passado acaba, em contrapartida, expondo o indivíduo – e a sociedade como um todo – a consequências paralelas que podem ser negativas e indesejadas. Isso porque a memória digital perfeita – que nos obriga a sempre lembrar de nosso passado, numa espécie de ‘imortalidade informacional’ – cria um dever de filtrar, selecionar, ordenar e interpretar um volume estrondoso de informação, com todos os custos e gastos de energia envolvidos nessa empreitada, consequências essas que a antiga tendência ao esquecimento gradual acaba evitando”. (SARLET, Ingo Wolfgang; FERREIRA NETO, Arthur M. **O direito ao “esquecimento” na sociedade da informação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 45)

<sup>705</sup> “[...], no que tange ao direito ao esquecimento, mostra-se relevante prioritariamente o aspecto psíquico do transcurso do tempo, principalmente no que se refere ao impacto que esse exerce na memória do indivíduo ou da coletividade por força da lembrança presente dos fatos já ocorridos. Esse, portanto, o ponto de conexão do tempo com a memória. [...]. Nesse ponto, merece referência o interessante apontamento de Nietzsche, segundo o qual uma pessoa que não possuísse a capacidade de esquecer nada (ou sejam que lembrasse de todos os detalhes da sua vida) estaria condenada a ver e rever, em todos os lugares, a manifestação do ser, tornando-se assim um sujeito incapaz de agir, ficando estagnado ‘sem conseguir levantar um dedo’. Isso significa reconhecer que a habilidade de esquecer representa, em verdade, um traço essencialmente humano, o qual deve – em algum grau – receber proteção social e jurídica, especialmente considerando os avanços tecnológicos experimentados atualmente que modificam a nossa forma de interação e convivência. Com efeito, o ato de esquecer é tão ou mais indispensável ao ser humano que o ato de lembrar, pois somente com o esquecimento – parcial e gradual – do conhecimento retido pelo indivíduo e pela sociedade é que se permitirá estabilizar a vida presente em relação ao seu passado”. (SARLET, Ingo Wolfgang; FERREIRA NETO, Arthur M. **O direito ao “esquecimento” na sociedade da informação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 36 e 38). O Autor se refere no texto ao pensamento de Nietzsche, citando que: “esquecer é necessário para todas as atividades, da mesma forma como a escuridão, assim como a luz, são necessárias para todos os organismos” (NIETZSCHE, Friedrich. **Vom Nutzen und Nachteil der historie für das Leben**. Alemanha: Hofenberg, 2016).

<sup>706</sup> “Importante ressaltar que Agostinho apenas enfrenta uma das dimensões do tempo, qual seja, a dimensão psicológica, p. ex., a apreensão sensitiva da experiência temporal na mente humana. Teríamos ainda a dimensão ontológica, que analisa o tempo como categoria metafísica, sobre a qual se especula em termos universais, e a dimensão naturalística, que avalia e mensura a mudança a que se submetem os objetos físicos”. (SARLET, Ingo Wolfgang; FERREIRA NETO, Arthur M. **O direito ao “esquecimento” na sociedade da informação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 35-36). O Autor se refere no texto à obra de AGOSTINHO. **Confissões**. 23 ed. São Paulo: São Francisco, 2008.



um determinado acontecimento pretérito já exauriu sua relevância social ou as suas potencialidades informativas? De outra forma, quanto tempo é necessário para se avaliar aspectos intrínsecos dos estados mentais dos indivíduos, a fim de se verificar em que medida a contínua exposição pública de determinado evento causa-lhe um abalo diferenciado, não tolerado pelo direito?

Decerto, as respostas serão tópicas, pontuais, pessoais, mediante percuciente análise das circunstâncias e peculiaridades caso-a-caso, entretanto, há uma constatação inequívoca: a delimitação teórico-valorativa do conteúdo fundamental do direito ao esquecimento não poderá se operar por meio de esquadro e régua, à luz das ciências exatas, porquanto os elementos metajurídicos imbricados acabam por imprimir-lhe uma determinada parcela de abstratividade, por maior que seja o rigor científico empreendido.

Por conseguinte, o direito fundamental ao esquecimento em sentido material, além destes dois aspectos essenciais acerca do tempo (reflexões do homem sobre a percepção do transcurso do tempo) e da memória (capacidade do homem de lembrar e de esquecer), também se justifica no direito brasileiro e estrangeiro em relação a dois outros aspectos, como: (1) dimensão específica da dignidade humana<sup>707</sup> e (2) direito geral da personalidade (ou ao livre desenvolvimento da personalidade)<sup>708</sup>. Eis, portanto, um quadro materialmente *jusfundamental* bem desenhado para o direito ao esquecimento, e, aproveitando-se da lição pretérita de Robert Alexy, se trata de direito fundamental em sentido material, pois norma substancial norteadora para a tomada de decisão sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade, independentemente do conteúdo (ou de sua extensão) que lhe é conferido.

Por consequência, demonstrado o direito ao esquecimento enquanto direito fundamental em sentido material, também se implica em reconhecê-lo, protegê-lo e promovê-lo em sentido formal, ainda que, na condição de direito fundamental implicitamente

---

<sup>707</sup> “**Enunciado:** A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. **Justificativa.** Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribuí a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados”. (BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado 531**. Brasília, DF: CJF, 5 abr. 2013)

<sup>708</sup> “O mesmo ocorre com o direito geral de personalidade ou livre desenvolvimento da personalidade, que, a despeito de se tratar de uma cláusula geral inclusiva de direitos especiais de personalidade não específica e expressamente enunciados num texto jurídico (constitucional ou infraconstitucional, como ocorre com o Código Civil) não dispensa uma fundamentação, consistente do ponto de vista argumentativo e com suporte no sistema normativo no que diz com quais são tais direitos implicitamente cobertos pelo direito geral de personalidade (por sua vez fundado na dignidade da pessoa humana e no direito geral de liberdade) e, além disso, qual o conteúdo (âmbito de proteção) e limites”. (SARLET, Ingo Wolfgang; FERREIRA NETO, Arthur M. **O direito ao “esquecimento” na sociedade da informação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 48)

positivado, quer seja no direito internacional dos direitos humanos, quer seja no direito constitucional interno dos Estados. Conforme visto em seções anteriores, este entendimento não ocorre uniformemente nos diversos sistemas jurídicos, tendo encontrado maior guarida no sistema jurídico *do civil law*, na União Europeia e, por conseguinte, maiores dificuldades na tradição jurídica da *common law*, principalmente no modelo norte-americano.

De outro giro, Ronald Dworkin<sup>709</sup> apresenta a teoria dos direitos individuais em sentido formal enquanto *trunfos políticos* dos indivíduos, pois não indica especificamente quais os direitos as pessoas têm, tampouco garante que, de fato, elas tenham algum. A despeito disto, esta teoria não lhes pressupõe alguma característica metafísica especial, se referindo a duas formas de direitos políticos (*trunfos*): (1) direitos preferenciais (*background rights*), considerados abstratamente, prevalecem contra as decisões tomadas pela comunidade ou sociedade como um todo; (2) direitos institucionais mais específicos, que prevalecem contra as decisões tomadas por uma instituição específica. Neste ponto, seriam os direitos jurídicos uma espécie particular de um direito político (*trunfo*), ou seja, um direito institucional a uma decisão de um tribunal na sua função judicante.

Neste sentido, o direito fundamental ao esquecimento em sentido formal se trata de um *trunfo* contra as decisões políticas majoritárias, considerando-se precipuamente a relação jurídica entre indivíduo-Estado. Dito de outra forma, um *trunfo* contra a tomada de decisão sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade, conforme a lição de Robert Alexy. Em síntese conclusiva, conjugando-se Alexy e Dworkin, tem-se que: enquanto direito fundamental em sentido material, este *trunfo* se trata de norma substancial a nortear, a conformar e a iluminar esta tomada de decisão referida. Por sua vez, enquanto direito fundamental em sentido formal, se constitui o *trunfo* como escudo protetor individualmente considerado, diante da decisão majoritariamente estabelecida.

---

<sup>709</sup> “Os indivíduos têm direitos quando, por alguma razão, um objetivo comum não configura uma justificativa suficiente para negar-lhe aquilo que, enquanto indivíduos, desejam ter ou fazer, ou quando não há uma justificativa suficiente para lhes impor alguma perda ou dano. [...], o positivismo jurídico é a teoria segundo a qual os indivíduos só possuem direitos jurídicos na medida em que estes tenham sido criados por decisões políticas ou práticas sociais expressas. Essa teoria é criticada [...] como uma teoria conceitual inadequada do direito. [...] sugere-se uma teoria conceitual alternativa que mostra como os indivíduos podem ter outros direitos jurídicos além daqueles criados por uma decisão ou prática expressa, isto é, que eles podem ter direitos ao reconhecimento judicial de suas prerrogativas, mesmo nos casos difíceis, quando não exijam uma decisão em favor de uma ou outra parte. [...] estabelece-se uma ponte entre a parte normativa e a parte conceitual da teoria alternativa. Oferece uma teoria normativa da decisão judicial que enfatiza a distinção entre argumentos de princípio e argumentos de política e defende a tese de que as decisões judiciais baseadas em argumentos de princípio são compatíveis com os princípios democráticos. [...] aplica-se essa teoria normativa da atribuição judicial de direitos aos casos centrais e politicamente importantes do ajuizamento constitucional de direitos. Utiliza a teoria para criticar o debate entre o que é chamado de ativismo e de comedimento em direito constitucional e defende a justeza da revisão judicial limitada a argumentos de princípio, mesmo nos casos politicamente controversos”. (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. XV-XVI)

Por outro lado, na relação jurídica entre indivíduos e terceiros (outros particulares), a existência de um *trunfo político* (p.ex., direito ao esquecimento) significa uma individualizada e concretizada posição de autonomia e liberdade conferidas pelo Estado de Direito. Este, por sua vez, está igualmente vinculado a proteger contra ameaças ou lesões oriundas destes outros particulares (p.ex., o Google), a despeito que esses (p.ex., motores de busca de conteúdo) possam a estar formando uma maioria, ou quando os indivíduos (titulares do direito ao esquecimento), nas relações estabelecidas frente a outros particulares (p.ex., motores de busca de conteúdo), estejam sujeitos a uma relação de poder assimétrica (de natureza diversa, p. ex., econômica, tecnológica etc).

No caso específico brasileiro, a qualificação do direito ao esquecimento enquanto direito fundamental em sentido formal (ainda que implícito) lhe conferiria algumas garantias qualificadas: (1) limites formais e materiais, especialmente as cláusulas pétreas do artigo 60, §4º, CF/88, tornando-os indisponíveis ao alcance dos poderes constituídos; (2) parte integrante da constituição escrita, situando-se no ápice do ordenamento jurídico, com força normativa potencializada; (3) normas diretamente aplicáveis, vinculando de forma imediata entidades públicas e privadas<sup>710</sup> (art. 5º, §1º, CF/88); (4) a possibilidade de enquadramento por força da abertura material do catálogo constitucional, de acordo com o artigo 5º, §2º, CF/88.

Quanto à dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, Antonio Enrique Pérez Luño<sup>711</sup> afirma que, a depender do momento histórico, podem existir noções de direitos fundamentais e de direitos subjetivos que se atraem ou se repelem. Neste ponto, refere-se o Autor, p. ex., ao fato de que, historicamente, a teoria dos direitos subjetivos se trata de uma

---

<sup>710</sup> “Tal modo de compreender o fenômeno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, [...], corresponde ao entendimento prevalente dos órgãos jurisdicionais brasileiros, destacando-se aqui, a despeito da existência de importantes decisões do STJ e de outros tribunais, o papel do STF, que, em vários casos, acabou reconhecendo a existência de uma eficácia (até mesmo direta) dos direitos fundamentais na esfera das relações privadas. Embora não se possa falar na existência, por ora, de uma espécie de ‘doutrina jurisprudencial’ consistente e dominante, a exemplo da que foi desenvolvida pela Suprema Corte norte-americana (no caso da assim designada *statute action doctrine*) ou pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, ainda que, neste caso, adotando a tese da eficácia indireta ou mediata, é preciso registrar ter ocorrido significativa evolução, especialmente na esfera do STF. Com efeito, em decisão relativamente recente, em especial no que diz com o alentado voto proferido pelo Min. Gilmar Mendes, a partir de aportes dogmáticos tanto de inspiração norte-americana, quanto alemã, bem como com sustentação da doutrina nacional, o STF, por maioria, reconheceu, na esteira de decisão similar anterior, a incidência, em relação a uma entidade privada, do princípio-garantia do devido processo legal e da ampla defesa, precisamente no que diz respeito ao afastamento compulsório de associado da entidade”. (SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, 378-379)

<sup>711</sup> “*La propia imprecisión de la figura del derecho subjetivo, objeto de una abierta impugnación por parte del realismo escandinavo y la doctrina kelseniana, indica la dificultad que existe también aquí para perfilar nítidamente las relaciones de esta noción con la de los derechos humanos*”. (PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, Estado de Derecho y constitución**. 10. ed. Madrid: Tecnos, 2010, p. 33)

construção do pensamento jurídico-burguês, almejando a sua vinculação à teoria dos direitos fundamentais com a finalidade de situar o livre desfrute da propriedade privada ao nível do direito constitucional positivo, isto é, fora do alcance dos poderes constituídos e do ordenamento jurídico-legal. Neste sentido de aproximação *jusfundamental*, tem-se a sua dimensão subjetiva como sendo, “*facultad de obrar reconocida a la voluntad de los particulares, [...], son expresión de todos los atributos de la personalidad, [...] directamente relacionados con las facultades de autodeterminación del individuo*”.

Por outro lado, ressalta Antonio Enrique Pérez Luño<sup>712</sup> a noção de direito subjetivo em seu significado estritamente técnico, jurídico-positivo, se tratando “*prerrogativas establecidas en conformidad a determinadas reglas y que dan lugar a otras tantas situaciones especiales y concretas en provecho de los particulares, ambos términos no se identifican*”. Em outras palavras, em síntese conclusiva, pode-se afirmar que, todos os direitos fundamentais possuem uma dimensão subjetiva, embora nem todos os direitos subjetivos do indivíduo sejam materialmente (e formalmente considerados) direitos fundamentais diante dos ordenamentos jurídicos estatais.

A despeito de sua considerável longevidade e de intensos e amplos esforços, Robert Alexy registra que, a discussão sobre o conceito de direito subjetivo não caminha na direção de um consenso. Neste particular, identifica o Autor três tipos de questões: normativas<sup>713</sup>, empíricas<sup>714</sup> e analíticas<sup>715</sup>. Nesta pesquisa, o interesse maior diz respeito às questões

---

<sup>712</sup> “*Ya que se entiende que los derechos subjetivos pueden desaparecer por vía de transferencia o prescripción, en tanto que las libertades que se derivan de los derechos humanos son, en principio, inalienables e imprescriptibles. Se han objetado a este planteamiento la existencia de determinados derechos subjetivos personalísimos que también deben considerarse inalienables e imprescriptibles. Tal objeción carece de fundamento y reposa en una comprensión defectuosa de la Concepción estricta jurídico-positiva de los derechos subjetivos, a tenor de la cual éstos no incluyen los derechos de la personalidad; pues precisamente la posibilidad de renuncia, transferencia, etc., es lo que, en dicha Concepción, caracteriza a los derechos subjetivos. Todo ello prueba, una vez más, la imprecisión de estas categorías jurídicas, la cual viene motivada, en ocasiones, por los propios defectos de formulación de las mismas en los distintos ordenamientos jurídicos*”. (PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, Estado de Derecho y constitución**. 10. ed. Madrid: Tecnos, 2010, p. 34)

<sup>713</sup> “**Direitos subjetivos e questões normativas.** Dentro do grupo das questões normativas é possível distinguir entre questões ético-filosóficas e jurídico-dogmáticas e suas respectivas respostas. Trata-se de uma questão *ético-filosófica* quando se pergunta, independentemente da validade de um ordenamento jurídico positivo, por que os indivíduos têm direitos e que direitos eles têm. [...]. A dogmática dos direitos fundamentais, tanto quanto a dogmática jurídica em geral, é uma disciplina tridimensional e que uma de suas dimensões diz respeito a questões normativas. Por isso, o objeto da questão ético-filosófica pode desempenhar um papel também no âmbito da dogmática dos direitos fundamentais. A diferença entre questões ético-filosóficas e jurídico-dogmáticas está no fato de que estas últimas dizem respeito àquilo que é válido no sistema jurídico, enquanto as primeiras podem ser suscitadas independentemente desse sistema.” (grifos nossos). (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 180-182)

<sup>714</sup> “**Direitos subjetivos e questões empíricas.** O conceito de questão empírica abarca coisas as mais diversas. Isso vale também para as questões empíricas que dizem respeito aos direitos subjetivos. Nesse sentido, é possível distinguir entre proposições sobre o surgimento de direitos subjetivos, sobre a história do conceito

normativas suscitadas pelo Autor, portanto, quando se indaga se, em um determinado sistema jurídico, um sujeito de direito tem determinado direito subjetivo, estar-se diante de uma questão *jurídico-dogmática*. Neste ponto interessam apenas duas situações: (1) se não há dúvida de que uma norma “N”, caso seja aplicável ao caso de “A”, confere a este um direito subjetivo. Neste ponto, responder-se a esta questão envolve um problema corriqueiro de interpretação e, conseqüentemente, os problemas que afetam o conceito de direito subjetivo não têm, nenhuma importância; (2) de forma contrária, caso não haja nenhuma dúvida de que “N” e aplicável ao caso de “A”, porém é duvidoso se N garante algum direito subjetivo.

Neste último caso, nº (2), da teoria de Robert Alexy, tem-se uma importante ilação sobre o direito ao esquecimento consignado no modelo da União Europeia. A despeito de não se haver nenhuma dúvida de que “N” era aplicável ao caso de “A” (à luz dos normativos europeus, p. ex., o novo regulamento EU 2016/679)<sup>716</sup>, o precedentalismo internacional construído pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE)<sup>717</sup> reconheceu expressamente a existência de um direito subjetivo à desindexação, conforme estudado em seções anteriores. Em outras palavras, os normativos europeus já asseguravam a compreensão de proteção em face de a indexação indevida pelos motores de busca de conteúdo da internet (Google, p. ex.),

---

de direito subjetivo e sobre a função social dos direitos subjetivos, como, por exemplo, sobre sua ‘função específica para a organização e a legitimação das relações de dominação’. Depois do que se disse anteriormente acerca da tridimensionalidade da Ciência do Direito, não é preciso gastar muitas palavras acerca da importância de questões empíricas para urna teoria jurídica dos direitos subjetivos [...]” (grifos nossos). (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 183)

<sup>715</sup> “*Direitos subjetivos e questões analíticas*. A resposta é que falar em posições é necessário a partir de um determinado ponto de vista: a partir da perspectiva que se interessa pelas *características normativas* de pessoas e ações e pelas *relações normativas* entre pessoas ou entre pessoas e ações. Normas podem ser consideradas, de forma bastante geral, como qualificações de pessoas ou ações. Nesse sentido, pode-se dizer que uma norma que proíbe *a* de fazer *h* confere a *a* a característica jurídica de ser alguém ao qual é proibido fazer *h*. Essa característica de *a*, que pode ser expressa por meio do predicado monádico complexo “alguém ao qual é proibido fazer *h*”, é uma posição, na qual *a* é colocado por meio da norma. Se houvesse apenas posições desse tipo, com certeza não valeria a pena falar de posições. O interesse surge apenas quando não se trata mais de características, mas de relações, que podem ser expressas por predicados diádicos como ‘...tem um direito a *G* em face de...’ ou por predicados triádicos como ‘... tem em face de ... um direito a ...’”. (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 185)

<sup>716</sup> O novo regulamento protetivo dos dados pessoais da União Europeia, por exemplo, reconhece expressamente o direito ao esquecimento no artigo 17, conforme visto em seções anteriores. (UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016 relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). **Jornal Oficial da União Europeia**, I (Atos legislativos), 4 maio 2016, L 119/1-88)

<sup>717</sup> De imediato, não se desconhece o pioneiro papel da Agência de Proteção de Dados Pessoais da Espanha – *Agencia Española de Protección de Datos* (AEPD), entretanto, o precedente judicial *Mario Costeja González vs. Google* do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) é comumente citado como a gênese do direito ao esquecimento na era digital em virtude de sua repercussão mundial sobre o tema e sua importante fundamentação, pavimentando em definitivo a consolidação do *derecho al olvido* nos sistemas jurídicos diversos. (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça Europeu. **Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção)**, ECLI:EU:C:2014:317, Processo C-131/12, 13 maio 2014)

quando envolvessem malferimentos aos dados pessoais. O referido precedente judicial, por sua vez, também extraiu destes normativos um direito subjetivo (à desindexação), enquanto corolário do direito ao esquecimento na era digital.

Outrossim, Ingo Sarlet reitera as duas dimensões dos direitos fundamentais, destacando que, a dimensão subjetiva engloba a possibilidade de o titular do direito fazer valer judicialmente os poderes, as liberdades, o direito à ação (inclusive às ações negativas ou positivas) que lhe foram outorgadas pela norma consagradora do direito fundamental em questão. Por outro lado, as normas de direito fundamental também consagram decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, a se projetarem por todo o ordenamento jurídico vigente. Em outras palavras, a dimensão objetiva destes direitos significa que, transcende-se a perspectiva subjetiva (de feição predominantemente individualista), se reconhecendo conteúdos normativos a atribuir funções distintas aos direitos fundamentais (p.ex., função irradiadora ou eficácia irradiante; função-dever protetiva do Estado em face dele mesmo e dos particulares; função organizatória e procedimental, dentre outras destacadas pela doutrina e jurisprudência)<sup>718</sup>.

Neste contexto, a dimensão objetiva do direito fundamental ao esquecimento, principalmente na era digital, impõe a irradiação de seus fundamentos teórico-valorativos a todo o ordenamento jurídico, principalmente aos normativos associados diretamente à compreensão do tempo e da memória, enquanto direito material no sentido material, bem como à dimensão específica da dignidade da pessoa humana. Neste particular, esta dignidade pode ser consubstanciada na capacidade de lembrar e, principalmente diante das novas tecnologias, a dignidade de a capacidade de esquecer na sociedade em rede.

Por outro lado, esta dimensão objetiva também deverá imprimir o dever de o Estado proteger as relações jurídicas entre indivíduos e o próprio Estado, bem como entres aqueles e terceiros (outros particulares, principalmente no tocante ao direito geral da personalidade, do qual o direito ao esquecimento extrai seu principais elementos formais e materiais do seu conteúdo normativo, conforme será visto na próxima seção. Igualmente, também impõe parâmetros para a criação e constituição de organizações (ou instituições) estatais e para o

---

<sup>718</sup> “As funções vinculadas à dimensão objetiva dos direitos fundamentais, por sua vez, influenciaram a dimensão subjetiva, isto é, a noção de direitos fundamentais como direitos subjetivos, contribuindo para o seu alargamento, de modo a se falar até mesmo numa espécie de hipertrofia dos direitos fundamentais. De qualquer modo, é certo que a dimensão objetiva encontra ressonância na perspectiva subjetiva (fala-se, inclusive, de direitos à proteção e direitos à organização e procedimento), visto que os efeitos jurídicos inerentes à dimensão objetiva implicam, em maior ou menor medida, a possibilidade de invocar tais efeitos perante o Poder Judiciário, por meio dos diversos mecanismos disponíveis, [...], por dizer respeito mais diretamente ao tema da eficácia das normas de direitos fundamentais”. (SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 351)

procedimento, pois destes – organizações e procedimento - o direito ao esquecimento lhe é dependente, e, ao mesmo tempo, conformador normativo e valorativo, inclusive a lhes informar o seu caráter não-absoluto e a sua premente necessidade de conviver harmonicamente com outros direito e liberdades fundamentais no ambiente digital, como, p. ex., a liberdade de expressão e direito à informação.

Em linhas gerais, após a abordagem do direito fundamental ao esquecimento em sentido material e em sentido formal, ambos puderam revelar as suas dimensões objetiva e subjetiva, que se comunicam e se alimentam intensamente no sistema jurídico. Por sua vez, a próxima seção se dirige a investigar, de forma minudente, a fundamentação jurídica à luz do direito civil-constitucional e seu intercâmbio virtuoso com o estudo da teoria dos precedentes judiciais, a fornecer seus elementos de justificação, de coerência e de integridade. Decerto, uma abordagem mais específica será realizada, notadamente à luz do direito positivo brasileiro, construído progressivamente por todos os poderes constituídos e pela sociedade.

#### **5.4.2 Precedentalismo judicial e fundamentação jurídica civil-constitucional do direito ao esquecimento no Brasil**

No Brasil, a temática do direito ao esquecimento é historicamente tratada de forma restrita e incipiente, sendo, por vezes, tão somente atrelada aos consectários legais decorrentes do direito e processo penal. Neste sentido, representaria um direito à ressocialização do criminoso quando posto em liberdade, cujos direitos da personalidade não podem ser diminuídos por evento passado e expiado. Assim, a divulgação *ad eternum* destas informações também poderiam representar um obstáculo maior à reinserção social do indivíduo e de seus familiares<sup>719</sup>.

Particularmente, a legislação pátria – Lei de Imprensa nº 5.250/1967 (art. 21, §2º) – tipificava como crime passível de detenção e multa a divulgação ou transmissão de fato delituoso cujo autor já tenha sido condenado e cumprido a respectiva pena, salvo se motivada por interesse público. Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal (STF) conheceu e julgou procedente a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 130/2008, de

---

<sup>719</sup> “A divulgação de fato criminoso imputado a pessoa certa deve observar, de um lado, o direito à ressocialização daquele já condenado que cumpriu sua pena e a permanência do interesse social da informação, enquanto, de outro, quando preso o indivíduo, não julgado, particularmente quanto à respectiva exposição, deve pressupor seu assentimento ou retratar o fato em si da prisão, devendo ainda atentar à presunção constitucional de inocência, sempre gravado o dever de verdade do jornalista, malgrado não equiparável ao dos órgãos estatais próprios. [...]”. (GODOY, Claudio Luiz Bueno De. **A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 115)

relatoria do Ministro Carlos Ayres Brito, reconhecendo a incompatibilidade (não-recepção) da Lei de Imprensa do ano de 1967 com a nova ordem constitucional instaurada no País pela Constituição Federal de 1988<sup>720</sup>.

Em rega, fatos passados já não mais despertam interesse público ou coletivo, ressaltando-se fatos históricos ou grandes genocídios como, p. ex., os decorrentes de regimes totalitários europeus (nazismo, fascismo etc). Estes, por sua vez, são exemplos *sui generis* que jamais devem ser esquecidos, inclusive a eternização da memória pode se revestir de importante função social-pedagógica para as gerações futuras. De imediato, adverte-se novamente que, o reconhecimento no cenário jurídico civil-constitucional do direito ao esquecimento não significa a possibilidade de reescrever a História, nem mesmo a própria

<sup>720</sup> EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). LEI DE IMPRENSA. ADEQUAÇÃO DA AÇÃO. REGIME CONSTITUCIONAL DA “LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA”, EXPRESSÃO SINÔNIMA DE LIBERDADE DE IMPRENSA. A “PLENA” LIBERDADE DE IMPRENSA COMO CATEGORIA JURÍDICA PROIBITIVA DE QUALQUER TIPO DE CENSURA PRÉVIA. A PLENITUDE DA LIBERDADE DE IMPRENSA COMO REFORÇO OU SOBRETUTELA DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELLECTUAL E COMUNICACIONAL. LIBERDADES QUE DÃO CONTEÚDO ÀS RELAÇÕES DE IMPRENSA E QUE SE PÕEM COMO SUPERIORES BENS DE PERSONALIDADE E MAIS DIRETA EMANAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. O CAPÍTULO CONSTITUCIONAL DA COMUNICAÇÃO SOCIAL COMO SEGMENTO PROLONGADOR DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELLECTUAL E COMUNICACIONAL. TRANSPASSE DA FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS PROLONGADOS AO CAPÍTULO PROLONGADOR. PONDERAÇÃO DIRETAMENTE CONSTITUCIONAL ENTRE BLOCOS DE BENS DE PERSONALIDADE: O BLOCO DOS DIREITOS QUE DÃO CONTEÚDO À LIBERDADE DE IMPRENSA E O BLOCO DOS DIREITOS À IMAGEM, HONRA, INTIMIDADE E VIDA PRIVADA. PRECEDÊNCIA DO PRIMEIRO BLOCO. INCIDÊNCIA A POSTERIORI DO SEGUNDO BLOCO DE DIREITOS, PARA O EFEITO DE ASSEGURAR O DIREITO DE RESPOSTA E ASSENTAR RESPONSABILIDADES PENAL, CIVIL E ADMINISTRATIVA, ENTRE OUTRAS CONSEQUÊNCIAS DO PLENO GOZO DA LIBERDADE DE IMPRENSA. PECULIAR FÓRMULA CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO A INTERESSES PRIVADOS QUE, MESMO INCIDINDO A POSTERIORI, ATUA SOBRE AS CAUSAS PARA INIBIR ABUSOS POR PARTE DA IMPRENSA. PROPORCIONALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS E MATERIAIS A TERCEIROS. RELAÇÃO DE MÚTUA CAUSALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E DEMOCRACIA. RELAÇÃO DE INERÊNCIA ENTRE PENSAMENTO CRÍTICO E IMPRENSA LIVRE. A IMPRENSA COMO INSTÂNCIA NATURAL DE FORMAÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA E COMO ALTERNATIVA À VERSÃO OFICIAL DOS FATOS. PROIBIÇÃO DE MONOPOLIZAR OU OLIGOPOLIZAR ÓRGÃOS DE IMPRENSA COMO NOVO E AUTÔNOMO FATOR DE INIBIÇÃO DE ABUSOS. NÚCLEO DA LIBERDADE DE IMPRENSA E MATÉRIAS APENAS PERIFERICAMENTE DE IMPRENSA. AUTORREGULAÇÃO E REGULAÇÃO SOCIAL DA ATIVIDADE DE IMPRENSA. NÃO RECEPÇÃO EM BLOCO DA LEI Nº 5.250/1967 PELA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. EFEITOS JURÍDICOS DA DECISÃO. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). LEI DE IMPRENSA. ADEQUAÇÃO DA AÇÃO. [...]. Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação, vencidos, em parte, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa e a Senhora Ministra Ellen Gracie, que a julgavam improcedente quanto aos artigos 1º, § 1º; artigo 2º, caput; artigo 14; artigo 16, inciso I e artigos 20, 21 e 22, todos da Lei nº 5.250, de 9.2.1967; o Senhor Ministro Gilmar Mendes (Presidente), que a julgava improcedente quanto aos artigos 29 a 36 da referida lei e, vencido integralmente o Senhor Ministro Marco Aurélio, que a julgava improcedente. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Eros Grau, com voto proferido na assentada anterior. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 130. **Portal do STF**, Brasília, Processos, Acompanhamento Processual, 30 abr. 2009)



história do indivíduo, tampouco desconhecer fatos pretéritos de caráter histórico do complexo e progressivo desenvolvimento das civilizações humanas.

Nas próximas seções, a abordagem em busca de justificação jurídica civil-constitucional, bem como de coerência e de integridade ao sistema jurídico brasileiro, ocorrerá pela análise da jurisprudência e dos precedentes judiciais mais relevantes quanto ao tema do direito ao esquecimento. Nesta medida, inicia-se então o caminho jurídico-histórico percorrido pelos Tribunais brasileiros até o ano de 2019, principalmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

#### **5.4.2.1 O direito ao esquecimento predominantemente fora dos domínios da internet (ambiente *offline*)**

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), órgão jurisdicional uniformizador da legislação federal, historicamente possui importantes precedentes judiciais que, reconhecem (em maior ou menor medida) alguns elementos essenciais para formação do núcleo estruturante normativo proposto para o “direito ao esquecimento”. Apesar de não se tratarem especificamente do meio ambiente digital (ambiente cibernético ou Internet), estes julgamentos iniciais se referem ao esquecimento como corolário da ressocialização da pena já cumprida ou, de forma mais importante para esta pesquisa, como desdobramento de um direito civil-constitucional da personalidade derivado da dignidade da pessoa humana.

Igualmente, parte da comunidade jurídica também se refere ao direito ao esquecimento construído pelos Tribunais como espécie de censura judicial, referindo-se aos possíveis conflitos deste direito com as liberdades comunicativas. Neste particular, assiste razão ao Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) Luís Felipe Salomão, quando aduz se tratar de “cortina de fumaça”, porquanto não se permite enxergar o tema do direito ao esquecimento em toda a sua complexidade, principalmente na Era Digital. De outra forma, afirma o Ministro que, trata-se de estratégia interessante, pois se “joga com o carma” de um País que viveu longo período de duras restrições à liberdade de expressão durante o regime militar<sup>721</sup>.

Neste diapasão, os dois principais precedentes judiciais do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que versam sobre direito ao esquecimento - especificamente fora dos domínios da internet (*offline*) - também o são da relatoria do eminente Ministro Luís Felipe Salomão, da

---

<sup>721</sup> GALLI, Marcelo. Feridas abertas: igualar direito ao esquecimento à censura é “cortina de fumaça”, diz Salomão. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 8 nov. 2017.

4ª Turma da Corte Especial. Neste particular, ambos os precedentes estão ainda em trâmite junto ao STF e foram originários das instâncias ordinárias do poder judiciário do Estado do Rio de Janeiro. Neste momento, a tarefa acadêmica se resume em perquirir os elementos substanciais do REsp 1.334.097/RJ (*caso J.G.F vs. Globo*) e REsp 1.335.153/RJ (*caso Curi vs. Globo*), inclusive julgados conjuntamente, embora com soluções judiciais opostas.

No caso *J.G.F vs. Globo*, trata-se de Ação ajuizada por Jurandir Gomes de França (*J.G.F*) em desfavor da TV Globo Ltda (Globo Comunicações e Participações S.A.), pleiteando reparação por danos morais. Neste particular, informa o Autor que, foi indiciado como coautor/partícipe da sequência de homicídios ocorridos em 23 de julho de 1993, na cidade do Rio de Janeiro, conhecidos como *Chacina da Candelária*. A despeito disto, foi submetido a Júri, e, ao final, absolvido por negativa de autoria pela unanimidade dos membros do Conselho de Sentença. Consequentemente, noticiou o Autor que, a Ré o procurou com o intuito de entrevistá-lo em programa televisivo (*Linha Direta - Justiça*) - posteriormente veiculado -, tendo sido recusada a realização da referida entrevista e mencionado o desinteresse do Autor em ter sua imagem apresentada em rede nacional. Apesar disto, em junho de 2006, foi ao ar o referido programa, inclusive tendo sido o Autor apontado como um dos envolvidos na chacina, mas que fora absolvido.

Por sua vez, os argumentos de *J.G.F* foram: (1) levou-se a público situação já superada, reacendendo na comunidade onde reside a imagem de chacinador e o ódio social, malferindo em consequência seu direito à paz, anonimato e privacidade pessoal, com prejuízos diretos também a seus familiares; (2) ademais, também alegou que, essa situação o prejudicou sobremaneira em sua vida profissional, não tendo mais conseguido emprego, além de ter sido obrigado a se desfazer de todos os seus bens e abandonar a comunidade onde residia para não ser morto por “justiceiros” e traficantes, bem como para proteger a segurança de seus familiares; (3) por fim, entendendo que, a exposição de sua imagem e nome no mencionado programa foi ilícita e lhe causou intenso abalo moral, pleiteou o Autor indenização no valor de 300 (trezentos) salários mínimos.

A parte Ré, por seu turno, argumentou que: (1) inexistente o dever de indenizar por ausência de ilicitude, pois a ideia do programa *Linha Direta Justiça* é absolutamente comum no Brasil e no exterior, sendo incontáveis as vezes de veículos de comunicação divulgarem programas jornalísticos sobre casos criminais célebres (livros, jornais, revistas, rádio, cinema e televisão se dedicam rotineiramente a publicar matérias sobre crimes de grande repercussão no passado); (2) não houve qualquer malferimento à privacidade e à intimidade do Autor, porque os fatos noticiados já eram públicos e fartamente discutidos na sociedade, fazendo

parte do acervo histórico do povo. Nesta medida, se tratou de programa jornalístico, sob forma de documentário, acerca de acontecimentos de relevante interesse público, tendo a emissora se limitado a narrar os fatos tais como ocorridos, sem dirigir nenhuma ofensa à pessoa do Autor, ao contrário, deixando claro que teria sido inocentado; (3) mostra-se incabível o acolhimento de “um *direito ao esquecimento*” ou o “*direito de ser deixado em paz*”, sob pena de se sobrepor ao direito de informar da Ré; (4) informa também não ser possível retratar a trágica história dos homicídios da Candelária sem mencionar o Autor, porque este se tornou, infelizmente, uma peça chave do episódio e do conturbado inquérito policial. Desta maneira, a sua ocultação ou dos demais inocentados pelo crime significaria deixar o programa jornalístico sem qualquer lógica, porquanto um dos mais relevantes aspectos que envolveram o crime foi justamente a conturbada e incompetente investigação promovida pela polícia; (5) adiante, sintetiza a Ré que, o simples fato de a pessoa se relacionar com a notícia ou fato histórico de interesse coletivo já é suficiente para mitigar seu direito à intimidade, tornando lícita a divulgação de seu nome e de sua imagem independentemente de autorização; (6) subsidiariamente, pleiteia a Ré o reconhecimento de inexistência de dano moral ou a exorbitância da indenização.

Por conseguinte, o Juízo de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca da Capital/RJ, sopesando, de um lado, o interesse público da notícia acerca de “evento traumático da história nacional” e que repercutiu “de forma desastrosa na imagem do País junto à comunidade internacional”, e, de outro, o “direito ao anonimato e ao esquecimento” do autor, entendeu por bem mitigar o segundo, julgando improcedente o pedido indenizatório. Em outras palavras, o juízo monocrático sopesou em favor das liberdades comunicativas frente a existência de um suposto direito ao esquecimento.

De forma contrária, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJ-RJ), em grau de apelação, reformou o julgamento monocrático, sopesando no caso concreto em análise em favor do direito de ser esquecido quando cotejado diante do poder-dever de informar. Importante frisar que, o Tribunal fluminense reconheceu ambos os direitos e liberdades ora em conflito enquanto valores constitucionais, consignando o direito de ser esquecido fundamentado no art. 1º, III, ao passo que o poder-dever de informar se consagra no artigo 220, ambos da CF/88. Neste particular, assentou o Tribunal que, constitui abuso do direito de informar e violação da imagem do cidadão a edição de programa jornalístico contra a vontade expressamente manifestada de quem deseja prosseguir no esquecimento.

Com efeito, o Recurso Especial junto ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) da parte Ré (Rede Globo) também foi improvido, mantendo-se integralmente o aresto assentado pela

Corte estadual do Rio de Janeiro. As razões substanciais deste julgado são de extrema importância para esta pesquisa acadêmica, porquanto se trata de caso de reconhecimento explícito do direito ao esquecimento à luz da legislação brasileira e, mais importante, caso de aplicá-lo ao caso concreto, ou seja, este prevalecendo quando cotejado com as liberdades comunicativas (ou poder-dever de informar)<sup>722</sup>. Nesta esteira, o precedente judicial em suas justificações introdutórias, recorre à orientação jurisprudencial norte-americana concernente ao direito de ser deixado em paz ou o direito de estar só (*the right to be let alone*)<sup>723</sup>, já mencionada nesta pesquisa em seções anteriores.

Neste contexto, destaca o precedente judicial elementos de justificação, coerência e integridade trasladados da doutrina, da legislação e, sobretudo, de precedentes judiciais estrangeiros, principalmente da União Europeia. Ato contínuo, no Brasil, afirma que, o substrato jurídico do direito ao esquecimento é de natureza constitucional e infraconstitucional, encontrando guarida e correspondentes no direito civil (direitos da personalidade), direito do consumidor, direito penal etc. Segue:

[...]. Assim como é acolhido no direito estrangeiro, **é imperiosa a aplicabilidade do direito ao esquecimento no cenário interno**, com base não só na principiologia decorrente dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, mas também diretamente do direito positivo infraconstitucional. A assertiva de que uma notícia lícita não se transforma em ilícita com o simples passar do tempo não tem nenhuma base jurídica. **O ordenamento é repleto de previsões em que a significação conferida pelo Direito à passagem do tempo é exatamente o esquecimento e a estabilização do passado, mostrando-se ilícito sim reagitar o que a lei pretende sepultar.** Precedentes de direito comparado.

[...]. Nesse passo, o Direito estabiliza o passado e confere previsibilidade ao futuro por institutos bem conhecidos de todos: prescrição, decadência, perdão, anistia, irretroatividade da lei, respeito ao direito adquirido, ato jurídico perfeito, coisa julgada, prazo máximo para que o nome de inadimplentes figure em cadastros restritivos de crédito, reabilitação penal e o direito ao sigilo quanto à folha de antecedentes daqueles que já cumpriram pena (art. 93 do Código Penal, art. 748 do Código de Processo Penal e art. 202 da Lei de Execuções Penais). Doutrina e precedentes [...].

<sup>722</sup> “RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE IMPRENSA VS. DIREITOS DA PERSONALIDADE. LITÍGIO DE SOLUÇÃO TRANSVERSAL. COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DOCUMENTÁRIO EXIBIDO EM REDE NACIONAL. LINHA DIRETA-JUSTIÇA. SEQUÊNCIA DE HOMICÍDIOS CONHECIDA COMO CHACINA DA CANDELÁRIA. REPORTAGEM QUE REACENDE O TEMA TREZE ANOS DEPOIS DO FATO. VEICULAÇÃO INCONSENTIDA DE NOME E IMAGEM DE IN DICIADO NOS CRIMES. ABSOLVIÇÃO POSTERIOR POR NEGATIVA DE AUTORIA. **DIREITO AO ESQUECIMENTO DOS CONDENADOS QUE CUMPRIRAM PENA E DOS ABSOLVIDOS. ACOLHIMENTO. DECORRÊNCIA DA PROTEÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DAS LIMITAÇÕES POSITIVADAS À ATIVIDADE INFORMATIVA. PRESUNÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DE RESSOCIALIZAÇÃO DA PESSOA. PONDERAÇÃO DE VALORES. PRECEDENTES DE DIREITO COMPARADO**”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. **Recurso Especial nº 1.334.097 – RJ (2012/0144910-7)**. Relator Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em: 28 maio 2013)

<sup>723</sup> WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis D. The right to privacy. On the right to be let alone. Estados Unidos da América: **Harvard Law Review**, vol. IV, 1890-91. Cf. seção 2.2.

[...]. Se os condenados que já cumpriram a pena têm direito ao sigilo da folha de antecedentes, assim também a exclusão dos registros da condenação no Instituto de Identificação, por maiores e melhores razões aqueles que foram absolvidos não podem permanecer com esse estigma, conferindo-lhes a lei o mesmo direito de serem esquecidos. [...].<sup>724</sup>. (grifos nossos)

Por outro giro, a solução adequada do Caso *J.G.F vs. Globo* exigiu a ponderação da possível historicidade do fato narrado com a proteção à intimidade e privacidade dos ofendidos. Nesta esteira, afirmaram-se alguns critérios de balizamento entre as liberdades comunicativas (o caso se referia, prioritariamente, à liberdade de imprensa) e os direitos da personalidade (intimidade, honra, privacidade etc): (1) há um estreito e indissolúvel vínculo entre a liberdade de imprensa e todo e qualquer Estado de Direito que pretenda se autoafirmar como democrático<sup>725</sup>; (2) a mídia do século XXI deve fincar a legitimação de sua liberdade em valores atuais, próprios e decorrentes diretamente da importância e nobreza da atividade. Os antigos fantasmas da liberdade de imprensa, embora deles não se possa esquecer jamais, atualmente, não autorizam a atuação informativa desprendida de regras e princípios a todos impostos; (3) a liberdade de imprensa há de ser analisada a partir de dois paradigmas jurídicos bem distantes um do outro. O primeiro, de completo menosprezo tanto da dignidade da pessoa humana quanto da liberdade de imprensa; e o segundo, o atual, de dupla tutela constitucional de ambos os valores; (4) a explícita contenção constitucional à liberdade de informação, fundada na inviolabilidade da vida privada, intimidade, honra, imagem e, de resto, nos valores da pessoa e da família, prevista no art. 220, § 1º, art. 221 e no § 3º do art. 222 da Carta de 1988, parece sinalizar que, no conflito aparente entre esses bens jurídicos de especialíssima grandeza, há, de regra, uma inclinação ou predileção constitucional para soluções protetivas da pessoa humana, embora o melhor equacionamento deva sempre observar as particularidades do caso concreto<sup>726</sup>.

<sup>724</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. **Recurso Especial nº 1.334.097 – RJ (2012/0144910-7)**. Relator Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em: 28 maio 2013

<sup>725</sup> “Uma imprensa livre galvaniza contínua e diariamente os pilares da democracia, que, em boa verdade, é projeto para sempre inacabado e que nunca atingirá um ápice de otimização a partir do qual nada se terá a agregar. Esse processo interminável, do qual não se pode descurar - nem o povo, nem as instituições democráticas -, encontra na imprensa livre um vital combustível para sua sobrevivência, e bem por isso que a mínima cogitação em torno de alguma limitação da imprensa traz naturalmente consigo reminiscências de um passado sombrio de descontinuidade democrática”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. **Recurso Especial nº 1.334.097 – RJ (2012/0144910-7)**. Relator Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em: 28 maio 2013)

<sup>726</sup> “Essa constatação se mostra consentânea com o fato de que, a despeito de a informação livre de censura ter sido inserida no seletor grupo dos direitos fundamentais (art. 5º, inciso IX), a Constituição Federal mostrou sua vocação antropocêntrica no momento em que gravou, já na porta de entrada (art. 1º, inciso III), a dignidade da pessoa humana como - mais que um direito - um fundamento da República, uma lente pela qual devem ser interpretados os demais direitos posteriormente reconhecidos. Exegese dos artigos 11, 20 e 21 do Código Civil de 2002. Aplicação da filosofia kantiana, base da teoria da dignidade da pessoa humana, segundo a qual o ser humano tem um valor em si que supera o das ‘coisas humanas’”. (BRASIL. Superior

Outrossim, a despeito de o caso *J.G.F vs. Globo versar sobre* direito ao esquecimento fora dos domínios da internet (*offline*), o precedente judicial já adianta novos contornos da matéria na seara das mídias digitais, destacando que, tais soluções jurídicas seriam ainda mais complexas quando transpostas para internet. Assim, exigir-se-iam novas soluções de índole técnica, com atenção, por exemplo, para a possibilidade de compartilhamento de informações e circulação internacional do conteúdo, o que pode tangenciar temas sensíveis, como a soberania dos Estados-nações. Ademais, assim como tratado nas seções iniciais desta pesquisa, este precedente judicial também vislumbra o novo cenário da Era digital, de eliminação de fronteiras entre o público e o privado, entre a informação e a privacidade, enfim, à luz do paradigma da Modernidade Líquida desenhada por Zygmunt Bauman<sup>727</sup>.

Ademais, também merece nota neste caso *J.G.F vs. Globo* o fato de o STJ destacar a maior nobreza revelada pelo direito ao esquecimento, qual seja, a afirmação do “direito à esperança”, em absoluta sintonia com a presunção legal e constitucional de regenerabilidade da pessoa humana. Por fim, também ressalva do exercício do direito ao esquecimento os fatos genuinamente históricos – historicidade de que deve ser analisada em concreto – cujo interesse público e social deve sobreviver à passagem do tempo. Desta forma, justificaram: (1) a permissão ampla e irrestrita que os fatos sejam retratados indefinidamente no tempo – a pretexto da historicidade do fato – pode significar permissão de um segundo abuso à dignidade humana, simplesmente porque o primeiro já fora cometido no passado. Neste

---

Tribunal de Justiça. Quarta Turma. **Recurso Especial nº 1.334.097 – RJ (2012/0144910-7)**. Relator Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em: 28 maio 2013)

<sup>727</sup> “Zygmunt Bauman, sociólogo polonês, unanimemente reconhecido como um dos mais perspicazes pensadores do nosso tempo e preciso intérprete dos sinais da modernidade - por ele nomeada de “modernidade líquida” -, lança novas luzes acerca da atual configuração do antigo conflito entre os espaços público e privado - entre a informação e a privacidade. Com boa dose de desesperança, Bauman afirma que um dos *danos colaterais* dessa “modernidade líquida” tem sido a progressiva eliminação da “divisão, antes sacrossanta, entre as esferas do ‘privado’ e do ‘público’ no que se refere à vida humana”, tendo nascido uma inédita *sociedade confessional*, em que espaços antes reservados à exploração de questões de interesses e preocupações comuns são agora utilizados como “depositórios geradores dos segredos mais secretos, aqueles a serem divulgados apenas a Deus ou a seus mensageiros e plenipotenciários terrestres: ‘Se você quer saber qual dos lados [das esferas pública e privada] está hoje na ofensiva e qual está (tenaz ou tibiamente) tentando defender dos invasores seus direitos herdados ou adquiridos, há coisas piores a fazer que meditar sobre o profético pressentimento de Peter Ustinov (expresso em 1956): ‘Este é um país livre, madame. *Nós* temos o direito de compartilhar a *sua* privacidade no espaço público” (BAUMAN, Zygmunt. *Privacidade, sigilo, intimidade, vínculos humanos - e outras baixas colaterais da modernidade líquida*. In. *Danos colaterais: desigualdades sociais numa era global*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, p. 110). De fato, na atual sociedade da *hiperinformação* parecem evidentes os “riscos terminais à privacidade e à autonomia individual, emanados da ampla abertura da arena pública aos interesses privados [e também o inverso], e sua gradual, mas incessante transformação numa espécie de teatro de variedades dedicado à diversão ligeira” (BAUMAN, Zygmunt. *Op. cit.*, p. 113)”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. **Recurso Especial nº 1.334.097 – RJ (2012/0144910-7)**. Relator Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em: 28 maio 2013)

particular, o reconhecimento do “direito ao esquecimento” pode significar um corretivo – tardio, mas possível – das vicissitudes do passado, seja de inquéritos policiais ou processos judiciais pirotécnicos e injustos, seja da exploração populista da mídia;<sup>728</sup> (2) o interesse público – além de ser conceito de significação fluida – não coincide com o interesse do público, que é guiado, no mais das vezes, por sentimento de execração pública, praxeamento da pessoa humana, condenação sumária e vingança continuada<sup>729</sup>.

Noutro emblemático precedente judicial, o caso *Curi vs. Globo*, trata-se de Ação ajuizada por Nelson Curi, Roberto Curi e Waldir Curi em desfavor da TV Globo Ltda (Globo Comunicações e Participações S.A.), pleiteando reparação por danos morais, materiais e à imagem. Neste particular, informam os Autores que, são os únicos irmãos vivos de Aída Curi, vítima de homicídio no ano de 1958, crime que ficou nacionalmente conhecido por força do noticiário da época, assim também o processo criminal subsequente. Por sua vez, os argumentos dos irmãos Curi são: (1) o crime fora esquecido pelo passar do tempo, entretanto,

---

<sup>728</sup> “Não há dúvida de que a história da sociedade é patrimônio imaterial do povo e nela se inserem os mais variados acontecimentos e personagens capazes de revelar, para o futuro, os traços políticos, sociais ou culturais de determinada época. Todavia, a historicidade da notícia jornalística, em se tratando de jornalismo policial, há de ser vista com cautela. Há, de fato, crimes históricos e criminosos famosos; mas também há crimes e criminosos que se tornaram artificialmente históricos e famosos, obra da exploração midiática exacerbada e de um populismo penal satisfativo dos prazeres primários das multidões, que simplifica o fenômeno criminal às estigmatizadas figuras do “bandido” vs. “cidadão de bem”. “É que a historicidade de determinados crimes por vezes é edificada à custa de vários desvios de legalidade, por isso não deve constituir óbice em si intransponível ao reconhecimento de direitos como o vindicado nos presentes autos. É evidente o legítimo interesse público em que seja dada publicidade da resposta estatal ao fenômeno criminal.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. **Recurso Especial nº 1.334.097 – RJ (2012/0144910-7)**. Relator Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em: 28 maio 2013)

<sup>729</sup> “Ao crime, por si só, subjaz um natural interesse público, caso contrário nem seria crime, e eventuais violações de direito resolver-se-iam nos domínios da responsabilidade civil. E esse interesse público, que é, em alguma medida, satisfeito pela publicidade do processo penal, finca raízes essencialmente na fiscalização social da resposta estatal que será dada ao fato. Se é assim, o interesse público que orbita o fenômeno criminal tende a desaparecer na medida em que também se esgota a resposta penal conferida ao fato criminoso, a qual, certamente, encontra seu último suspiro, com a extinção da pena ou com a absolvição, ambas consumadas irreversivelmente. E é nesse interregno temporal que se perfaz também a vida útil da informação criminal, ou seja, enquanto durar a causa que a legitimava. Após essa vida útil da informação seu uso só pode ambicionar, ou um interesse histórico, ou uma pretensão subalterna, estigmatizante, tendente a perpetuar no tempo as misérias humanas. “No caso concreto, a despeito de a Chacina da Candelária ter se tornado – com muita razão – um fato histórico, que expôs as chagas do País ao mundo, tornando-se símbolo da precária proteção estatal conferida aos direitos humanos da criança e do adolescente em situação de risco, o certo é que a fatídica história seria bem contada e de forma fidedigna sem que para isso a imagem e o nome do autor precisassem ser expostos em rede nacional. Nem a liberdade de imprensa seria tolhida, nem a honra do autor seria maculada, caso se ocultassem o nome e a fisionomia do recorrido, ponderação de valores que, no caso, seria a melhor solução ao conflito”. “Muito embora tenham as instâncias ordinárias reconhecido que a reportagem se mostrou fidedigna com a realidade, a receptividade do homem médio brasileiro a noticiários desse jaez é apta a reacender a desconfiança geral acerca da índole do autor, o qual, certamente, não teve reforçada sua imagem de inocentado, mas sim a de indiciado. No caso, permitir nova veiculação do fato, com a indicação precisa do nome e imagem do autor, significaria a permissão de uma segunda ofensa à sua dignidade, só porque a primeira já ocorrera no passado, uma vez que, como bem reconheceu o acórdão recorrido, além do crime em si, o inquérito policial consubstanciou uma reconhecida “vergonha” nacional à parte.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. **Recurso Especial nº 1.334.097 – RJ (2012/0144910-7)**. Relator Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em: 28 maio 2013)

a emissora Ré cuidou de reabrir as antigas feridas dos Autores, veiculando novamente a vida, a morte e a pós-morte de Aída Curi, inclusive explorando sua imagem, mediante a transmissão do programa chamado *Linha Direta-Justiça*; (2) depois de tantos anos, a exploração do caso pela emissora foi ilícita, a despeito de a Ré ter sido previamente notificada pelos Autores para não fazê-lo; (3) houve enriquecimento ilícito por parte da Ré com a exploração de tragédia familiar passada, auferindo lucros com audiência e publicidade; (4) pleitearam indenização por danos morais – em razão de a reportagem ter feito os Autores reviver a dor do passado –, além de danos materiais e à imagem, consistentes na exploração comercial da falecida irmã com objetivo preponderantemente econômico.

A parte Ré, por seu turno, argumentou que: (1) inexistente o dever de indenizar por ausência de ilicitude, pois a ideia do programa *Linha Direta Justiça* é absolutamente comum no Brasil e no exterior, sendo incontáveis as vezes de veículos de comunicação divulgarem programas jornalísticos sobre casos criminais célebres (livros, jornais, revistas, rádio, cinema e televisão se dedicam rotineiramente a publicar matérias sobre crimes de grande repercussão no passado); (2) não houve qualquer malferimento à privacidade, à intimidade, à honra ou à imagem dos Autores, porque os fatos noticiados já eram públicos e fartamente discutidos na sociedade em face do assassinato da irmã deles, fazendo parte do acervo histórico do povo. Nesta medida, se tratou de programa jornalístico, sob forma de documentário, acerca de acontecimentos de relevante interesse público, tendo a emissora se limitado a narrar os fatos tais como ocorridos, sem dirigir nenhuma ofensa à pessoa dos Autores ou da irmã falecida; (3) mostra-se incabível o acolhimento de “um *direito ao esquecimento*”, sob pena de se sobrepor ao direito de informar da Ré; (4) a Ré se trata de pessoa jurídica cuja finalidade é o lucro por intermédio de atividades jornalísticas, de comunicação social e de publicidade, inexistindo qualquer indício de enriquecimento ilícito; (5) pleiteia a Ré o reconhecimento de inexistência de dano material ou moral, pois ausente o ilícito e, conseqüentemente, a responsabilidade civil.

Por conseguinte, o Juízo de Direito da 47ª Vara Cível da Comarca da Capital/RJ, julgou improcedente o pedido dos Autores, tendo sido a sentença mantida pelo Tribunal de Justiça fluminense (TJ-RJ), fundamentando que: (1) a Constituição Federal garante a livre expressão da atividade de comunicação, independente de censura ou licença, franqueando a obrigação de indenizar apenas quando o uso da imagem ou informações são utilizadas para denegrir ou atingir a honra da pessoa retratada, ou ainda, quando essa imagem ou nome forem utilizadas para fins comerciais; (2) os fatos expostos no programa eram do conhecimento público e, no passado, foram amplamente divulgados pela imprensa. A matéria já foi, e



continua sendo discutida e noticiada ao longo dos últimos cinquenta anos, inclusive, nos meios acadêmicos; (3) a Ré cumpriu com sua função social de informar, alertar e abrir o debate sobre o controvertido caso. Os meios de comunicação também têm este dever, ou seja, se sobrepondo aos interesses individuais de alguns, que querem e desejam esquecer o passado; (4) o esquecimento não é o caminho salvador para tudo. Muitas vezes é necessário reviver o passado para que as novas gerações fiquem alertas e repensem alguns procedimentos de conduta do presente. (5) Também não se nega que a Ré seja uma pessoa jurídica cujo fim é o lucro. Ela precisa sobreviver porque gera riquezas, produz empregos e tudo mais que é notório no mundo capitalista. O que se pergunta é se o uso do nome, da imagem da falecida, ou a reprodução midiática dos acontecimentos, trouxe, de fato, um aumento de seu lucro, e isto se parece que não houve, ou se houve, não há dados nos autos judiciais.

Com efeito, o Recurso Especial junto ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) dos Autores também foi improvido, mantendo-se integralmente o aresto improcedente prolatado pelas instâncias ordinária. Apesar disto, ora se examinam as razões substanciais deste importante precedente judicial, principalmente no que se refere ao direito ao esquecimento. (1) em primeiro lugar, a Corte especial brasileira não ignorou ou desconheceu juridicamente o direito ao esquecimento neste precedente judicial, pelo contrário, o tribunal o reconheceu novamente para todos (ofensor e ofendido) de acordo com o precedente judicial julgado simultaneamente (REsp. n. 1.334/097/RJ) e reiterando elementos de justificação, coerência e integridade trasladados da doutrina, da legislação e, sobretudo, de precedentes judiciais estrangeiros, principalmente da União Europeia<sup>730</sup>. (2) O substrato jurídico do direito ao esquecimento é de natureza constitucional e infraconstitucional, encontrando guarida e correspondentes no direito civil (direitos da personalidade), direito do consumidor, direito penal etc; (3) as vítimas de crimes e seus familiares têm direito ao esquecimento – se assim desejarem –, direito esse consistente em não se submeterem a desnecessárias lembranças de fatos passados que lhes causaram, por si, inesquecíveis feridas<sup>731</sup>; (4) a solução adequada do

---

<sup>730</sup> “Assim como é acolhido no direito estrangeiro, não tenho dúvida da aplicabilidade do direito ao esquecimento no cenário interno, com olhos centrados não só na principiologia decorrente dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, mas também diretamente no direito positivo infraconstitucional. A assertiva de que uma notícia lícita não se transforma em ilícita com o simples passar do tempo não tem nenhuma base jurídica. O ordenamento é repleto de previsões em que a significação conferida pelo Direito à passagem do tempo é exatamente o esquecimento e a estabilização do passado, mostrando-se ilícito sim reagitar o que a lei pretende sepultar”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. **Recurso Especial nº 1.335.153 – RJ (2011/0057428-0)**. Relator Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em: 28 maio 2013)

<sup>731</sup> “Caso contrário, chegar-se-ia à antipática e desumana solução de reconhecer esse direito ao ofensor (que está relacionado com sua ressocialização) e retirá-lo dos ofendidos, permitindo que os canais de informação se enriqueçam mediante a indefinida exploração das desgraças privadas pelas quais passaram”. (BRASIL.

Caso exige a ponderação da possível historicidade do fato narrado com a proteção à intimidade e privacidade dos ofendidos<sup>732</sup>; (5) o reconhecimento, em tese, de um direito de esquecimento não conduz necessariamente ao dever de indenizar, a despeito também de não gerar a aplicação automática da Súmula 403 do STJ (“Independente de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais”)<sup>733</sup>. Por sua vez, a indenização se trata de matéria afeta à responsabilidade civil (ilicitude, nexo causal e dano)<sup>734</sup>, devendo ser analisadas as circunstâncias e peculiaridades do caso concreto.

De outro giro, reitera-se que, o caso *Curi vs. Globo* versa sobre direito ao esquecimento, especificamente fora dos domínios da internet (*offline*), referindo-se primordialmente às mídias televisivas. A despeito disto, o precedente judicial de 2013 já

Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. **Recurso Especial nº 1.335.153 – RJ (2011/0057428-0)**. Relator Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em: 28 maio 2013)

<sup>732</sup> “Não obstante isso, assim como o direito ao esquecimento do ofensor – condenado e já penalizado – deve ser ponderado pela questão da historicidade do fato narrado, assim também o direito dos ofendidos deve observar esse mesmo parâmetro. Em um crime de repercussão nacional, a vítima – por torpeza do destino – frequentemente se torna elemento indissociável do delito, circunstância que, na generalidade das vezes, inviabiliza a narrativa do crime caso se pretenda omitir a figura do ofendido”. “Com efeito, o direito ao esquecimento que ora se reconhece para todos, ofensor e ofendidos, não alcança o caso dos autos, em que se reviveu, décadas depois do crime, acontecimento que entrou para o domínio público, de modo que se tornaria impraticável a atividade da imprensa para o desiderato de retratar o caso Aída Curi, sem Aída Curi”. “É evidente ser possível, caso a caso, a ponderação acerca de como o crime tornou-se histórico, podendo o julgador reconhecer que, desde sempre, o que houve foi uma exacerbada exploração midiática, e permitir novamente essa exploração significaria conformar-se com um segundo abuso só porque o primeiro já ocorrera. Porém, no caso em exame, não ficou reconhecida essa artificiosidade ou o abuso antecedente na cobertura do crime, inserindo-se, portanto, nas exceções decorrentes da ampla publicidade a que podem se sujeitar alguns delitos”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. **Recurso Especial nº 1.335.153 – RJ (2011/0057428-0)**. Relator Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em: 28 maio 2013)

<sup>733</sup> “Por outro lado, mostra-se inaplicável, no caso concreto, a Súmula n. 403/STJ. As instâncias ordinárias reconheceram que a imagem da falecida não foi utilizada de forma degradante ou desrespeitosa. Ademais, segundo a moldura fática traçada nas instâncias ordinárias – assim também ao que alegam os próprios recorrentes –, não se vislumbra o uso comercial indevido da imagem da falecida, com os contornos que tem dado a jurisprudência para franquear a via da indenização”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. **Recurso Especial nº 1.335.153 – RJ (2011/0057428-0)**. Relator Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em: 28 maio 2013)

<sup>734</sup> “Não fosse por isso, o reconhecimento, em tese, de um direito de esquecimento não conduz necessariamente ao dever de indenizar. Em matéria de responsabilidade civil, a violação de direitos encontra-se na seara da ilicitude, cuja existência não dispensa também a ocorrência de dano, com nexo causal, para chegar-se, finalmente, ao dever de indenizar. No caso de familiares de vítimas de crimes passados, que só querem esquecer a dor pela qual passaram em determinado momento da vida, há uma infeliz constatação: na medida em que o tempo passa e vai se adquirindo um “direito ao esquecimento”, na contramão, a dor vai diminuindo, de modo que, relembrar o fato trágico da vida, a depender do tempo transcorrido, embora possa gerar desconforto, não causa o mesmo abalo de antes. A reportagem contra a qual se insurgiram os autores foi ao ar 50 (cinquenta) anos depois da morte de Aída Curi, circunstância da qual se conclui não ter havido abalo moral apto a gerar responsabilidade civil. Nesse particular, fazendo-se a indispensável ponderação de valores, o acolhimento do direito ao esquecimento, no caso, com a consequente indenização, consubstancia desproporcional corte à liberdade de imprensa, se comparado ao desconforto gerado pela lembrança”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. **Recurso Especial nº 1.335.153 – RJ (2011/0057428-0)**. Relator Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em: 28 maio 2013)

antecipava os contornos diferenciados que tal direito poderia ter no âmbito da internet, na era digital<sup>735</sup>. Nesta esteira, reforça o Ministro Relator Luís Felipe Salomão:

[...] 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 *ciberespaço*. 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.

Em razão da relevância supranacional do tema, os limites e possibilidades do tratamento e da preservação de dados pessoais estão na pauta dos mais atuais debates internacionais acerca da necessidade de regulação do tráfego informacional, levantando-se, também no âmbito do direito comparado, o conflituoso encontro entre o direito de publicação - que pode ser potencialmente mais gravoso na *internet* - e o alcance da proteção internacional dos direitos humanos (grifos nossos)<sup>736</sup>.

Frise-se, portanto, que, o STJ realizou no caso *Curi vs. Globo* a ponderação dos interesses em jogo (direitos da personalidade *versus* liberdade de expressão e de imprensa), e, neste caso concreto, privilegiou-se a liberdade de imprensa. Neste ponto, a historicidade do fato e o fator temporal se mostraram decisivos, afinal, décadas depois a dor de reviver os eventos, ainda que persistente, certamente já arrefeceu. Tem-se que, “*nesse particular, fazendo-se a indispensável ponderação de valores, o acolhimento do direito ao esquecimento, no caso, com a consequente indenização, consubstancia desproporcional corte à liberdade de imprensa, se comparado ao desconforto gerado pela lembrança*”<sup>737</sup>.

<sup>735</sup> “A União Europeia, depois de mais de quinze anos da adoção da Diretiva n. 46/1995/CE (relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação da informação), que foi seguida pela Diretiva 2002/58/CE (concernente à privacidade e às comunicações eletrônicas), acendeu, uma vez mais, o debate acerca da perenização de informações pessoais em poder de terceiros, assim como o possível controle de seu uso - sobretudo na *internet*. [...]. **Na mesma linha, em recente palestra proferida na Universidade de Nova York, o alto executivo da Google Eric Schmidt afirmou que a *internet* precisa de um botão de *delete*. Informações relativas ao passado distante de uma pessoa podem assombrá-la para sempre, causando entraves, inclusive, em sua vida profissional, como no exemplo dado na ocasião, de um jovem que cometeu um crime em relação ao qual as informações seriam expurgadas de seu registro na fase adulta, mas que o mencionado crime poderia permanecer *on-line*, impedindo a pessoa de conseguir emprego**”. “[...]. Na América - afirmou Schmidt -, “há um senso de justiça que é culturalmente válido para todos nós. A falta de um botão *delete* na *internet* é um problema significativo. Há um momento em que o apagamento é uma coisa certa” (*Google’s Schmidt: The Internet needs a delete button. Google’s Executive Chairman Eric Schmidt says mistakes people make when young can haunt them forever.* (Disponível em: [http://news.cnet.com/8301-1023\\_3-57583022-93/googles-schmidt-the-internet-needs-a-delete-button/](http://news.cnet.com/8301-1023_3-57583022-93/googles-schmidt-the-internet-needs-a-delete-button/). Acesso em 10 de maio de 2013)”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. **Recurso Especial nº 1.335.153 – RJ (2011/0057428-0)**. Relator Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em: 28 maio 2013)

<sup>736</sup> (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. **Recurso Especial nº 1.335.153 – RJ (2011/0057428-0)**. Relator Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em: 28 maio 2013

<sup>737</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. **Recurso Especial nº 1.335.153 – RJ (2011/0057428-0)**. Relator Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em: 28 maio 2013

Na doutrina, há quem comente ainda se o direito ao esquecimento poderia ser exercido por terceiros (ainda que parentes ou herdeiros). No caso em exame, *Curi vs. Globo*, o direito ao esquecimento não seria da Aída Cruz (se viva fosse)? De fato, via de regra, o direito ao esquecimento tem sido pleiteado pelo próprio titular, e não por terceiros. Neste ponto, indaga-se de forma inquietante: seria possível o exercício deste direito ser estendido a outras pessoas, não mencionadas expressamente no fato que se pretende não divulgar?<sup>738</sup> Decerto, de acordo com este precedente judicial do STJ - REsp 1.334.097/RJ (*caso J.G.F vs. Globo*) e REsp 1.335.153/RJ (*caso Curi vs. Globo*), a resposta a esta assertiva seria positiva<sup>739</sup>.

Desde já, destaca-se que, as soluções alcançadas pelo STJ foram opostas, ou seja, no caso *Curi vs. Globo* houve a prevalência jurídico-protetiva das liberdades de informação e de comunicação, ao passo que no caso *J.G.F vs. Globo* houve expressa proteção do direito ao esquecimento, assegurando-lhe inclusive lugar de destaque no cenário normativo constitucional. Nesta medida, defende-se a plena compatibilidade de ambas com o sistema jurídico brasileiro, senão vejamos a ambas as decisões judiciais: (1) não se afiguram a descumprir o artigo 926, do NCPC, quando reverbera que, “*os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente*”. Neste ponto, a uniformidade, a coerência e a integridade do direito se refletem pela observância adequada da teoria dos precedentes judiciais à luz da CF/88, da filosofia hermenêutica e do paradigma do direito enquanto integridade, conforme defendido em seções anteriores; (2) acenam para o fato comum de que, nos casos de colisão de direitos fundamentais, há uma necessária análise dos elementos substanciais, caso a caso, a se ponderar todos os pontos positivos e negativos para a solução alcançada; (3) promovem a ideia de precedente judicial já estudada nesta pesquisa, qual seja, uma resposta institucional dialógica, a promover o adequado diálogo entre o texto-de-norma e o caso concreto, não se confundindo com nenhum destes; (4) corroboram a necessidade de interpretação dos precedentes, pois, como não se tratam de normas parlamentares, não podem ser aplicados por mera subsunção ou silogismo; (5) evidenciam a *applicatio* como o momento oportuno para se verificar a viabilidade de aplicação de um

<sup>738</sup> BRANCO, Sérgio. **Memória e esquecimento na internet**. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2017, p. 178.

<sup>739</sup> “Assim como os condenados que cumpriram pena e os absolvidos que se envolveram em processo-crime (REsp. n. 1.334/097/RJ), as vítimas de crimes e seus familiares têm direito ao esquecimento – se assim desejarem –, direito esse consistente em não se submeterem a desnecessárias lembranças de fatos passados que lhes causaram, por si, inesquecíveis feridas. Caso contrário, chegar-se-ia à antipática e desumana solução de reconhecer esse direito ao ofensor (que está relacionado com sua ressocialização) e retirá-lo dos ofendidos, permitindo que os canais de informação se enriqueçam mediante a indefinida exploração das desgraças privadas pelas quais passaram”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. **Recurso Especial nº 1.335.153 – RJ (2011/0057428-0)**. Relator Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em: 28 maio 2013)

precedente judicial, desde que, o reconhecimento do ganho hermenêutico no caso-precedente seja o DNA de fato (elemento do DNA do direito), a ser transplantado ao próximo caso;

Ademais, a proposta desta pesquisa não é a de transformar o direito ao esquecimento no Brasil com viés de direito absoluto, porquanto no paradigma civil-constitucional sequer se poder falar, abstratamente, de direito, garantia ou liberdade fundamental hierarquicamente superior. De fato, a ideia é apenas reconhecê-lo presente no ordenamento jurídico-constitucional e densificado na legislação infraconstitucional, e, ato contínuo ao reconhecimento, protegê-los e promovê-los, mas jamais torná-lo absoluto pois incompatível com o que ora se propõe.

De qualquer forma, os casos - REsp 1.334.097/RJ (*caso J.G.F vs. Globo*) e REsp 1.335.153/RJ (*caso Curi vs. Globo*) - se encontram atualmente sob a tutela do Supremo Tribunal Federal (STF) aguardando julgamento. Reconheceu-se, por maioria de votos, a repercussão geral em sede de Recurso Extraordinário (RE 1.010.606/RJ) sob a Relatoria do Ministro Dias Toffoli (atual presidente da Corte Constitucional). O tema 786 - Aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera civil quando for invocado pela própria vítima ou pelos seus familiares - restou-se ementado:

DIREITO CONSTITUCIONAL. VEICULAÇÃO DE PROGRAMA TELEVISIVO QUE ABORDA CRIME OCORRIDO HÁ VÁRIAS DÉCADAS. AÇÃO INDENIZATÓRIA PROPOSTA POR FAMILIARES DA VÍTIMA. ALEGADOS DANOS MORAIS. **DIREITO AO ESQUECIMENTO**. DEBATE ACERCA DA HARMONIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DO DIREITO À INFORMAÇÃO COM AQUELES QUE PROTEGEM A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A INVIOABILIDADE DA HONRA E DA INTIMIDADE. **PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL** (grifos nossos)<sup>740</sup>.

De imediato, registra-se que, após o reconhecimento da repercussão geral sob o tema 786, o Supremo Tribunal Federal (STF) vem se debruçando recorrentemente sobre a matéria do direito ao esquecimento<sup>741</sup>. Ato contínuo, no curso do mesmo processo (RE 1.010.606/RJ), convocou-se Audiência Pública<sup>742</sup> realizada em 12 de junho de 2017. Neste ponto, Ingo Sarlet e Arthur Ferreira Neto sintetizam que, na audiência pública se fizeram presentes 03 (três) correntes distintas: (1) A primeira, negam a existência do direito ao esquecimento, defendida pelos representantes da mídia, justificando-se pela hegemonia e pela prevalência da liberdade

<sup>740</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 1010606 – Recurso Extraordinário (Eletrônico). **Portal do STF**, Brasília, Processos, Acompanhamento Processual, 5 out. 2018.

<sup>741</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Secretaria de Documentação. Coordenadoria de Biblioteca. **Direito ao esquecimento**: bibliografia, legislação e jurisprudência temática. Junho de 2017.

<sup>742</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Audiência Pública: direito ao esquecimento na esfera cível. **RE 1.010.606**. Relator Min. Dias Toffoli, 16 ago. 2017.

de expressão e de informação; (2) A segunda, advogam a existência do direito ao esquecimento, neste sentido, há a prevalência dos direitos da personalidade quando se tratar de abuso na liberdade de expressão em geral, bem como malferimentos por meio de informações ofensivas; (3) A terceira, de natureza intermediária, aduz que, não há prevalência em abstrato nem à liberdade de expressão nem aos direitos da personalidade, sugerindo-se a análise caso a caso, mediante cuidadosa ponderação dos valores envolvidos<sup>743</sup>.

A importância do tema do direito ao esquecimento na comunidade jurídica também se revela pelos inúmeros pedidos de intervenção de terceiros no referido RE 1.010.606/RJ junto ao Supremo Tribunal Federal (STF). Neste particular, além de diversas entidades públicas e privadas, de natureza regulatória, empresarial ou científica, também intervieram os buscadores de conteúdo na internet, ou seja, empresas vinculadas ao meio ambiente digital (como, p. ex., Yahoo e Google Brasil<sup>744</sup>). Neste contexto, a despeito de o tema 786 tenha se originado precipuamente do caso *Curi vs. Globo*, que versa sobre direito ao esquecimento fora do domínio da internet (*offline*), o próprio contexto atual da Modernidade Líquida, da sociedade em rede, da Era digital e dos novos paradigmas tecnológicos, parecem sugerir que o STF, ao decidir esta questão, também realize o enfrentamento da temática sob a perspectiva do direito ao esquecimento no ambiente da internet.

#### 5.4.2.2 O direito ao esquecimento no ambiente *online*

Com efeito, ora se perquire recente precedente judicial do Superior Tribunal de Justiça (STJ) versando sobre direito ao esquecimento no ambiente da internet. Trata-se do julgamento do Resp 1.660.168/RJ, em 08 de maio de 2018, rompendo com a orientação

---

<sup>743</sup> “A despeito disso, os elementos colhidos nas manifestações veiculadas durante a audiência pública serão devidamente considerados quando da análise geral e conclusões acerca dos critérios para aplicação (reconhecimento e proteção) de um direito ao esquecimento”. (SARLET, Ingo Wolfgang; FERREIRA NETO, Arthur M. **O direito ao “esquecimento” na sociedade da informação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 163)

<sup>744</sup> “**Petição de intervenção do Google Brasil**: “Por todo o exposto, respeitosamente, a Google Brasil Internet Ltda pede: (i) Que seja admitido o seu ingresso no presente recurso extraordinário na qualidade de *amicus curiae*; e (ii) Que a tese fixada, com repercussão geral, seja no sentido de não se reconhecer o chamado direito ao esquecimento como um direito autônomo no ordenamento jurídico brasileiro. Como se procurou demonstrar, a figura não encontra respaldo no material normativo vigente no país. Além disso, configura mecanismo inadequado, desnecessário e desproporcional de limitação das liberdades de expressão, informação e imprensa, destinando-se tão somente a simplificar artificialmente o juízo de ponderação com outros elementos constitucionais que já é realizado pelo Poder Judiciário. A restrição das referidas liberdades deve ser sempre excepcional e condicionada à superação de um ônus argumentativo baseado especificamente nas circunstâncias de cada caso; jamais tomada como pressuposto ou ponto de partida”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 1010606 – Recurso Extraordinário (Eletrônico). **Portal do STF**, Brasília, Processos, Acompanhamento Processual, 5 out. 2018)

tradicional da Corte Superior do País<sup>745</sup>, dando agora guarida a um pedido de desindexação, além de reconhecer a responsabilidade dos motores de busca de conteúdo da internet. De fato, a matéria era resolvida no âmbito do STJ em conformidade com o julgado no Resp 1.642.560/SP:

**CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. REDE SOCIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROVEDOR DE APLICAÇÃO. REDE SOCIAL. FACEBOOK. OBRIGAÇÃO DE FAZER. REMOÇÃO DE CONTEÚDO. FORNECIMENTO DE LOCALIZADOR URL DA PÁGINA OU RECURSO DA INTERNET. COMANDO JUDICIAL ESPECÍFICO. NECESSIDADE. OBRIGAÇÃO DO REQUERENTE. MULTA DIÁRIA. OBRIGAÇÃO IMPOSSÍVEL. DESCABIMENTO.**

1. Esta Corte fixou entendimento de que “(i) não respondem objetivamente pela inserção no site, por terceiros, de informações ilegais; (ii) não podem ser obrigados a exercer um controle prévio do conteúdo das informações postadas no site por seus usuários; (iii) devem, assim que tiverem conhecimento inequívoco da existência de dados ilegais no site, removê-los imediatamente, sob pena de responderem pelos danos respectivos; (iv) devem manter um sistema minimamente eficaz de identificação de seus usuários, cuja efetividade será avaliada caso a caso”. Precedentes. 2. Aos provedores de aplicação, aplica-se a tese da responsabilidade subjetiva, segundo a qual o provedor de aplicação torna-se responsável solidariamente com aquele que gerou o conteúdo ofensivo se, ao tomar conhecimento da lesão que determinada informação causa, não tomar as providências necessárias para a sua remoção. Precedentes. 3. Necessidade de indicação clara e específica do localizador URL do conteúdo infringente para a validade de comando judicial que ordene sua remoção da internet. O fornecimento do URL é obrigação do requerente. Precedentes deste STJ. 4. A necessidade de indicação do localizador URL não é apenas uma garantia aos provedores de aplicação, como forma de reduzir eventuais questões relacionadas à liberdade de expressão, mas também é um critério seguro para verificar o cumprimento das decisões judiciais que determinar a remoção de conteúdo na internet. 5. Em hipóteses com ordens vagas e imprecisas, as discussões sobre o cumprimento de decisão judicial e quanto à aplicação de multa diária serão arrastadas sem necessidade até os Tribunais superiores. 6. O Marco Civil da Internet elenca, entre os requisitos de validade da ordem judicial para a retirada de conteúdo infringente, a “identificação clara e específica do conteúdo”, sob pena de nulidade, sendo necessário, portanto, a indicação do localizador URL. 7. Recurso especial provido. (REsp 1.642.560/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Rel. p/acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 12.9.2017, DJe 29.11.2017) (grifos nossos).

Por outro giro, o recente precedente judicial enunciado pelo Resp 1.660.168/RJ, versa sobre o caso *Denise Pieri Nunes versus Yahoo, Google, Microsoft*. Em agosto de 2009, a Autora ajuizou ação a que denominou “ação ordinária de obrigação de fazer”, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela pretendida, em desfavor dos Réus (YAHOO! e GOOGLE) e de MICROSOFT INFORMÁTICA LTDA., com o propósito de instá-las a não exibirem como resultado de pesquisas feitas por meio de seus buscadores na internet

<sup>745</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. **Recurso Especial nº 1.642.560 – SP (2016/0242777-4)**. Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze. Julgado em: 12 set. 2017. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. **Recurso Especial nº 1.629.255 – MG (2016/0257036-4)**. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgado em: 22 ago. 2017.

(YAHOO!, GOOGLE e BING), a partir da utilização de seu próprio nome como parâmetro, “*notícias relacionadas à suposta fraude do XLI Concurso para Ingresso na Magistratura Fluminense*”.

Em sua peça vestibular, a Autora esclareceu que: (1) ao final de 2006, participou do referido concurso, obtendo a 2ª colocação na classificação geral do certame na fase antecedente a das provas orais, mas que acabou sendo reprovada nessa última etapa; (2) devido a declarações feitas por um dos integrantes da banca examinadora, no sentido de que o gabarito da prova (escrita) de Direito Tributário teria “vazado”, ela e outros participantes do concurso tiveram seus nomes mencionados em inúmeras notícias divulgadas, tanto por meio impresso quanto eletrônico, que versavam, à época, a respeito da existência dessa suposta fraude; (3) insurgiu-se, assim, contra o fato de que tais notícias, passados anos da publicação original, permanecem sendo apontadas no resultado de pesquisas feitas pelos serviços de busca oferecidos pelas rés, mesmo quando utilizado apenas seu nome como parâmetro de pesquisa; (4) aduziu, por fim, que a ordem judicial pretendida se fazia necessária para resguardar seus direitos de personalidade, visto que a manutenção da vinculação de seu nome com esse fato, ao longo dos anos, apesar de o próprio Conselho Nacional de Justiça já ter se pronunciado a respeito da validade daquele concurso, estaria a lhe submeter a uma espécie de constrangimento perpétuo, subtraindo seu direito de ser esquecida<sup>746</sup>.

Por seu turno, o juízo de primeiro grau, que inicialmente deferiu a tutela antecipatória, julgou improcedente o pedido formulado pela autora, condenando-a ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios sucumbenciais, estes últimos fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa. Inconformada, a Autora interpôs recurso de apelação. A Quinta Câmara Cível do TJ/RJ, por unanimidade de votos dos seus integrantes, deu parcial provimento ao apelo para condenar as apeladas a procederem à

---

<sup>746</sup> “Eis o pedido formulado na inicial: (...) 51. *Ante o exposto, requer a autora seja: (a) deferida, nos termos do art. 273 e § 3º do art. 461 do CPC, a antecipação dos efeitos da tutela, para que as rés, ao realizar pesquisas através do nome da autora em seus buscadores, se abstenham de divulgar notícias relacionadas à suposta fraude do XLI Concurso para Ingresso na Magistratura Fluminense, do qual participou a autora, sob pena de multa diária de R\$ 10.000,00 para cada uma delas, bem como a veiculação de qualquer notícia sobre este processo, como aconteceu no caso de Robson Pacheco Pereira (doc. 13), também sob pena de multa diária de R\$ 10.000,00 para cada uma delas; (b) determinada a citação das rés, através de carta de citação postal, com aviso de recebimento, nos endereços indicados no preâmbulo desta exordial, para, querendo, responderem aos termos da presente, sob as penas da lei; (c) julgada procedente a demanda, para que, confirmando-se a tutela antecipada requerida, sejam condenadas as rés, nos termos dos arts. 287 e 461 do CPC, a se absterem de divulgar em seus buscadores, nas pesquisas realizadas através do nome da autora, notícias referentes à suposta fraude no XLI Concurso para Ingresso na Magistratura Fluminense, do qual esta participou, sob pena de multa diária de R\$ 10.000,00 para cada uma delas*”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. **Recurso Especial nº 1.660.168 – RJ (2014/0291777-1)**. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Relator para Acórdão: Marco Aurélio Bellizze. Julgado em: 8 maio 2018)



instalação de filtros ou outro mecanismo que desvincule o nome da apelante das notícias relativas à suposta fraude praticada no XLI Concurso para Ingresso na Magistratura de Carreira do estado do Rio de Janeiro, sob pena de multa diária de R\$ 3.000 para cada apelada, deferindo a tutela antecipada pleiteada para o imediato cumprimento da tutela inibitória.

Em sede de Recurso Especial, a primeira recorrente - GOOGLE - apontou em seu recurso, além da existência de dissídio jurisprudencial, ofensa aos seguintes dispositivos legais com as respectivas teses: (1) arts. 458, 459 e 535 do Código de Processo Civil de 1973 - por não ter a Corte de origem sanado omissão e contradição que teriam sido apontadas em embargos declaratórios; (2) arts. 3º, 267, inciso VI, e 295, inciso V, do CPC/1973 - porque a presente ação não seria útil ou necessária aos fins perseguidos pela autora, visto que a remoção de palavras, expressões ou *links* de *sites* de buscas se revela completamente ineficaz em virtude da permanência do conteúdo repudiado pela autora nos *sites* de origem; (3) arts. 248 e 250 do Código Civil e 461 do CPC/1973 - porque, por se tratar de obrigação tecnicamente impossível, inclusive à luz da jurisprudência uníssona desta Corte Superior, seria descabida sua condenação à criação de filtros para os resultados de buscas realizadas por terceiros, sendo imprescindível, para a eventual ordem de exclusão de *links* dos resultados da indexação promovida por seu buscador, da precisa indicação do localizador (URL) que se pretende ver removido.

Por sua vez, a segunda recorrente - YAHOO! -, além de afirmar configurada divergência jurisprudencial entre o acórdão recorrido e os arestos resultantes do julgamento do REsp nº 1.316.921/RJ e do REsp nº 1.407.271/SP, apontou como violados os seguintes dispositivos de lei: (1) art. 535 do CPC/1973 - porque remanesceriam no acórdão recorrido obscuridade e contradição não sanadas quando do julgamento dos aclaratórios em que foram apontadas; (2) art. 21 do Código Civil - porque diferentemente do que entendeu a Corte local, *“em nenhum momento e de forma alguma o dispositivo legal em questão autoriza o cerceamento de informação que, como no presente caso - longe de representar violação da vida privada ou intimidade de quem quer que seja - diz respeito a acontecimento público, revestido de interesse público”*. (3) arts. 3º e 267, inciso VI, do CPC/1973 - porque a autora da demanda não teria interesse na propositura da presente demanda contra as requeridas, visto que a medida inibitória pretendida na inicial não se revela necessária nem útil para a finalidade por ela alegadamente perseguida; (4) art. 485, §1º, do CPC/1973 - porque a Corte local teria incidido em *“flagrante erro de fato ao mencionar que a YAHOO teria aplicado ‘filtro de informática’ à sua ferramenta de busca na Web, em decorrência de decisão liminar concedida no processo nº 2005.001.126748-1”*; (5) art. 461, 4º, do CPC/1973 - porque a

fixação de multa diária pressupõe a exigência do cumprimento de obrigação de fazer faticamente exequível, o que não se observa no presente caso; (6) arts. 48 e 472 do CPC/1973 - porque não poderia a Corte local concluir que, decisões judiciais proferidas no julgamento de agravos de instrumento das duas outras litisconsortes passivas constituiriam coisa julgada formal a prejudicar os interesses da ora recorrente.

MICROSOFT INFORMÁTICA LTDA, por seu turno, também interpôs recurso especial, tendo fundando sua irresignação na alegação de ofensa aos arts. 128 e 460 do CPC/1973 bem como ao art. 5º do Decreto-lei nº 4.657/1942. Em exame de prelibação, a Corte local inadmitiu os três apelos nobres (e-STJ fls. 2.159/2.170). Contra essa decisão insurgiram-se, por meio da interposição de recursos de agravo, apenas GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA e YAHOO! DO BRASIL INTERNET LTDA, tendo a MICROSOFT INFORMÁTICA LTDA deixado transcorrer o prazo legal para tanto.

Levado o feito a julgamento pela egrégia Terceira Turma, em 22/8/2017, após a prolação do voto da relatora, Ministra Nancy Andrichi, dando provimento aos recursos especiais, pediu vista dos autos antecipadamente o Ministro Marco Aurélio Bellize. Na sessão de 7/11/2017, o Ministro Marco Aurélio Bellize proferiu seu voto, inaugurando a divergência ao concluir que, os recursos especiais em tela mereceriam apenas parcial provimento, a fim de que fosse tão somente reduzida a multa diária fixada pela Corte de origem para o valor de R\$ 1.000,00 (mil reais). Nessa oportunidade, a relatora do feito pediu vista regimental dos autos. Em 21/11/2017, a relatora reafirmou o voto que havia originalmente proferido em sede de aditamento, ao passo que se seguiu o pedido de vista do Ministro Moura Ribeiro. Este, por sua vez, na sessão de 6/3/2018, proferiu voto acompanhando a divergência do Ministro Marco Aurélio Bellize. Adiante, o voto do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva foi o único a acompanhar a Ministra relatora, ou seja, dando provimento integral aos Recursos Especiais das partes Réis (Google e Yahoo!).

Por derradeiro, o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino também acompanhou a divergência já instaurada, dando provimento apenas parcial aos recursos em relação à redução do *quantum* da multa diária. Em resumo, dos cinco Ministros da 3ª Turma do STJ, restaram-se vencidos a Ministra Relatora (Ministra Nancy Andrichi) e o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, que davam procedência total aos recursos especiais dos Réus (Google e Yahoo!). Por sua vez, a tese vencedora foi a procedência parcial do recurso especial, apenas no que diz respeito à redução do valor da multa diária arbitrada aos Réus, tendo o voto vencedor o Ministro Marco Aurélio Bellize.

Em síntese apertada, a tarefa premente desta pesquisa é a de examinar as razões substanciais deste importante precedente judicial (caso *Denise Pieri Nunes versus Yahoo, Google, Microsoft* - Resp 1.660.168/RJ), principalmente no que se refere ao direito ao esquecimento, bem como ao entendimento sobre a desindexação promovida pelos buscadores de conteúdo na internet. Decerto, pela leitura do histórico, constatam-se intensos debates jurídico-processuais entre as partes envolvidas, bem como entre os julgadores do STJ, algo corroborado pelo fato de julgamento com resultado bastante apertado (três votos *versus* dois), considerando-se a totalidade dos Ministros da 3ª Turma do STJ.

Assim, decidiu a Corte Especial: (1) o cerne da controvérsia reside na possibilidade (ou não) de se determinar o rompimento do vínculo estabelecido por provedores de aplicação de busca na internet entre o nome do prejudicado, utilizado como critério exclusivo de busca, e a notícia apontada nos resultados. Em outras palavras, se seria possível ou não a desindexação dos motores de busca de conteúdo da internet (no caso, Google e Yahoo!); (2) inicialmente, reiterou-se a posição tradicional da corte: afastar a responsabilidade de buscadores da internet pelos resultados de busca apresentados, reconhecendo a impossibilidade de lhe atribuir a função de censor e impondo ao prejudicado o direcionamento de sua pretensão contra os provedores de conteúdo, responsáveis pela disponibilização do conteúdo indevido na internet; (3) Apesar disso, o Tribunal decidiu que há circunstâncias excepcionalíssimas que justificam a intervenção pontual do Poder Judiciário para fazer cessar o vínculo criado, nos bancos de dados dos provedores de busca, entre dados pessoais e resultados da busca, quando as informações que estão indexadas: (3.1) não guardam relevância para o interesse público; (3.2) possuem conteúdo eminentemente privado; (3.3) perderam sua relevância pelo decurso do tempo; (4) assim, nessas situações excepcionais, o direito à intimidade e ao esquecimento, bem como a proteção aos dados pessoais deverá preponderar, a fim de permitir que as pessoas envolvidas sigam suas vidas com razoável anonimato, não sendo o fato desabonador corriqueiramente rememorado e perenizado por sistemas automatizados de busca<sup>747</sup>; (5) No caso concreto, passados mais de uma década desde o fato noticiado, ao se informar como critério de busca exclusivo o nome da parte recorrente, o primeiro resultado apresentado permanecia apontando o *link* de notícia de seu

---

<sup>747</sup> “O rompimento do referido vínculo sem a exclusão da notícia compatibiliza também os interesses individual do titular dos dados pessoais e coletivo de acesso à informação, na medida em que viabiliza a localização das notícias àqueles que direcionem sua pesquisa fornecendo argumentos de pesquisa relacionados ao fato noticiado, mas não àqueles que buscam exclusivamente pelos dados pessoais do indivíduo protegido”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. **Recurso Especial nº 1.660.168 – RJ (2014/0291777-1)**. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Relator para Acórdão: Marco Aurélio Bellizze. Julgado em: 8 maio 2018)

possível envolvimento em fato desabonador, não comprovado, a despeito da existência de outras tantas informações posteriores a seu respeito disponíveis na rede mundial; (6) O arbitramento de multa diária deve ser revisto sempre que seu valor inicial configure manifesta desproporção, por ser irrisório ou excessivo, como é o caso dos autos.

De imediato, constata-se que houve significativa mudança do STJ em relação à “(des)indexação”, espécie do gênero “direito ao esquecimento”, conforme defendido nesta pesquisa. A despeito disto, o voto vencido da Ministra relatora Nancy Andrighi merece algumas reflexões, como, p. ex., quanto à suposta inaplicabilidade do precedente estrangeiro *Mario Costeja González vs. Google* do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE)<sup>748</sup>. Afirma a ministra que, “*apesar de indicar um importante precedente, não se pode olvidar que o Tribunal de Justiça Europeu parte de pressupostos legais muito distintos daqueles existentes no País. O mais importante, cumpre mencionar, é a ausência de uma lei geral que disponha sobre a proteção de dados pessoais dos cidadãos brasileiros*”.

Decerto, data vênua, não assiste razão à ministra relatora do STJ, pois todos os elementos materiais ou substanciais para utilização do referido precedente estrangeiro da União Europeia pela jurisdição nacional brasileira estão presentes, conforme já estudado em tese nas seções anteriores desta pesquisa acadêmica. Nesta medida, têm-se presentes: (1) o dever de integridade, à luz da comunidade de princípios dworkiana, no sentido do preâmbulo

---

<sup>748</sup> **Afirmção da Ministra Nancy Andrighi no seu voto de relatora vencido:** “Por ser de interesse para o julgamento deste recurso, cumpre mencionar um importante julgado do Tribunal de Justiça Europeu, em controvérsia semelhante a que se está a examinar. Em 05/03/2010, M. Costeja González, cidadão espanhol, apresentou na Autoridade Espanhola de Proteção de Dados Pessoais – AEPD uma reclamação contra a *La Vanguardia Ediciones SL*, a Google Spain e a Google Inc. Alegava que, nos resultados das buscas feitas pelo Google com seu nome, obtinha menção a duas páginas do jornal da *La Vanguardia* de 1998, nas quais figurava um anúncio de uma venda de imóveis em hasta pública decorrente de uma execução fiscal de dívidas junto à Segurança Social. Assim, pedia que: (i) *La Vanguardia* suprimisse ou alterasse referidas páginas; e (ii) Google suprimisse ou ocultasse os seus dados pessoais, para que deixassem de aparecer nos resultados de pesquisa. A autoridade espanhola indeferiu o pedido relacionado à *La Vanguardia*, mas deferiu com relação à Google, ordenando que essa empresa promovesse a exclusão solicitada. A decisão foi submetida à Justiça espanhola e, como havia questionamento sobre o alcance de legislação da União Europeia, o processo foi remetido ao Tribunal de Justiça Europeu. Em 13/05/2014, com fundamento na Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção de dados pessoais, mencionado Tribunal decidiu que: I. Um provedor de aplicação de buscas deve ser considerado responsável pelos dados pessoais, nos termos da legislação europeia; II. A responsabilidade existe mesmo quando o servidor do provedor de aplicação de buscas se encontra fora do território europeu; III. Preenchidos os requisitos legais, um provedor de aplicação de buscas é obrigado a suprimir da lista de resultados, exibida na sequência de uma pesquisa efetuada a partir do nome de uma pessoa, as conexões a outras páginas web publicadas por terceiros e que contenham informações sobre essa pessoa, mesmo quando a sua publicação nas referidas páginas seja, em si mesma, lícita; IV. O indivíduo, ao exercer seu direito ao esquecimento, não pode causar prejuízo a outra pessoa. Em princípio, esse direito prevalece sobre o interesse econômico do buscador e sobre o interesse público em acessar a informação numa pesquisa sobre o nome dessa pessoa. No entanto, não será esse caso se houver razões especiais (por exemplo, se o requerente houver desempenhado relevante papel na vida pública). (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. **Recurso Especial nº 1.660.168 – RJ (2014/0291777-1)**. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Relator para Acórdão: Marco Aurélio Bellizze. Julgado em: 8 maio 2018)

silencioso entre o país do tribunal de origem (União Europeia, TJUE) e o Brasil. Neste ponto, também já se mencionou sobre a temática da transnacionalidade, culminando na integridade transnacional. Dito de outra forma, os Estados nacionais (p.ex., Brasil) se utilizam de precedentes estrangeiros (p.ex., da jurisdição da União Europeia), enquanto alicerces substanciais de suas jurisdições, quando houver uma convergência principiológica compartilhada pelas comunidades políticas dos países envolvidos (como é o caso, p. ex., entre o Brasil e a Comunidade Europeia, consubstanciada inclusive por tratados e documentos internacionais de respeito e cooperação mútua em matéria de direitos e garantias fundamentais); (2) o dever de coerência, porquanto o paradigma coerentista sugere que, não se devem existir estruturas absolutamente hierarquizadas entre as jurisdições dos países estrangeiros (Brasil e União Europeia). Em outras palavras, o sistema coerentista transnacional, à luz da proteção jurídica qualificada aos direitos humanos (direito ao esquecimento), impõe o dever de as jurisdições estrangeiras interagirem em rede, de forma entrelaçada, ligando-se por múltiplas relações em que, cada parte se engendra com muitas outras, apoiando-se mutuamente, em atenção à lógica dialética maleável em substituição às compatibilidades meramente lógico-formais; (3) o dever de fundamentação, denotando uma relação imbricada entre as exposições e as justificações da solução majoritária adotada, inclusive, no caso concreto, com pelos 02 (dois) aditamentos de votos e diversos pontos e contrapontos delineados pelos julgadores. Nesta esteira, o próprio Código de Processo Civil brasileiro de 2015 trouxe novos contornos à matéria, ou seja, erigindo a fundamentação adequada à categoria de medida protetiva geral para invocação do uso de precedentes (art. 489, §1º). Por maior razão, o dever de fundamentação deve estar presente quando a utilização for de precedente estrangeiro, sem qualquer vinculação formal (apenas material, no caso de ganho hermenêutico), sob pena de nulidade absoluta (ausência de fundamentação).

Igualmente, em alguns votos vencedores<sup>749</sup> deste caso *Denise Pieri Nunes versus Yahoo, Google, Microsoft* - Resp 1.660.168/RJ, por exemplo, verifica-se cristalinamente o

---

<sup>749</sup> **Trecho do voto do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino:** “Colaciono trechos de artigo elaborado pelo eminente Professor Dr. Otavio Luiz Rodrigues Junior, no *site* Consultor Jurídico (publicado em: <https://www.conjur.com.br/2014-mai-21/direito-apagar-dados-decisao-tribunaleuropeu-google-espanha>), que analisou ao acórdão proferido pelo Tribunal Europeu de maneira sistemática e esclarecedora, *verbis*: *Mario Costeja González teve, então, seu “dia na Corte”, quando a matéria foi examinada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, em seu órgão plenário (a Grande Seção), no último dia 13 de maio de 2014. Antes disso, a controvérsia envolvendo o direito do espanhol de “apagar dados pessoais” já havia sido noticiada em diversos jornais e periódicos, sendo aguardada a solução do caso em meio a enorme polêmica nos meios jurídicos e políticos europeus e norte-americanos. [...]. “Valho-me, mais uma vez, das palavras do Professor Dr. Otavio Luiz Rodrigues Junior, no artigo já aludido, ao tratar do *right to erasure*, que, para o autor, não se confundiria com o direito ao esquecimento, por tratar de um direito distinto -, “sob a perspectiva dos indivíduos em face de seus próprios dados e seu tratamento pelo Estado, por suas comunidades ou por seus*

cotejo crítico ao se invocar a utilização do referido precedente judicial estrangeiro, subsidiando-se a sua justificação na jurisdição nacional de acordo com o abalçamento ponderado de doutrinadores brasileiros sobre o assunto referendado no precedente, à luz do cenário jurídico do País. Neste ponto, buscam-se em última análise a *ratio decidendi* possível a ser transplantada para o caso brasileiro, quando os elementos formais (diminuídos ou inexistentes, pois da União Europeia) se tornam em menor medida e relevância quando confrontados diante de os elementos materiais (justificação, coerência e integridade) e o ganho hermenêutico a ser ventilado no caso em análise.

Por conseguinte, quanto ao argumento específico da Ministra relatora do STJ que, no Brasil, inexistente uma lei geral de proteção de dados pessoais, diferentemente da Europa, também ora se refuta respeitosamente. Primeiro, não se trata de a presença ou da ausência de uma determinada lei geral sobre qualquer assunto, o vetor decisivo para a utilização de precedente estrangeiro por jurisdição nacional. Segundo, nesta matéria específica sobre proteção de dados pessoais, desde a Constituição Federal de 1988, já se pode falar em proteção jurídica qualificada, conforme se consubstanciam em diversos artigos do texto constitucional (p.ex, art. 220, combinado com artigo 5º, incisos IV, V, X, XIII e XIV, dentre outros). Terceiro, ainda que os outros dois argumentos não lhe fossem suficientes, a convergência principiológica do Brasil com a União Europeia também foi recentemente corroborada, porque desde 14 de agosto de 2018 já existe lei de proteção de dados pessoais no Brasil, qual seja, a Lei 13.709/2018, tendo sido formalmente criada a Autoridade Nacional de Proteção de dados, pela mais recente Medida Provisória nº 869, de 27 de dezembro de 2018.

De outro giro, ao se empreender a tarefa de análise de os 05 (cinco) votos dos componentes da 3ª Turma do STJ neste caso *Denise Pieri Nunes versus Yahoo, Google, Microsoft*. (Resp 1.660.168/RJ), verifica-se que, todos os votos dos Ministros, vencedores e

---

iguais”, referindo, com pertinência, o seguinte: (...) *Na Literatura e na História, colhem-se diversos exemplos da força simbólica dos dados pessoais como instrumentos de controle, aniquilamento ou sujeição dos indivíduos. A tatuagem de Milady de Winter, a misteriosa vilã do romance Os três mosqueteiros, de Alexandre Dumas, era o registro criminal, gravado em sua pele, de sua condenação por um crime abominável. A letra escarlate, que dá título ao romance do norte-americano Nathaniel Hawthorne, representava a condição de adúltera da jovem puritana Hester Prynne, na América do século XVII. Esse símbolo, costurado nas roupas daquela mulher, tornava impossível a ela e a seus contemporâneos o esquecimento de seu pecado. Jean Valjean, a trágica figura criada por Victor Hugo para ser a personagem principal de Os miseráveis, assistiu à destruição de sua pacata vida de empresário bem-sucedido e de respeitável burgomestre após o levantamento de seus antecedentes criminais pela sinistra — e atormentada — personagem do inspetor Javert, um dos mais belos símbolos do positivismo exegético do século XIX. O que todas essas personagens tentaram ou desejaram fazer? Apagar esses símbolos de seus erros pretéritos, reais ou amplificados. Quem de nós não olha para as montanhas cheias de névoas, que são nossos dias já vividos, com uma ponta de dor ou uma sensação de remorso? [...]*”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. **Recurso Especial nº 1.660.168 – RJ (2014/0291777-1)**. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Relator para Acórdão: Marco Aurélio Bellizze. Julgado em: 8 maio 2018)

vencidos, em maior ou menor medida, se referem especificamente a este precedente estrangeiro do Tribunal de Justiça da União Europeia (caso *Mario Costeja González vs. Google*). Neste particular, reitera-se que, se trata de algo recorrente na doutrina dos precedentes judiciais a preocupação com a recepção tão somente de argumentos esgrimidos de decisões judiciais estrangeiras, a fim de justificar decisões judiciais no Brasil. Em outras palavras, trata-se da crítica designada como invocação ornamental de precedente estrangeiro, mera citação alegórica de estilo ou retórica da práxis jurídica das Cortes de Vértice. Neste particular *sub examine*, adianta-se que, não se tratou destes casos, a despeito de que, nem todos os votos, individualmente considerados, exauriram criticamente todos os elementos materiais a serem auferidos pelo precedente judicial (justificação, coerência e integridade). Apesar disto, e para ser fidedigno academicamente, a leitura total e o conjunto de todos os argumentos sedimentados nos votos, a ementa e o acórdão se permitem afirmar que o desiderato proposto almejado foi atingido<sup>750</sup>.

De qualquer sorte, pertinentes são as reflexões de Ingo Sarlet e Arthur Ferreira Neto<sup>751</sup>, criticando em parte o STJ no caso *Denise Pieri Nunes versus Yahoo, Google, Microsoft*. - Resp 1.660.168/RJ. De fato, houve a invocação expressa do precedente estrangeiro referido em termos comparativos quanto à similitude fática de ambos os casos (indexação, decurso de tempo, malferimento direitos da personalidade etc). Há, contudo, uma diferença basilar: Denise Pieri Nunes é promotora de justiça (cargo relevante) e a natureza do fato investigado (possível fraude em concurso público da Magistratura), a despeito de o precedente estrangeiro invocado ser diferente (cidadão sem cargo público, dívidas passadas etc). Depreende-se, portanto, a existência de um peso maior quanto ao interesse público no acesso à informação pela coletividade, diferentemente do precedente judicial estrangeiro invocado. Por outro lado, defendiam os Autores que, de acordo com o caso da Chacina Candelária, poderia ter sido determinada a supressão do nome da demandante, equacionando-se melhor o seu interesse individual e o interesse transindividual no acesso à informação.

Por outro lado, pode-se especular que, o STJ pontuou em favor de a parte Autora o importante vetor do transcurso do tempo, isto é, a passagem de mais dez anos dos eventos com os quais as informações pretéritas se relacionam. Tal argumentação do vetor tempo pode indicar, portanto, uma desconexão jurídico-fática entre a informação do passado e o momento

---

<sup>750</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. **Recurso Especial nº 1.660.168 – RJ (2014/0291777-1)**. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Relator para Acórdão: Marco Aurélio Bellizze. Julgado em: 8 maio 2018.

<sup>751</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FERREIRA NETO, Arthur M. **O direito ao “esquecimento” na sociedade da informação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 181.

atual vivenciado pela parte Autora. Ademais, a informação pretérita já foi devidamente apurada e refutada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), abonando a parte Autora de qualquer responsabilidade sobre a suposta fraude em concurso público. Tanto o é verdade que, neste razoável intervalo de tempo transcorrido, a parte Autora já fez outros concursos públicos, e, conseqüentemente, assumiu com regular idoneidade outras funções públicas.

De outra forma, ainda sobre o voto vencido da Ministra relatora Nancy Andrichi, outro argumento também merece maior reflexão, qual seja, a afirmação da Ministra de que, “*concedendo que todas as considerações anteriores sejam superadas por esta d. Turma, ainda há a questão da especificação das informações a serem retiradas ou censuradas dos resultados das buscas feitas pelos recorrentes*”. Neste particular, destaca ainda a Ministra que, o pedido da Autora foi genérico e amplíssimo, ou seja, as Rés (Google e Yahoo!) – ora Recorrentes - deveriam ser obrigadas “*a se absterem de divulgar em seus buscadores, nas pesquisas realizadas através do nome da autora, notícias referentes à suposta fraude no XLI Concurso para Ingresso na Magistratura Fluminense*”.

Desta forma, com fundamento no artigo 19, §1º, do Marco Civil da Internet, decide a Ministra<sup>752</sup> relatora que, falta ao acórdão recorrido elemento essencial de validade, qual seja, a identificação inequívoca, por meio dos localizadores únicos da internet (URLs), de quais informações devam ser censuradas dos resultados de busca. Neste sentido, sem esse requisito, seria interminável a discussão se, as recorrentes cumpriram ou deixaram de observar o comando judicial. Nesta medida, a informação pretérita pode reaparecer e a sua filtragem prévia, a cargo unicamente do provedor de aplicação (Google e Yahoo!), deve ser evitada,

---

<sup>752</sup> “Nessa oportunidade, com relação à necessidade dos localizadores únicos da internet (URLs) para a identificação dos conteúdos infringentes a serem retirados, afirmou-se o seguinte: *Neste ponto, passa-se a discorrer que, independentemente da vertente adotada na teoria da responsabilidade subjetiva dos provedores de aplicação por conteúdos gerados por terceiros, a indicação clara e específica de sua localização na internet é essencial, seja por meio de uma notificação do particular seja por meio de uma ordem judicial. Em qualquer caso, essa indicação deve ser feita por meio do Localizador de Recurso Uniforme ou URL, na sigla em inglês. Trata-se de um endereço virtual, isto é, diretrizes que indicam o caminho até determinado site ou página específico da página onde se encontra o conteúdo considerado ilegal ou ofensivo é que seria possível ao provedor de pesquisa controlar com eficiência a sua exclusão dos resultados da busca virtual, assegurando a eficácia da medida ao longo do tempo. Essa necessidade está manifesta na redação conferida ao § 1º do art. 19 do Marco Civil da Internet, ao dispor sobre os requisitos de validade da própria ordem judicial que determina a retirada de conteúdo infringente. Veja-se a redação do dispositivo mencionado abaixo: Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário. § 1º A ordem judicial de que trata o caput deverá conter, sob pena de nulidade, **identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente**, que permita a localização inequívoca do material. (...) (Grifou-se) [...]”.*

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. **Recurso Especial nº 1.660.168 – RJ (2014/0291777-1)**. Relatora Ministra Nancy Andrichi. Relator para Acórdão: Marco Aurélio Bellizze. Julgado em: 8 maio 2018)



considerando que o bloqueio pode abranger conteúdos que não estão relacionados ao comando judicial, além de configurarem uma função indevida de censores da internet.

De imediato, também se refuta esta argumentação da Ministra relatora. Sobre o artigo 19 do Marco Civil da Internet, já houve crítica substancial tratada nesta pesquisa em seções anteriores, com base na doutrina de Marco Aurélio Florêncio Filho<sup>753</sup> e a Celso Antônio Pacheco Fiorillo<sup>754</sup>, além da mencionada regra da “*notice and take down*”<sup>755</sup>. Por outro lado, registra-se precedente anterior da própria ministra Nancy Andriahi em sentido contrário (Resp 1.323.754/RJ)<sup>756</sup>, demonstrando a necessidade de a celeridade da retirada da informação que possa ocasionar dano ao usuário, pois este não pode esperar, certamente, por uma decisão específica do Poder Judiciário neste sentido:

[...]. Com efeito, a velocidade com que os dados circulam no meio virtual torna indispensável que medidas tendentes a coibir informações depreciativas e aviltantes sejam adotadas célere e enfaticamente. Até porque, diante da inexigibilidade – reconhecida pelo próprio STJ – de que o provedor de conteúdo exercer prévio controle e fiscalização do que é postado em seu *site*, torna-se impossível evitar a difusão de mensagens vexaminosas, que fatalmente cairão no domínio público da *web*. Essa condição, porém, gera como contrapartida a necessidade dessas mensagens serem sumariamente excluídas, de sorte a potencialmente reduzir a disseminação do insulto, minimizando os nefastos efeitos inerentes a informações dessa natureza. Este, sem dúvida, é o caminho coerente. Conforme ressalvei no julgamento REsp 1.186.616/MG, 3ª T., minha relatoria, DJe de 31.08.2011, tendo por objeto situação análoga à dos autos, ‘se, por um lado, há notória impossibilidade prática de controle, pelo provedor de conteúdo, de toda a informação que transita em seu site; por outro lado, deve ele, ciente da existência de publicação de texto ilícito, removê-los sem delongas. [...].

Ademais, corrobora-se o posicionamento ora defendido com as justificações de um dos votos vencedores, do Ministro Marco Aurélio Bellize, por ter instaurado a divergência em relação à Ministra relatora, tendo sido designado para lavratura do Acórdão. Neste particular, decidiu o Ministro que: (1) não há diferença entre as normas aplicáveis na Europa e no Brasil, pois em ambos os casos se trata da responsabilidade dos provedores de pesquisas (mecanismos de busca), que selecionam e hierarquizam informações a partir de algoritmos, independentemente do conteúdo dos dados aos quais dão acesso<sup>757</sup>; (2) a interpretação melhor

<sup>753</sup> Cf. seção 2.5.

<sup>754</sup> Cf. seção 2.5.

<sup>755</sup> Cf. seção 2.5.

<sup>756</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. **Recurso Especial nº 1.323.754 – RJ (2012/0005748-4)**. Relatora Ministra Nancy Andriahi. Julgado em: 19 jun. 2012.

<sup>757</sup> “Isso é possível porque, conforme explicação simplificada, divulgada no próprio *site* da Google e que descreve como funciona a pesquisa “por dentro” (<https://www.google.com/intl/pt-br/insidesearch/howsearchworks/>), esse serviço tem por essência o rastreamento e a indexação de trilhões de páginas disponíveis na *web*, possibilitando a localização e organização, segundo critérios internos de classificação e relevância das páginas já indexadas e organizadas em sua base de dados (sistema *PageRank*). Essa indexação, a princípio, é passível de futuras atualizações. Contudo, de modo geral, o sistema trabalha apenas

do Marco Civil da Internet não equivale a impor aos provedores de aplicações, em especial, àqueles dedicados exclusivamente à disponibilização de ferramentas de busca, o ônus de retirar do meio digital conteúdo inserido por terceiros, tampouco de imputar-lhes a função de um “verdadeiro censor digital”. De fato, trata-se tão somente de regra a não se afastar do Poder Judiciário, peremptoriamente, a apreciação de casos concretos excepcionais em que se denote a ausência de razoabilidade na exibição dos resultados; (3) a atuação do Judiciário a ser justificada por esta excepcionalidade, pode advir de conteúdo cujo interesse seja essencialmente privado e particular, de modo a escapar ao interesse coletivo de informação. Assim, também, pode resultar do longo prazo decorrido desde o fato que deu ensejo à inclusão dos dados pessoais apontados na respectiva busca.

Neste sentido, o Ministro Marco Aurélio Bellize destaca a imprescindibilidade de atuação do Poder Judiciário no caso *Denise Pieri Nunes versus Yahoo, Google, Microsoft*. - Resp 1.660.168/RJ -, até mesmo para se afastar a função de censor das ferramentas de busca. Em outras palavras, se sustenta a necessidade de interferência pontual judicante para assegurar à parte Autora a quebra dessa vinculação eternizada pelos *sites* de busca, a fim de desassociar os seus dados pessoais do resultado, cuja relevância se encontra superada pelo decurso do tempo. Essa é, portanto, a essência do direito ao esquecimento: não se trata de

---

acrescentando à base de dados as páginas novas localizadas por seu sistema de varredura. Essa sistemática de busca, na essência, é a mesma para qualquer buscador, variando de acordo com os algoritmos próprios para a atribuição de importância a fim de ordenar as respostas apresentadas. Assim, no intuito de agregar velocidade ao sistema de pesquisas e reduzir o tempo de resposta, alcançando resultados mais relevantes e úteis aos usuários, a base de dados trabalha num crescente, sempre adicionando novos resultados e novos conteúdos. Para ordenar os resultados da busca, alguns sistemas valoram mais a recenticidade, enquanto outros consideram mais relevantes resultados mais antigos, que parecem, portanto, mais estáveis. Desse modo, não se pode afirmar, de forma peremptória, que os resultados um dia existentes serão necessariamente excluídos. Isso porque, de fato, algumas páginas serão varridas novamente - segundo uma periodicidade que variará de acordo com um sistema exclusivo de *ranking* das páginas, que toma em consideração a quantidade de vezes que ela é mencionada na rede por outros usuários e o volume de consultas e acessos -, porém, outras páginas, por sua ínfima relevância no meio virtual, serão ignoradas em novas varreduras, mantendo-se íntegro o resultado atrelado na base de dados do *Google Search* aos argumentos de pesquisa inseridos pelos internautas. [...]. Essa ausência de atualização constante não pode ser compreendida como uma falha do sistema de busca ou como uma atividade, por si só, geradora de dano, suscetível de imputar ao provedor de pesquisa a responsabilidade civil, como esta Terceira Turma já teve oportunidade de se manifestar. Porém, em situação excepcional, já se reconheceu a existência de defeito na prestação de serviço, porque o resultado não condizia com o conteúdo da página apontada, que havia tido seu conteúdo alterado (REsp n. 1.582.981/RJ, desta relatoria, Terceira Turma, DJe 19/5/2016). Ainda que a hipótese dos autos seja distinta daquele precedente, uma vez que não se requereu a responsabilização civil dos recorrentes, tampouco se alega a existência de defeito de prestação do serviço, a situação ora em foco também é excepcional e merece uma reflexão individualizada. [...] Neste caso, a recorrida se insurgiu contra o fato de que o resultado mais relevante obtido a partir da busca de seu nome, após mais de dois anos dos fatos, apontava a notícia de fraude em concurso público da magistratura fluminense, no qual havia sido reprovada. Atualmente, o fato referido já conta com mais de uma década, e ainda hoje os resultados de busca apontam como mais relevantes as notícias a ele relacionadas, como se, ao longo desta década, não houvesse nenhum desdobramento da notícia, nem fatos novos relacionados ao nome da recorrida”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. **Recurso Especial nº 1.660.168 – RJ (2014/0291777-1)**. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Relator para Acórdão: Marco Aurélio Bellize. Julgado em: 8 maio 2018)

efetivamente apagar o passado, mas de permitir que a pessoa envolvida siga sua vida com razoável anonimato, não sendo o fato desabonador corriqueiramente rememorado e perenizado por sistemas automatizados de busca<sup>758</sup>.

Por outro giro, em busca de adequada fundamentação jurídica civil-constitucional do direito ao esquecimento no Brasil, aproveita-se inicialmente das justificações de outro voto vencedor, desta vez, do Ministro do STJ Moura Ribeiro<sup>759</sup>, neste caso *Denise Pieri Nunes versus Yahoo, Google, Microsoft* (Resp 1.660.168/RJ). Neste ponto, argumenta o Ministro à luz da doutrina de Ingo Sarlet que:

Confesso que a temática me é tormentosa, razão pela qual já há algum tempo venho me debruçando sobre diversos artigos que dela tratam. Entendo o direito ao esquecimento como um direito fundamental implícito decorrente da dignidade da pessoa humana, mas que se choca com outros direitos de igual natureza constitucional, como o direito de informar e o direito de ser informado. INGO WOLFGANG SARLET também considera o direito ao esquecimento como um direito implícito, e esclarece: *Como direito humano e direito fundamental, o assim chamado direito ao esquecimento encontra sua fundamentação na proteção da vida privada, honra, imagem e ao nome, portanto, na própria dignidade da pessoa humana e na cláusula geral de proteção e promoção da personalidade em suas múltiplas dimensões. Cuida-se, nesse sentido, em virtude da ausência de disposição constitucional expressa que o enuncie diretamente, de um típico direito fundamental implícito, deduzido de outras normas, sejam princípios gerais e estruturantes, como é o caso da dignidade da pessoa humana, seja de direitos fundamentais mais específicos, como é o caso da privacidade, honra, imagem, nome, entre outros. (Tema da moda, direito ao esquecimento é anterior à internet. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-mai-22/direitos-fundamentais-temamoda-direito-esquecimento-anterior-internet>, consultado aos 20/1/2018, sem destaques no original).*

De imediato, comunga-se inteiramente com este posicionamento que, desde o início desta pesquisa, tem sido perquirido à exaustão: caracterização do direito ao esquecimento como direito fundamental implícito, com previsão normativa expressa do artigo 1º, inciso III,

<sup>758</sup> **Voto vencedor do Ministro Marco Aurélio Bellize:** “Note-se que não se trata de impugnar o resultado em pesquisas que pretendessem resgatar notícias vinculadas a fraudes em concurso nem os resultados decorrentes da busca que associasse o nome da recorrida e outro critério que aludisse a concursos públicos ou fraudes. A insurgência é restrita ao apontamento de seu nome, como critério exclusivo, desvinculado de qualquer outro termo, e a exibição de fato desabonador divulgado há mais de dez anos entre as notícias mais relevantes. Outrossim, a manutenção desses resultados acaba por retroalimentar o sistema, uma vez que, ao realizar a busca pelo nome da recorrida e se deparar com a notícia, o cliente acessará o conteúdo – até movido por curiosidade despertada em razão da exibição do *link* – reforçando, no sistema automatizado, a confirmação da relevância da página catalogada. [...]”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. **Recurso Especial nº 1.660.168 – RJ (2014/0291777-1)**. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Relator para Acórdão: Marco Aurélio Bellize. Julgado em: 8 maio 2018.)

<sup>759</sup> **Um dos votos vencedores, o do Ministro Moura Ribeiro:** “A ampla proteção dos direitos fundamentais é mais do que uma meta constitucional, é também um norte hermenêutico. As normas, quer constitucionais, quer infraconstitucionais, devem ser interpretadas no sentido que lhes dê a maior amplitude. Nessa linha, forçoso me é aderir ao entendimento apresentado pelo Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE no sentido de que nosso ordenamento detém base legal para a pretensão veiculada nos autos”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. **Recurso Especial nº 1.660.168 – RJ (2014/0291777-1)**. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Relator para Acórdão: Marco Aurélio Bellize. Julgado em: 8 maio 2018)

da CF/88. Neste ponto, este direito se caracteriza enquanto vetor jurídico-normativo de duas dimensões da dignidade humana – a ideia de tempo e de memória – caracteres exclusivos do homem, ou seja, nenhum outro animal possui discernimento frente a estas duas percepções demasiadamente humanas.

Neste sentido, tem-se a dignidade de lembrar (objetivo maior da Era analógica) e a dignidade de ser esquecido (objetivo maior da Era digital). Em outras palavras, frisa-se o que já foi dito em seções anteriores: a regra geral das mídias analógicas era o esquecimento, enquanto a exceção era a lembrança (a exemplo das dificuldades traduzidas por memórias tradicionais, diários escritos, álbuns de fotos de família etc). Por outro lado, com o advento de as novas tecnologias e das mídias digitais, isto é, com a perenização das informações no ambiente da internet de forma fácil e sempre disponível (a exemplo das memórias nas nuvens, blogs, redes sociais etc), a exceção passou a ser o esquecimento ou a capacidade de esquecer, enquanto que a lembrança passou a ser a regra da sociedade em rede.

Por conseguinte, voltando-se às justificações do Ministro do STJ Moura Ribeiro, no referido precedente judicial enunciado pelo Resp 1.660.168/RJ, desenvolve-se uma espécie de escalonamento ou ordem de preferência a solucionar os casos que envolvam esta temática: (1) o direito à atualização das informações; e, (2) o direito à (des)indexação, como segunda melhor opção. A primeira opção, baseada em modelo adotado pela Corte Italiana e endossada por parecer jurídico de Daniel Sarmiento. Tem-se:

Penso, entretanto, que uma solução quase que parametrizada para casos como o presente seria aquela adotada pela Corte Italiana: o direito à atualização das informações. É DANIEL SARMENTO, em parecer concedido para um determinado recurso extraordinário ainda pendente de julgamento, quem narra essa decisão de 2012: *Da Itália, cabe a referência a um interessante exemplo de solução compromissória encontrado pela Corte de Cassação do país ('Corte Suprema di Cassazione', 'Terza Sezione Civile', nº 5525/2012, julgado aos 11/1/2012). Tratava-se de ação proposta por político italiano que fora processado por corrupção e depois absolvido. A instauração do processo fora, à época, noticiada pelo jornal 'Corriere della Sera', e a notícia ficara no arquivo histórico do periódico, acessível em sua página na Internet. O Tribunal afirmou, por um lado, que era lícita a iniciativa do jornal, de manter em arquivo histórico a notícia, pois a passagem do tempo não lhe subtrairá o interesse público. Considerou, porém, que era legítima a pretensão do autor, de que os dados no arquivo digital se mantivessem atualizados por algum meio, que poderia ser a criação de link entre a referida notícia e a informação posterior, da absolvição processual. Nesta hipótese, impôs-se uma restrição à liberdade do jornal, mas esta, além de promover os direitos da personalidade do autor da ação, ampliou, ao invés de restringir, o acesso do público à informação* (Parecer no ARExt nº 833.248, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, disponível em <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/2/art20150213-09.pdf>, consultado aos 5/3/2018, sem destaque no original).

Por conseguinte, não sendo a hipótese do caso concreto (*Denise Pieri Nunes versus Yahoo, Google, Microsoft*), sugere então o Ministro Moura Ribeiro perquirir o cabimento ou

não aos provedores de busca na internet desindexar as notícias mencionadas nas pesquisas do nome da parte Autora. Neste sentido, afirma-se que, “*o pedido de desindexação é razoavelmente menor do que o pedido de exclusão de páginas da rede mundial de computadores, pois garante o direito de informar e ser informado, ao mesmo tempo em que preserva a imagem da autora, permitindo que ela siga sua vida e sua carreira sem ser constantemente vinculada à suspeita de participação em uma fraude que inexistiu*”. Neste contexto, se aproveitando mais uma vez da doutrina de Ingo Sarlet, defende que, a desindexação nos provedores de pesquisa é um direito inerente ao direito ao esquecimento. Tem-se:

[...] **o direito ao esquecimento não se reduz ao direito de requerer o cancelamento de informações** previsto no artigo 7º da Lei do Marco Civil da Internet (e nem ao direito ao cancelamento consagrado no artigo 17 do novo Regulamento Europeu de Proteção de Dados), **mas abarca** (ou deveria, no nosso entender, da literatura brasileira majoritária e da posição prevalente no mundo europeu ocidental) **um direito à desindexação em face dos provedores de pesquisa**. (Vale a pena lembrar o que estamos fazendo com o direito ao esquecimento. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-jan-26/direitos-fundamentais-vale-p-ena-relembrar-fizemos-direito-esquecimento>, consultado aos 20/1/2018, sem destaque no original).

Com efeito, discorda-se da primeira parte das justificativas do Ministro Moura Ribeiro do STJ, particularmente quanto ao direito de atualização como melhor solução para os casos ora *sub examine*. Neste sentido, a ideia de atualização se trata apenas de uma consequência lógica do mundo factual, ou seja, a necessidade de se tornar novamente verdadeiras as informações desatualizadas do passado, do tipo cadastro de endereço, o estado civil, a mudança de gênero etc, não se encontrando entre os núcleos normativos essenciais de proteção jurídico-normativa do direito ao esquecimento. Ademais, no mencionado caso italiano referido pela doutrina de Daniel Sarmento, tratou-se de uma ponderação diante de fatos passados históricos ou com especial interesse público subjacente. O direito ao esquecimento, por sua vez, se refere à informação legítima, lícita e verdadeira, de interesse predominantemente privado (sem especial interesse público ou histórico) que, uma vez perenizada ou recorrentemente revisitada, pode vir a causar danos e abalos aos direitos da personalidade, porquanto estar-se a falar de informações do passado remoto em completa desconexão com a realidade factual do indivíduo.

Por outro lado, concorda-se com o Ministro no que diz respeito à desindexação, porquanto já se defendeu nesta pesquisa como direito subjetivo, conforme já consignado no modelo da União Europeia, se tratando de espécie do gênero do direito ao esquecimento. A despeito de que, tecnicamente, não se desconhece que desindexar não significa

necessariamente apagar ou excluir, entretanto, os efeitos práticos desta desassociação seria praticamente esvaziar o conteúdo normativo do direito ao esquecimento, na medida em que a maior parte da difusão das informações na era digital ocorrem por meio dos buscadores de conteúdo na internet (google, yahoo! etc).

#### 5.4.2.3 Reflexões sobre a fundamentação jurídica civil-constitucional do direito ao esquecimento no Brasil

Quanto à dogmática jurídica civil-constitucional, ora se discute, à luz do artigos 1º, inciso III, artigo 5º, *caput*, incisos III, IV, V, X, XIII e artigo 220, *caput*, § 1º, da Constituição Federal<sup>760</sup>, dentre outros, a possibilidade de a vítima ou seus familiares invocarem a aplicação do direito ao esquecimento na esfera civil, considerando a harmonização dos princípios constitucionais da liberdade de expressão e do direito à informação com aqueles que protegem a dignidade da pessoa humana e a inviolabilidade da honra e da intimidade.

Em seções anteriores, também se vislumbrou nesta pesquisa o fenômeno da constitucionalização do direito civil (ou de publicização do direito privado) e o virtuoso intercâmbio normativo-valorativo de ambos os direitos, a ponto de se constituir uma nova designação indicativa de tal desiderato, quais sejam, os direitos civis-constitucionais. Nesta medida, a densificação dos direitos constitucionais da personalidade encontra guarida qualificada na legislação infraconstitucional, mais precisamente nos artigos 11 a 21, do Código Civil brasileiro de 2002. Decerto, o legislador não apresentou um rol exaustivo ou fechado dos respectivos direitos civis-constitucionais da personalidade, limitando-se a enumerar algumas situações merecedoras de tutela especial.

---

<sup>760</sup> “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana; [...] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; 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; [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...] XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer; XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional; [...] 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. § 1º 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. 5º, IV, V, X, XIII e XIV”. (BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Assembleia Nacional Constituinte, 1988)

A despeito disto, a cláusula geral dos direitos da personalidade prevista no artigo 21 do Código Civil sobre a tutela da vida privada não significa, *per se*, tratar-se de um cheque em branco, destinando a ser preenchido através da liberdade criativa da doutrina ou das interpretações solipsistas e discricionárias de juízes e tribunais. Nesta esteira, se assim o fosse, estar-se-ia diante de uma máquina estatal e particular de criação de novos direitos, tudo de forma indiscriminada, simplista e genérica, porquanto boa parte da vida humana pode ser associada à ideia de sua dignidade. De qualquer sorte, reconhece-se que, a ausência de previsão expressa no texto civilista (a omissão induzida pelo legislador) acaba por estimular o debate em torno do reconhecimento de novas dimensões essenciais de realização da pessoa humana<sup>761</sup>.

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal (STF) já se manifestou sobre alguns dos artigos do Código Civil que discorrem sobre os direitos da personalidade, conferindo-lhes interpretação conforme à constituição sem redução de texto, declarando a inexigibilidade de autorização prévia para a publicação de biografias. Neste particular, entendeu o Supremo na ADI nº 4815<sup>762</sup> que, os artigos 20 e 21 do Código Civil devem ser interpretados em

<sup>761</sup> Cf. seção 3.3.

<sup>762</sup> **“EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 20 E 21 DA LEI N. 10.406/2002 (CÓDIGO CIVIL). PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA REJEITADA. REQUISITOS LEGAIS OBSERVADOS. MÉRITO: APARENTE CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DE INFORMAÇÃO, ARTÍSTICA E CULTURAL, INDEPENDENTE DE CENSURA OU AUTORIZAÇÃO PRÉVIA (ART. 5º INCS. IV, IX, XIV; 220, §§ 1º E 2º) E INVIOABILIDADE DA INTIMIDADE, VIDA PRIVADA, HONRA E IMAGEM DAS PESSOAS (ART. 5º, INC. X). ADOÇÃO DE CRITÉRIO DA PONDERAÇÃO PARA INTERPRETAÇÃO DE PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL. PROIBIÇÃO DE CENSURA (ESTATAL OU PARTICULAR). GARANTIA CONSTITUCIONAL DE INDENIZAÇÃO E DE DIREITO DE RESPOSTA. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE PARA DAR INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO AOS ARTS. 20 E 21 DO CÓDIGO CIVIL, SEM REDUÇÃO DE TEXTO.** 1. A Associação Nacional dos Editores de Livros - Anel congrega a classe dos editores, considerados, para fins estatutários, a pessoa natural ou jurídica à qual se atribui o direito de reprodução de obra literária, artística ou científica, podendo publicá-la e divulgá-la. A correlação entre o conteúdo da norma impugnada e os objetivos da Autora preenche o requisito de pertinência temática e a presença de seus associados em nove Estados da Federação comprova sua representação nacional, nos termos da jurisprudência deste Supremo Tribunal. Preliminar de ilegitimidade ativa rejeitada. 2. O objeto da presente ação restringe-se à interpretação dos arts. 20 e 21 do Código Civil relativas à divulgação de escritos, à transmissão da palavra, à produção, publicação, exposição ou utilização da imagem de pessoa biografada. 3. A Constituição do Brasil proíbe qualquer censura. O exercício do direito à liberdade de expressão não pode ser cerceada pelo Estado ou por particular. 4. O direito de informação, constitucionalmente garantido, contém a liberdade de informar, de se informar e de ser informado. O primeiro refere-se à formação da opinião pública, considerado cada qual dos cidadãos que pode receber livremente dados sobre assuntos de interesse da coletividade e sobre as pessoas cujas ações, público-estatais ou público-sociais, interferem em sua esfera do acervo do direito de saber, de aprender sobre temas relacionados a suas legítimas cogitações. 5. Biografia é história. A vida não se desenvolve apenas a partir da soleira da porta de casa. 6. Autorização prévia para biografia constitui censura prévia particular. O recolhimento de obras é censura judicial, a substituir a administrativa. O risco é próprio do viver. Erros corrigem-se segundo o direito, não se coartando liberdades conquistadas. A reparação de danos e o direito de resposta devem ser exercidos nos termos da lei. 7. A liberdade é constitucionalmente garantida, não se podendo anular por outra norma constitucional (inc. IV do art. 60), menos ainda por norma de hierarquia inferior (lei civil), ainda que sob o argumento de se estar a

consonância com os direitos fundamentais à liberdade de expressão, da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença de pessoa biografada, relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas).

Por conseguinte, a VI Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal/STJ<sup>763</sup>, comemorativa dos 10 (dez) anos de vigência do Código Civil brasileiro, ao interpretar o artigo 11, do Código Civil<sup>764</sup>, aprovou o Enunciado de nº 531: “*A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento*”. A rigor, a despeito de não possuir caráter vinculante ou normativo, trata-se de importante orientação doutrinária baseada na interpretação do Código Civil. Ademais, relevantes são as razões elencadas para justificar a sua elaboração:

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

De outro giro, na VII Jornada de Direito Civil, também promovida pelo Conselho da Justiça Federal/STJ, ao se comentar sobre a mencionada decisão do STF na ADI nº 4815, afirmou-se em sede de justificativas dos enunciados que, “*o STF negou o direito ao esquecimento (este reconhecido no Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil) quando em confronto com a liberdade de publicar biografias, mas sem eliminar a possibilidade de seu reconhecimento em outros casos concretos*”. A despeito disto, de maneira altiva, o CJF por intermédio da referida Jornada reiterou a existência do direito ao esquecimento editando

---

resguardar e proteger outro direito constitucionalmente assegurado, qual seja, o da inviolabilidade do direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem. 8. Para a coexistência das normas constitucionais dos incs. IV, IX e X do art. 5º, há de se acolher o balanceamento de direitos, conjugando-se o direito às liberdades com a inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa biografada e daqueles que pretendem elaborar as biografias. 9. Ação direta julgada procedente para dar interpretação conforme à Constituição aos arts. 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, para, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexigível autorização de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo também desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas ou ausentes)”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.815 Distrito Federal**. Relatora Min. Cármen Lúcia. Julgado em: 10 jun. 2015)

<sup>763</sup> CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Jornadas de Direito Civil. **Portal do CJF**, Brasília, DF, CEJ-COEDI, Jornadas de Direito Civil, Enunciados aprovados da I, III, IV e V Jornada de Direito Civil, Jornadas de Direito Civil, 11 jun. 2015.

<sup>764</sup> “Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”. (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002)



um novo Enunciado de nº 576: “*O direito ao esquecimento pode ser assegurado por tutela judicial inibitória*”<sup>765</sup>.

Decerto, ora se registram um elogio e, empós, uma crítica, quanto ao referido Enunciado de nº 576 do CJF. De fato, o Conselho da Justiça Federal, desde a Jornada de Direito Civil anterior (de nº VI), busca incessantemente fornecer parâmetros doutrinários e interpretativos para fins de consolidação jurídica cível-constitucional do direito ao esquecimento no Brasil. Neste ponto, reiteram-se honrosos elogios pela função promocional destas Jornadas que, a despeito de não se revestirem de força vinculante formal, acabam por representar importante recurso doutrinário dotado de força material, pois estão a imprimir novas diretrizes jurídico-fáticas com ganho hermenêutico para os juízes e Tribunais.

Por outro lado, ao se examinar as justificativas do Enunciado nº 576, reitera-se que, realmente houve a expressa afirmação sobre o fato de o STF ter negado o direito ao esquecimento *in concreto* no julgamento da ADI nº 4815. Respeitosamente, não assiste razão ao nobre Conselho e à respectiva Jornada de Direito Civil VII. Perquirindo-se cuidadosamente as 268 folhas relativas ao julgamento da referida ADI (acórdão, votos, ementa etc), não se verifica em nenhum momento ponderação, justificação ou argumentação específica sobre o direito ao esquecimento, seja como direito fundamental implícito ou como direito geral da personalidade. Definitivamente, a dimensão da dignidade relativa à memória não veio ao debate na Corte Constitucional neste caso específico da ADI nº4815.

Ademais, ainda que houvesse de forma implícita alguma argumentação subjacente referente ao direito ao esquecimento, o STF simplesmente atribuiu às biografias caráter de historicidade, senão vejamos em síntese apertada: “*Biografia é história. A vida não se desenvolve apenas a partir da soleira da porta de casa. Autorização prévia para biografia constitui censura prévia particular. [...]. O risco é próprio do viver. Erros corrigem-se segundo o direito, não se coartando liberdades conquistadas.*”. Nesta esteira, já se afirmou

---

<sup>765</sup> Dentre as justificativas do CJF, assentou-se: “É hora, pois, de reafirmar a existência do direito ao esquecimento. Esta é a posição conciliadora de Gustavo Tepedino (Opinião Doutrinária acerca da interpretação conforme a Constituição dos arts. 20 e 21 do CO, Organizações Globo, 15.06.2012, p. 25), ao afirmar que o direito ao esquecimento cede espaço ao interesse público inerente à publicação de biografias. Sobretudo, mais do que ser reconhecido, o caso concreto pode exigir que o direito ao esquecimento seja protegido por uma tutela judicial inibitória, conforme admitiu o STJ em dois precedentes (REsp 1.334.097/RJ e REsp 1.335.153/RJ). Isso porque a violação do direito à honra não admite a *restitutio in integrum*. A compensação financeira apenas ameniza o abalo moral, e o direito de resposta proporcional ao agravo sofrido também é incapaz de restaurar o bem jurídico violado, visto ser impossível restituir o status quo. Como afirma Marinoni, é dever do juiz encontrar, dentro de uma moldura, a técnica processual idônea à proteção do direito material, de modo a assegurar o direito fundamental a uma tutela jurisdicional efetiva (art. 5º, XXXV, CF/88). Disso se conclui que não se pode sonegar a tutela judicial inibitória para resguardar direitos dessa natureza, pois nenhuma outra é capaz de assegurá-los de maneira tão eficiente”. (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Centro de Estudos Judiciários. **VII Jornada de Direito Civil**. Brasília, DF: CJF, nov. 2015, p. 17-18)

nesta pesquisa que, fatos pretéritos históricos ou com especial interesse público não fazem parte do conteúdo normativo-valorativo do direito ao esquecimento. Portanto, o STF pode estar se referindo a qualquer outro esquadro jurídico-normativo, mas, em princípio, não tem relação direta com o direito ao esquecimento ora estudado, seja no ambiente *offline* ou *online*.

Desta forma, emerge no Brasil o direito ao esquecimento no cenário jurídico civil-constitucional, se relacionando mais diretamente com alguns destes direitos da personalidade, dentre os quais, se destacam: o direito ao nome e à identidade pessoal; o direito à imagem; o direito à honra; e o direito à privacidade. Neste sentido, tal raciocínio é plenamente possível em face de a existência de cláusula geral elencada no artigo 21, CC (relativa à inviolabilidade da vida privada)<sup>766</sup>. A rigor, tem-se a ilação de que, a personalidade humana constitui um todo, um complexo multifacetado, singular e unitário, a exigir e a merecer a garantia e a tutela no seu individual modo de ser e em todos os variados aspectos que a singularizam, dentre os quais, a memória (a capacidade do indivíduo de esquecer e de ser esquecido). Portanto, refuta-se o entendimento de que, os direitos da personalidade redundariam apenas de mera soma de particulares aspectos previamente elencados pelo legislador, supostamente no exercício da sua liberdade de conformação.

Por outro lado, as correntes doutrinárias contrárias ao direito ao esquecimento no Brasil afirmam existir uma suposta supremacia *prima facie* a favor das liberdades comunicativas e do direito à informação em desfavor dos direitos da personalidade e do direito à autodeterminação da informação. Nesta esteira, conforme estudado em seções anteriores, baseiam-se em teorias subjacentes ao sistema jurídico do *common law*, sobretudo do direito estadunidense, onde se construiu uma devoção exacerbada à liberdade de expressão, sob o manto da primeira Emenda da Constituição norte-americana.

Em outras palavras, as teses desfavoráveis ao direito ao esquecimento – endossadas principalmente por diversas entidades e organismos ligados a meios de comunicação social – chegam, por vezes, a negar por completo a existência deste direito no ordenamento jurídico brasileiro. Neste ponto, destaca-se parecer jurídico elaborado por Daniel Sarmiento em consulta encomendada pela empresa Globo Comunicação e Participações S/A<sup>767</sup>. Afirma o parecerista, em formato de perguntas e respostas, textualmente:

---

<sup>766</sup> “Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”. (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002)

<sup>767</sup> “A empresa Globo Comunicação e Participações S/A, por intermédio do ilustre advogado e professor Gustavo Binenbojm, honrou-me com consulta acerca da constitucionalidade da invocação do “direito ao esquecimento” para imposição de restrições ao direito de acesso à informação de interesse público e às liberdades de expressão e de imprensa, bem como para a responsabilização civil de veículos de imprensa. A

[...] **É compatível com a tutela constitucional das liberdades de expressão e de imprensa a invocação do “direito ao esquecimento” para impedir a divulgação, discussão ou encenação de fatos de interesse público ocorridos no passado, em qualquer veículo ou plataforma, cuja recordação seja embaraçosa, prejudicial ou dolorosa para alguém?**

**Não. As liberdades de expressão e de imprensa configuram *direitos preferenciais* na ordem constitucional brasileira. Elas ostentam *prioridade prima facie* em casos de colisão com outros princípios, e a restrições que lhes são impostas estão sujeitas a uma série de requisitos, que o suposto “direito ao esquecimento” não atende.**

Não há base constitucional ou legal para tal restrição. Ela é, ademais, excessivamente vaga e genérica. Não bastasse, os ônus que o “direito ao esquecimento” impõe às liberdades comunicativas são incomparavelmente mais graves do que os benefícios que ele enseja, sob a perspectiva dos valores constitucionais.

É compreensível que as pessoas queiram que a sociedade olvide os fatos desabonadores ou desagradáveis em que se envolveram no passado. Porém, nem todo desejo configura direito fundamental. Não há como reconhecer um direito ao esquecimento de fatos pretéritos que envolvam interesse público. Menos ainda um direito que seja forte o suficiente para prevalecer sobre uma liberdade preferencial[...]<sup>768</sup> (grifos nossos).

De outro giro, o referido Parecerista<sup>769</sup>, quando indagado se sobraria algum espaço para o direito ao esquecimento na ordem constitucional brasileira, responde que sim, entretanto, somente nos casos de controle e proteção de dados pessoais que não envolvam interesse público, especialmente no âmbito da informática. Neste sentido, um componente relevante para tal desiderato seria a memória praticamente infinita da internet, tornando possível o acesso generalizado no presente a dados e informações sobre fatos passados da vida privada de pessoas comuns. Daniel Sarmiento afirma ainda que, faz-se *mister* o tratamento do meio ambiente digital (principalmente a internet) enquanto espaço legítimo para que ele seja juridicamente protegido, entretanto, o reconhecimento do direito ao esquecimento não poderia envolver riscos tão significativos para estes bens jurídicos essenciais, quais sejam, para as liberdades de expressão e de imprensa tão bem defendidas pelo jurista. Arremata que,

---

solicitação tem como pano de fundo as decisões proferidas pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais nº 1.334.097 (“caso Chacina da Candelária”) e nº 1.335.153 (“caso Aída Curi”), ambos relatados pelo Ministro Luís Felipe Salomão”. (SARMENTO, Daniel. Liberdades comunicativas e “direito ao esquecimento” na ordem constitucional brasileira. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 7, p. 190, jan./mar. 2016. Parecer)

<sup>768</sup> SARMENTO, Daniel. Liberdades comunicativas e “direito ao esquecimento” na ordem constitucional brasileira. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 7, p. 231, jan./mar. 2016. Parecer.

<sup>769</sup> “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 busca [...]. Uma foto de um adolescente embriagado, postada numa rede social pelo próprio ou por terceiros, por exemplo, pode se tornar a razão para que ele seja descartado numa entrevista de emprego realizada quando já adulto”. (SARMENTO, Daniel. Liberdades comunicativas e “direito ao esquecimento” na ordem constitucional brasileira. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 7, p. 226-227, jan./mar. 2016. Parecer)

Neste cenário, é importante construir instrumentos jurídicos que permitam às pessoas o exercício de algum controle sobre os seus dados pessoais que não ostentem interesse público. **Embora a designação não pareça a mais apropriada, o “direito ao esquecimento” encontra aqui um campo legítimo para desenvolvimento, do ponto de vista dos valores jurídicos e morais envolvidos.** Os maiores desafios a serem enfrentados nesta área são de natureza técnica, haja vista as conhecidas dificuldades de exercício de controle sobre o ambiente virtual, derivadas de fatores como a pulverização dos agentes, a velocidade das mudanças tecnológicas e a natureza transnacional do ciberespaço<sup>770</sup> (grifos nossos).

Nada obstante, para adequada fundamentação jurídica civil-constitucional do direito ao esquecimento, reitera-se o dever de perquirir, necessariamente, a dois pontos fundamentais: (a) a conjugação harmoniosa entre liberdade de expressão em sentido amplo e direitos da personalidade, na forma da legislação, da doutrina e da jurisprudência; (b) a objeção da lógica consumerista dos referidos direitos e liberdades fundamentais no ambiente digital (Internet)<sup>771</sup>, traço peculiar característico inserto nos paradigmas da fluidez da Modernidade Líquida e das novas tecnologias da sociedade em rede. Neste contexto, com fulcro no direito germânico, a tese do direito ao esquecimento se consubstancia por meio de um direito à autodeterminação da informação:

O direito alemão tem exercido influência mundial, sobretudo nas decisões do Supremo Tribunal Federal Brasileiro, por apresentar uma ordem jurídica extremamente centrada na dignidade da pessoa humana e no respeito aos direitos fundamentais, e sob a ótica ao direito à autodeterminação da informação, por analogia, entendemos que privar do cidadão o direito de decidir sobre seus dados, resulta em graves ameaças a diversos direitos não só aos relacionados ao desenvolvimento individual, do livre desenvolvimento da personalidade, mas também prejudica toda democracia, pois certamente essa perpetuação da informação, poderia até mesmo inibir que um cidadão manifeste seu descontentamento com governo, ou momento atual, temendo ser prejudicado no futuro, o que refletiria até mesmo na participação efetiva do cidadão em sua comunidade<sup>772</sup>.

<sup>770</sup> SARMENTO, Daniel. Liberdades comunicativas e “direito ao esquecimento” na ordem constitucional brasileira. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 7, p. 227-228, jan./mar. 2016. Parecer.

<sup>771</sup> Cf. seção 3.1.

<sup>772</sup> “Sobre o direito à autodeterminação da informação, vejamos o caso ocorrido no ano de 1983 na Alemanha que após fazer um recenseamento geral da população por meio da Lei do Censo (*Volkszählungsgesetz*) com objetivo de realizar um levantamento sobre profissão, moradia e local de trabalho para fins estatísticos. O §9 da Lei previa, entre outras, a possibilidade de uma comparação dos dados levantados com os registros públicos e também a transmissão de dados tornados anônimos a repartições públicas federais, estaduais e municipais para determinados fins de execução administrativa. Várias reclamações constitucionais foram ajuizadas diretamente contra a lei sob a alegação de que ela violaria diretamente alguns direitos fundamentais dos reclamantes, sobretudo o direito ao livre desenvolvimento da personalidade. No caso exemplificado, o direito fundamental previsto no Art. 2 I GG violado foi o poder do indivíduo de decidir ele mesmo sobre a exibição e o uso de seus dados pessoais. Trata-se da restrição ao direito à “autodeterminação sobre as informações” permitidas somente em caso de interesse predominante da coletividade. Na fundamentação da decisão o TFC reafirmou que no centro da ordem constitucional estão o valor e a dignidade da pessoa que age com livre autodeterminação enquanto membro da sociedade livre”. (MARTINS, Leonardo (org.). **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão**. Tradução Leonardo Martins, et al. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2005)

Com efeito, o Supremo Tribunal alemão<sup>773</sup> assentou em relação ao poder de autodeterminação do indivíduo que, diante das condições automáticas do processamento eletrônico de dados, emerge a necessidade de uma proteção efetiva ao livre desenvolvimento da personalidade. Nesta medida, as informações detalhadas de dados pessoais podem ser armazenadas de maneira ilimitada e consultadas a qualquer momento, independentemente do local ou do horário. Ademais, com a complexidade dos sistemas de informação interligados com outros bancos de dados, resulta-se na criação de um esquadro de personalidade relativamente completo do indivíduo, sem que a pessoa atingida possa controlar de fato a sua exatidão e a adequação do seu uso. A rigor, esses imbricados sistemas informativos podem decisivamente atuar sobre o comportamento do indivíduo em função da pressão psíquica causada pela participação pública em suas informações privadas.

De fato, o poder de acesso e controle dos próprios dados pessoais e o direito de selecionar o que cada indivíduo quer expor de si mesmo aos outros ocorre através da manifestação do consentimento do interessado, sendo este o ponto de referência de todo o sistema de tutela da privacidade. Neste sentido, diante das condições da moderna tecnologia de informação (T.I), a garantia de autodeterminação sobre os dados do cidadão assegura o livre desenvolvimento da personalidade e proteção dos valores pétreos intrínsecos à dignidade da pessoa humana. Tem-se, portanto, uma exitosa construção germânica dos seus Tribunais sobre a possibilidade de conjugação dos direitos da personalidade e da liberdade de expressão em face do novo paradigma da tecnologia da sociedade em rede<sup>774</sup>.

---

<sup>773</sup> “Sobre a autodeterminação o Tribunal Constitucional Alemão acrescentou no referido julgamento: A autodeterminação individual pressupõe, porém – mesmo sob as condições da moderna tecnologia de processamento de informação, que ao indivíduo está garantida a liberdade de decisão sobre ações a serem procedidas ou omitidas e, inclusive, a possibilidade de se comportar realmente conforme tal decisão. Quem não consegue determinar com suficiente segurança quais informações sobre sua pessoa são conhecidas em certas áreas de seu meio social, e quem não consegue avaliar mais ou menos o conhecimento de possíveis parceiros na comunicação, pode ser inibido substancialmente em sua liberdade de planejar ou decidir com autodeterminação. Uma ordem social e uma ordem jurídica que a sustente, nas quais cidadãos não sabem mais quem, o que, quando, e em que ocasião se sabe sobre eles, não seriam mais compatíveis com o direito de autodeterminação na informação. Quem estiver inseguro sobre se as formas de comportamento divergentes são registradas o tempo todo e definitivamente armazenadas, utilizadas ou transmitidas, tentará não chamar a atenção através de tais comportamentos. Quem estiver contando que, por exemplo, a participação em uma assembleia ou em uma iniciativa popular pode ser registrada pelas autoridades, podendo lhe causar problemas (futuros), possivelmente desistirá de exercer seus respectivos direitos fundamentais (Art.8, 9 GG). Isso não prejudicaria apenas as chances de desenvolvimento individual do cidadão, mas também o bem comum, porque a autodeterminação é uma condição funcional elementar para uma comunidade democrática e livre, fundada na capacidade de ação e participação de seus cidadãos”. (MARTINS, Leonardo (org.). **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão**. Tradução Leonardo Martins, et al. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2005)

<sup>774</sup> “O desenvolvimento da informática colocou em crise o conceito de privacidade, e, a partir dos anos 80, passamos a ter um novo conceito de privacidade que corresponde ao direito que toda pessoa tem de dispor com exclusividade sobre as próprias informações mesmo quando disponíveis em banco de dados.”

Decerto, a despeito de se refutar a tese dos direitos ou liberdades *prima facie* referendada por Daniel Sarmiento, também se argumenta que, não se trata de nenhuma forma em erigir os direitos da personalidade (p.ex., intimidade e privacidade) e o direito à autodeterminação da informação como direitos superiores dentro do ordenamento jurídico civil-constitucional brasileiro. Se assim o fosse, a opção desta investigação seria tão somente ideológica, indicativa de predileção por um determinado conjunto de direitos. Na verdade, o que se reitera é a inexistência de qualquer direito ou liberdade *prima facie*, quer sejam as liberdades fundamentais comunicativas (de expressão, de pensamento e de imprensa), que sejam os direitos fundamentais da personalidade.

Desta forma, nos casos de conflitos entre direitos e liberdades fundamentais, o que ocorrerá, de fato, será uma primazia temporária e *in concreto* de um ou outro, ou seja, aplicável somente naquele esquadro jurídico-fático específico, de acordo com as circunstâncias e peculiaridades delineadas pela hegemonia do mundo real impostas ao hermeneuta jurídico. Neste sentido, nos países de tradição jurídica predominante do *civil law*, como boa parte da Europa continental e o Brasil, p. ex., se mostra razoável não existir o preconceito (conceito prévio) de favorecer abstratamente às liberdades comunicativas em desfavor dos direitos da personalidade, como ocorre nos países do *common law*, principalmente nos Estados Unidos.

Com efeito, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas expressamente fundamentadas nos artigo 5º., inciso X, dentre outros, e consubstanciadas à luz do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) da Constituição Federal, constituem-se direitos fundamentais exatamente no mesmo patamar – formal e material (axiológico) - dos dispositivos atinentes às liberdades e ao acesso à informação, previstos nos artigos 5º., incisos IV, IX, XIV c/c 220, *caput* e §1º., da Constituição Federal. Nesta esteira dogmática constitucional, discorda-se novamente de Daniel Sarmiento quando associa a ideia do direito ao esquecimento à expressão “censura no retrovisor”<sup>775</sup>. A rigor, a própria Constituição assevera para o fato de que, a plena liberdade de

---

(PAESANI, Líliliana Minardi. **Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 35).

<sup>775</sup> “Parecem evidentes os riscos de autoritarismo envolvidos na atribuição a agentes estatais – ainda que juízes – do poder de definirem o que pode e o que não pode ser recordado pela sociedade. O reconhecimento de um suposto direito de não ser lembrado, por fatos desabonadores ou desagradáveis do passado, se afigura francamente incompatível com um sistema constitucional democrático, como o brasileiro, que valoriza tanto as liberdades de informação, expressão e imprensa, preza a História e cultiva a memória coletiva. Trata-se da “*censura no retrovisor*”, na síntese ferina e precisa de Gustavo Binenbojm”. (SARMENTO, Daniel. Liberdades comunicativas e “direito ao esquecimento” na ordem constitucional brasileira. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v.7, p. 193, jan./mar. 2016. Parecer)

informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social deverá ser observada a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem dos cidadãos, ou seja, o disposto no artigo 5º., inciso X, dentre outros.

Por conseguinte, considerando-se a responsabilidade civil dos provedores de buscas, de acordo com o modelo desenhado e ora defendido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), Daniel Sarmiento também registra se tratar de “censura privada”, porquanto agora empreendida por particulares. Neste ponto, argumenta tal desiderato pelo fato de que, houve a transferência para o sítio de buscas (p.ex., Google, Bing etc) da incumbência de ponderar - a requerimento do suposto lesado - o direito à privacidade com o interesse público na informação, para o fim de manter ou não a exibição dos *links* que tenham sido questionados<sup>776</sup>.

Na mesma direção de Daniel Sarmiento, são as reflexões de Pere Simón Castellano, destaca:

La implementación de la doctrina contenida em la STJUE de 13 de mayo de 2014 no va a ser fácil, especialmente para los motores de búsqueda, que deberán atender las solicitudes de los afectados y ponderar, en el caso concreto, quién tiene argumentos legítimos para solicitar la desindexación y quién no. Como hemos señalado supra, ello comporta (1) un riesgo de sobreprotección de la normativa de protección de datos, ya que en caso de duda razonable, probablemente el buscador decida borrar los enlaces; (2) unos costes económicos gravosos, a los que Google puede hacer frente, pero que quizás otros motores de búsqueda más pequeños van a ser incapaces de asumir; (3) **una inseguridad jurídica abismal desde la óptica del ciudadano, en la medida que los derechos fundamentales en conflicto – libertad informativa del editor versus protección de datos del afectado – van a ser ponderados por una entidad privada que lógicamente, no está facultada ni es competente para hacerlo** (grifos nossos)<sup>777</sup>.

De qualquer sorte, permeiam-se algumas incertezas jurídicas frente ao novo papel do motor buscador da internet, porquanto o Tribunal de Justiça da União Europeia englobou a “desindexação” como corolário do direito ao esquecimento. No entanto, há de se reconhecer que, a maior parte da difusão das informações – positivas ou negativas - no ambiente da internet ocorrem por conta dos motores de buscas na internet, consoante já afirmado nesta pesquisa. Ademais, esta tarefa interpretativa – ponderação de direito, garantias e liberdades fundamentais - não será subtraída das mãos dos juízes e tribunais. De fato, uma vez incorporado no Brasil o modelo da União Europeia, se abre uma nova via administrativa

<sup>776</sup> SARMENTO, Daniel. Liberdades comunicativas e “direito ao esquecimento” na ordem constitucional brasileira. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v.7, p. 222, jan./mar. 2016. Parecer.

<sup>777</sup> CASTELLANO, Pere Simón. **El Reconocimiento del derecho al olvido digital en España en la EU**. Efectos tras la sentencia del TJUE de mayo de 2014. 1. ed. Madrid: Bosch, 2015, p. 268.

direta perante os buscadores da internet (p.ex., Google<sup>778</sup>) que, em caso de resposta negativa, indubitavelmente se poderá acionar as autoridades de proteção de dados pessoais (como, p. ex., a Agência de Proteção de Dados Pessoais, formalmente criada no Brasil pela Medida Provisória nº 869/2018), além de as instâncias do Poder Judiciário.

Desta forma, plenamente possível a adoção no Brasil do modelo protetivo e paradigmático da Comunidade Europeia quanto ao direito ao esquecimento. A Constituição Federal de 1988 assegura textualmente no artigo 5º, inciso XXXV, a garantia constitucional de acesso à justiça. Neste ponto, nenhuma lesão ou ameaça à direito – seja do órgão de imprensa, do buscador da internet, do particular ofendido etc – ficarão excluídas de apreciação anterior ou posterior do Poder Judiciário<sup>779</sup>.

Em síntese apertada, sob o princípio estruturante nuclear do Estado Democrático de Direito previsto no artigo 1º, inciso III, da CF/88, verifica-se, inequivocamente, a possibilidade de a vítima ou seus familiares invocarem a aplicação do direito ao esquecimento na esfera civil, seja no “ambiente *offline*”, com maior razão no “ambiente *online*”. A rigor, também se fundamenta constitucionalmente em princípios constitucionais específicos quanto à proteção da vida privada, da honra, da imagem, do nome e da identidade da pessoa, tratando-se de direito fundamental implícito. No plano infraconstitucional, o direito ao esquecimento é densificado enquanto direito geral da personalidade, atípico pois resultante da cláusula geral (art. 21, CC), com foro de autonomia própria diante da Modernidade Líquida e dos novos paradigmas da privacidade e da tecnologia na Era digital.

### 5.4.3 O futuro do direito ao esquecimento no Brasil

Meg Leta Jones<sup>780</sup>, professora de Comunicação, Cultura e Tecnologia da Universidade de Georgetown, nos Estados Unidos, após o festejado precedente judicial do

<sup>778</sup> Frise-se que, esta pesquisa já tratou em seções passadas desta sistemática designada pela União Europeia de acesso direto ao Google para fins de pedido de desindexação. Cf. GOOGLE. Remoções da pesquisa em cumprimento da legislação europeia sobre privacidade. **Transparency Report**, Relatórios, Visão Geral, 14 abr. 2018.

<sup>779</sup> “Os direitos possuem cunho declaratório (exemplo: direito à vida, à liberdade, à propriedade, à intimidade, etc.), enquanto que as garantias são instrumentais, assecuratórias dos primeiros (exemplo: as ações constitucionais – *habeas corpus*, *habeas data*, *mandado de injunção*, *mandado de segurança*, *ação popular*). Qualifica-se o direito de ação – artigo 5º, inciso XXXV, CF/88 – **como a garantia das garantias**, de natureza constitucional. É que a ação serve de instrumento processual apto a combater a lesão ou ameaça de lesão a direito” (grifos nossos). (BONAVIDADES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009)

<sup>780</sup> “*The right to be forgotten is about providing some kind of recourse for information that we have tried so hard but failed to keep to ourselves, in the right hands, or out of the wrong hands - for some very good reasons and realities. Collected, shared, and analyzed information has helped so many people find, understand, and support so many other people. We are promised a future of better resource allocation and*



Tribunal de Justiça da União Europeia, caso *Google vs. Mario Costeja González*, procura teorizar algumas direções substantivas ou conjunto de critérios a nortear as Autoridades de Proteção de Dados Pessoais quando reclamadas pelo *right-to-be-forgotten*. Neste sentido, destaca a Autora alguns critérios flexíveis com o objetivo de subsidiar a decisão estatal (administrativa ou judicial). Tem-se: (1) O resultado da pesquisa na internet está relacionado a uma pessoa natural - isto é, um indivíduo? E o resultado da pesquisa surge em uma pesquisa no nome, apelido ou pseudônimos do usuário dos dados? (2) A pessoa em causa desempenha um papel na vida pública? Os dados são sujeitos a uma figura pública? (3) O assunto dos dados é menor? (4) Os dados são precisos? (5) Os dados são relevantes e não são excessivos? Está relacionado com a vida profissional da pessoa em causa? As informações constituem discurso de ódio, calúnia, difamação ou ofensa semelhante? Está claro que a informação é uma opinião pessoal, ou parece ser um fato? (6) A informação é sensível na acepção do artigo 8.º da Diretiva 95/46/CE<sup>781</sup> (por exemplo, informação sobre a sexualidade ou crenças religiosas)? (7) Os dados estão atualizados? Os dados estão sendo disponibilizados para o que é necessário para o propósito do processamento? (8) O processamento de dados está causando prejuízo ao assunto dos dados? Os dados têm um impacto de privacidade desproporcionalmente negativo no assunto dos dados? (9) O resultado da pesquisa vincula-se a informações que colocam o titular dos dados em risco (por exemplo, em risco de roubo de identidade ou perseguição)? (10) Em que contexto as informações foram publicadas? O conteúdo foi voluntariamente tornado público pelo titular dos dados, destinado a ser tornado público, ou razoavelmente esperado para ser tornado público? (11) O conteúdo original foi publicado para fins jornalísticos? (12) O editor dos dados tem poder legal ou obrigação legal de disponibilizar publicamente os dados pessoais? (13) Os dados referem-se a um crime?

---

*less drudgery, loneliness, and discrimination. Some of those promises have already been fulfilled, and some never will. Why not bring redemption and reinvention with us as those promises are met or broken - particularly if doing so helps us meet them?'* (JONES, Meg Leta. **Ctrl + Z**. The right to be forgotten. New York and London: New York University Press, 2016, p. 191)

<sup>781</sup> A Autora ainda se refere à antiga Diretiva Europeia sobre proteção dos direitos da personalidade. Desde maio de 2018, conforme visto: “(1). A proteção das pessoas singulares relativamente ao tratamento de dados pessoais é um direito fundamental. O artigo 8º, nº 1, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia («Carta») e o artigo 16, nº 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) estabelecem que todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito. [...] Artigo 94º. [...] 1. **A Diretiva 95/46/CE é revogada com efeitos a partir de 25 de maio de 2018.** (grifos nossos)”. (UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016 relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). **Jornal Oficial da União Europeia**, I (Atos legislativos), 4 maio 2016, L 119/1-88)

Por outro giro, Meg Leta Jones<sup>782</sup> desenvolve argumentação sobre a premente necessidade de cooperação regulatória entre os países, antes mesmo de se falar em harmonização entre privacidade e liberdade de expressão. Isto ocorre, pois, o ambiente *online* ignora as fronteiras rígidas nacionais, não se podendo excepcionar a liberdade de expressão ou o interesse público de maneira transnacional. Caso contrário, estar-se-ia desconsiderando os valores e particularidades nacionais que resultaram em culturas divergentes. Assim, para o desenvolvimento efetivo em escala mundial do direito ao esquecimento deve em primeiro lugar ser forjada a cooperação regulatória em oposição à indistinta harmonização entre liberdade de expressão e privacidade.

Neste contexto, aduz Meg Leta Jones que, a *Web* é jovem em muitos aspectos, entretanto, tem idade suficiente para ter impactos reais e significativos sobre as sociedades em rede. Apesar de a incerteza ser um vetor no mundo digital, deve-se esperar políticas que visem a manter firmemente os valores que são mais caros para cada sociedade, principalmente quando a inovação os ameaça frontalmente. Neste sentido, *the right to be forgotten* (direito de ser esquecido) é a resposta a uma pergunta: quais os valores devem ser trazidos para o futuro usando a força da lei? Neste ponto, este direito deve ser considerado enquanto parte de um todo maior, e não como embaraço conflituoso com a inovação tecnológica.<sup>783</sup>

Com efeito, tem-se que a *Web* é um recurso de comunicação e informação, entretanto, não se pode tratá-la como um registro histórico permanente, pois esta natureza não lhe é peculiar. A rigor, a comparação entre a informação digital e a informação tradicional leva a compreensão de que: (1) a informação digital é mais descentralizada e frágil do que os sistemas de registro em papel; e (2) a informação digital permanece mais facilmente detectável por mais tempo do que os meios de comunicação anteriores. O problema central

---

<sup>782</sup> “*In sum, a right to be forgotten that establishes a harmonized balance between privacy and expression (i.e., applies the freedom-of-expression or public-interest exception in the same manner transnationally) is simply not currently possible. It ignores the particular national values that have resulted in divergent cultures. However, that does not mean that country-specific sites or treatment need to be created by every data controller, but data controllers must be responsive when that balance has been made by different national governments. In other words, regulatory cooperation, as opposed to harmonization, must be forged on this subject. This requires procedural changes to the user-request system so the development of the right to be forgotten is placed in the right hands*”. (JONES, Meg Leta. **Ctrl + Z**. The right to be forgotten. New York and London: New York University Press, 2016, p. 189)

<sup>783</sup> “*The web is so young in many ways, but it is old enough to have real and significant impacts on networked societies. While uncertainty still blankets the digital world, we should expect policy that aims to hold tight those values that are held most dear when innovation threatens to leave them behind. The right to be forgotten is the answer to a question about what values should be brought into the future using the force of law. This must be considered a necessary part of, not in conflict with, innovation*”. (JONES, Meg Leta. **Ctrl + Z**. The right to be forgotten. New York and London: New York University Press, 2016, p. 189)

não é propriamente a questão da informação *per se*, mas, sim, quem administra e controla estas informações, porquanto não são mais guardadas em uma gaveta ou álbum de família<sup>784</sup>.

Em síntese apertada, Meg Leta Jones<sup>785</sup> coloca como premissa básica de consolidação do direito ao esquecimento em escala mundial a ideia do *CyberLaw* interoperável transnacionalmente. Decerto, esta interoperabilidade sugerida pela Autora depende de muitos fatores, tais como: uniformização de procedimentos, recepção de novos institutos jurídicos, respeito pela priorização de valores compartilhados por diferentes regiões, além de esbarrar, por vezes, em questões típicas de soberania dos Estados nacionais. De qualquer sorte, sugere a Autora que, “*before you delete your next Facebook post, tweet, blog, comment, email, set of cookies, or chat, consider whether you are destroying history or exercising your power to participate in your digital identity*”.

Por outro lado, antes de se passar a analisar o *Cyber Law* especificamente brasileiro, bem como alguns critérios e promessas para o futuro do direito ao esquecimento no País, resta-se uma ingerência no raciocínio de Meg Leta Jones para fins de consolidação do direito ao esquecimento. Neste ponto, defende-se que, além de a regulação jurídico-normativa destacada pela Autora, não se pode olvidar da regulação tecnológica (técnico-científica). Em outras palavras, devem caminhar *passo a passo* o Direito e a Tecnologia, o Direito e a Internet, dentre outras acepções dualistas que bem representam este intercâmbio virtuoso de informações e regramentos.

Neste contexto, a despeito de esta pesquisa acadêmica centralizar os seus objetivos na seara jurídico-dogmática, reconhece-se desde já que, as ilações ora consignadas no transcurso desta tese têm somente caráter parcial, porquanto representam apenas uma parte da solução do problema. A rigor, o Direito pode e deve regular o convívio social, presencial e virtual, estabelecendo normas de conduta, ou seja, fomentando a regulação normativa para o ambiente *online* e *offline* (fora do âmbito da internet). Apesar disto, o estudo em apartado do direito se fornece tão somente uma parte das respostas para os diversos problemas que surgem

---

<sup>784</sup> “*Digital memory is like all threats to human flourishing. A potentially powerful tool brings with it its own overlooked limitations, trigger and disrupts a number of values, and causes instant polarization. Maintaining enthusiasm for a networked world while promoting individual growth and quelling larger societal fears will not happen with an extreme or simplistic view of the interests or choices available. “Save history or delete indignity” is a false dichotomy – these are not innovative perspectives. There is nothing innovative about branding a rape victim a victim for life or a child a racist forever. There is nothing innovative about letting people hide whatever information they would like. Twenty-first-century innovation is about the flourishing networked individual. It is about the dynamic self and contextual integrity. It is about imperfect but good-enough privacy measures to limit informational harms. Socio-technical laws that support human flourishing cannot be considered anti-innovative*”. (JONES, Meg Leta. **Ctrl + Z**. The right to be forgotten. New York and London: New York University Press, 2016, p. 191)

<sup>785</sup> JONES, Meg Leta. **Ctrl + Z**. The right to be forgotten. New York and London: New York University Press, 2016, p. 193.

com o advento das novas tecnologias. À título de exemplos, destacam-se: como funcionam tecnicamente os complexos e secretos algoritmos da Google? Como o direito deve se comportar diante das novas demandas jurídicas surgidas com a inteligência artificial?<sup>786</sup> Qual será o futuro de diversas profissões diante da automação tecnológica? Como as informações pessoais (inclusive as memórias digitais) estão sendo tratadas e compartilhadas pelo mundo virtual? Quantos amigos “*online*” verdadeiramente se conhece “*offline*”?

Com efeito, as vicissitudes tecnológicas, além de mudar o paradigma da privacidade<sup>787</sup>, também resta por mudar a própria compreensão do homem consigo mesmo e com seus semelhantes. O recrudescimento dos relacionamentos comerciais, profissionais e pessoais através do advento da internet apontam para o caminho de conexão permanente entre estes diversos campos do conhecimento humano, a ensejar, portanto, uma especial atenção à regulação normativa e à regulação técnico-científica da Era digital.

De outro giro, no decorrer desta pesquisa acadêmica, destacaram-se alguns precedentes judiciais e doutrinadores abalizados no Brasil e em outros países, em busca de delimitação teórico-valorativa para o direito civil-constitucional ao esquecimento. Nesta oportunidade, a pesquisa se dirige ao estudo das propostas legislativas em trâmite no País. Por sua vez, o Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro (ITS) destaca a existência de diversos projetos legislativos que procuram trazer para o Brasil uma noção de direito ao esquecimento. A despeito disto, afirma o diretor do ITS Carlos Affonso de Souza que, as iniciativas legislativas, em sua maioria, se distanciam da teoria na qual se baseou o modelo paradigmático europeu de direito ao esquecimento. De fato, “*o que se quer fazer no Brasil é*

---

<sup>786</sup> “*In helping human users to make their hypotheses explicit and to test them against a corpus by specifying queries in terms of conceptual constraints, CCLAs will engage humans and computers in a fruitful collaboration. Many challenges remain, including the need for human annotation and for designing new interfaces that can elicit and process users’ legal hypotheses and help them to evaluate the results. Annotation requires an investment in interface design, process engineering, and human labor, and it is an open question how widely one can reasonably scale such resource intensive work across legal domains. It seems realistic, however, to hope that enterprises such as law firms, database providers, corporate legal departments, government agencies, or legal clinics would support this work. Together one could tailor type systems to capture concepts and relations relevant to their particular argument-related information retrieval requirements, corpora, and legal practice issues, enlist human annotators using the most convenient computer-supported annotation environments available, train the ML models on the annotated data, and apply them to the corpora in order to support the enterprise’s operations through customized legal AR, analysis, and prediction*”. (ASHLEY, Kevin D. **Artificial intelligence and legal analytics**. New tools for law practice in the digital age. Cambridge: Cambridge University, 2017, p. 390-391)

<sup>787</sup> “*Todos contamos con un derecho a la vida privada y muchas veces usamos la expresión ‘esto es privado’ para referirnos a un tema reservado, íntimo, un asunto que los demás no tienen por qué conocer. Sin embargo, el derecho a privacidad implica mucho más que secreto. [...] La privacidad, qué duda cabe, forma parte esencial de la vida humana y sus límites o fronteras a veces se tornan difusos, en la medida en que aumenta el impacto de los medios tecnológicos o cambian ciertos valores que antes regían la sociedad*”. (FIGUEROA G., Rodolfo. **Privacidad**. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Diego Portales, 2014, contracapa)

*uso político disso, para que parlamentares e pessoas envolvidas em escândalos e questões com a Justiça tenham desindexados seus nomes nessas chaves de busca”<sup>788</sup>.*

Neste sentido, destaca-se um dos primeiros projetos legislativos no ano de 2014 – de autoria do então deputado federal cassado Eduardo Cunha – que surpreende pela falta de técnica e pela abrangência de aplicação – com indícios de motivações meramente pessoais e casuísticas. Neste ponto, tratou-se do projeto de Lei nº 7.881/2014, rejeitado pelas Comissões Legislativas de mérito da Câmara dos Deputados e arquivado em julho de 2017<sup>789</sup>. De fato, destacam-se algumas características comuns na maioria das propostas legislativas em trâmite sobre direito ao esquecimento no Brasil: (1) a falta de preocupação em equilibrar valores como privacidade e liberdade de expressão; (2) a insuficiência em identificar critérios para o direito ao esquecimento ser efetivado pelos provedores de aplicações da internet; (3) o desejo de tornar o instituto do direito ao esquecimento uma defesa imediata de interesses políticos<sup>790</sup>.

Por conseguinte, um dos mais recentes projetos legislativos é do Deputado Federal Luiz Lauro Filho, de agosto de 2017, qual seja, o PL 8.443/2017, pretendendo instituir e regulamentar o direito ao esquecimento no Brasil. Da mesma forma, altera alguns dispositivos do Marco Civil da Internet (artigos 7º e 19), que estabelecem princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no País. Neste sentido, qualquer pessoa pode pedir em qualquer veículo de comunicação de massa que apaguem as informações que lhes digam respeito se entendem que são ofensivas à sua honra e intimidade. Ademais, tais pedidos podem ser feitos extrajudicialmente com resposta do respectivo veículo de comunicação em até 48 horas, bem como judicialmente, tramitando preferencialmente na alçada dos Juizados Especiais<sup>791</sup>.

<sup>788</sup> CAVALCANTI, Hylda. Censura: PLs em tramitação no Congresso ameaçam conteúdo do Marco Civil da Internet. **Rede Brasil Atual**, São Paulo, Política, 29 set. 2015.

<sup>789</sup> “**Art. 1º** É obrigatória a remoção de links dos mecanismos de busca da internet que façam referência a dados irrelevantes ou defasados, por iniciativa de qualquer cidadão ou a pedido da pessoa envolvida. **Art. 2º** Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação” (grifos nossos). (CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei nº [7.881] de 2014 (Do Sr. Eduardo Cunha)**. Obriga a remoção de links dos mecanismos de busca da internet que façam referência a dados irrelevantes ou defasados sobre o envolvido. Brasília-DF: Câmara dos Deputados, 2014)

<sup>790</sup> “A matéria ainda é incipiente no Brasil e precisa ser debatida antes de lhe ser dado tratamento legal. Apesar de protegido nos termos do direito de privacidade, o direito a ser esquecido enfrenta desafios substanciais. É necessário conjugá-lo com outras garantias legais, como liberdade de expressão e acesso ao conhecimento. Mais do que isso, existe algumas vezes verdadeiro dever de memória e de preservação do fato histórico. Deve ser medida excepcionalíssima, aplicável apenas em defesa de direitos privados e para atender a esfera privada do indivíduo, sem que haja qualquer prejuízo a interesses públicos, à liberdade de expressão, a valores constitucionais, à conservação da História”. (BRANCO, Sérgio. **Memória e esquecimento na internet**. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2017, p. 197)

<sup>791</sup> CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de lei nº [8.443], de 2017 (Do Sr. Luiz Lauro Filho)**. Estabelece o Direito ao Esquecimento e modifica os artigos 7º e 19 da Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 – Marco Civil da Internet. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2017.

Com efeito, talvez como uma forma de fugir das conotações meramente político-partidárias e individualistas de projetos legislativos do passado, o referido PL 8.443/2017 consta em suas justificativas que, optou-se por excluir do rol de possíveis beneficiários ao direito do esquecimento os detentores de mandato eletivo, os agentes políticos e as pessoas que respondam a processos criminais ou tenham contra elas sentença penal condenatória. Igualmente, a despeito de se tratar de projeto simplório em matéria de conteúdo jurídico-normativo e não trazer alicerces seguros para instituição legislativa deste direito, refere-se expressamente ao precedentalismo estrangeiro da União Europeia. Adverte-se, entretanto, se tratar tão somente de mera indicação ornamental do precedente do caso *Google vs. Mario Costeja González*, sem extrair-lo qualquer elemento substancial para o projeto de lei<sup>792</sup>.

Adiante, em outubro de 2017, a Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática (CCTCI) da Câmara dos Deputados aprova requerimento para realização de Audiência Pública em momento futuro, a fim de debater o PL 8.443/17 e a possibilidade de se instituir no Brasil o direito ao esquecimento. Neste ponto, ressalva-se a importância do debate democrático das pautas legislativas que tratam especificamente da liberdade de expressão e do direito ao esquecimento, com a presença de entidades técnicas e da sociedade civil organizada. A despeito disto, em 11 de julho de 2018, o próprio parlamentar signatário requereu a retirada de tramitação do referido projeto legislativo<sup>793</sup>.

Do ponto de vista jurídico-tecnológico, o direito ao esquecimento denota-se como legítima arma de defesa a fim de equilibrar o poder de circulação de informações da internet, na medida em que a memória digital possui quase infinita capacidade de armazenamento de dados. Nesta esteira, recorrendo-se novamente a Viktor Mayer-Schönberger, assevera-se que, na era digital, “esquecer” tornou-se mais caro e difícil, enquanto “lembrar” é barato e fácil. A partir de a regulamentação que a Europa está realizando, o usuário passará a ter uma participação mais efetiva em relação aos seus dados que circulam na Internet<sup>794</sup>.

---

<sup>792</sup> “No âmbito internacional, um dos precedentes mais importantes do direito ao esquecimento ocorreu na Espanha, quando o cidadão Mário Costeja González solicitou à empresa Google que retirasse uma publicação em que se afirmava que seu imóvel teria sido levado a leilão para quitar dívida com a previdência social, quando na realidade o valor da dívida já havia sido quitado antes do leilão”. (CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de lei nº [8.443], de 2017 (Do Sr. Luiz Lauro Filho)**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2017)

<sup>793</sup> CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PL 8443/2017**. Estabelece o Direito ao Esquecimento e modifica os artigos 7º e 19 da Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 - Marco Civil da Internet. Autor: Luiz Lauro Filho – PSB/SP. Apresentado em: 31 ago. 2017.

<sup>794</sup> “In the digital age, this balance has been altered fundamentally. Digitization, the theoretical underpinning of the digital revolution, has led to cheap digital storage, easy retrieval, and global access. Today, forgetting has become costly and difficult, while remembering is inexpensive and easy. With the help of digital tools we - individually and as a Society - have begun to unlearn forgetting, to erase from our daily practices one of

De outra banda, há muitos questionamentos a serem enfrentados para a consolidação e reconhecimento do direito ao esquecimento no Brasil. O Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro (ITS RIO) figura como *amicus curiae* no RE 1.010.606/RJ já mencionado nesta pesquisa (caso *Curi vs. Globo*). Por sua vez, em audiência pública realizada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na data de 12 de junho de 2017, apresenta 10 (dez) dilemas a serem refletidos sobre o chamado direito ao esquecimento. Resumidamente:

1. **Sua definição imprecisa:** *Esquecimento é efeito, o que existe é apagamento, remoção ou desindexação. Nenhuma decisão, judicial ou administrativa, gera o efeito do esquecimento.*
2. **A arquitetura da rede, feita para lembrar, não para esquecer:** *A rede foi feita para preservar a informação. Lembrança é a regra, o esquecimento é a exceção.*
3. **É possível decidir a priori o que deve ser esquecido?:** *É possível saber ex ante se um fato que hoje parece trivial no futuro não poderá atrair interesse coletivo?*
4. **Privatização da análise sobre ilicitude:** *A decisão do caso Costeja delega ao setor privado uma missão que deveria ser de competência do Poder Judiciário. É a legitimação dos tribunais corporativos.*
5. **Efetividade da medida em âmbito internacional (o mundo todo precisa esquecer?):** *Caso Google Espanha mostra o dilema da implementação do direito ao esquecimento. Tailândia, Rússia e o nivelamento da liberdade de expressão global pelo seu nível de menor proteção.*
6. **Efetividade, em razão do efeito parcial da decisão:** *Dano seletivo? Ações movidas contra determinadas empresas e não outras. A informação continua disponível em outros buscadores. Falha em tutelar integralmente a pessoa humana.*
7. **Efeito Streisand:** *Lembra-se mais do que se quer esquecer. O paradoxo da permanente lembrança do que se procura forçosamente esquecer.*
8. **O risco de se reescrever a história:** *Risco não desprezível de se permitir a revisão da história, de fatos de interesse coletivo, com especial aplicação para a vida e carreira de figuras públicas. Histórico da América Latina. Comissões da Verdade.*
9. **O direito ao esquecimento fragiliza a liberdade de expressão:** *Recentes julgados do STF e pareceres do Conselho de Comunicação Social, do Congresso Nacional.*
10. **O Marco Civil da Internet não dispõe sobre o tema:** *Trata somente da exclusão de dados ao término da relação contratual (grifos nossos)<sup>795</sup>.*

Em maior ou menor medida, todos os assuntos elencados pela ITS RIO já foram tratados nesta pesquisa, sendo também refutados total ou parcialmente, com exceção do item nº 07 (*efeito Streisand*). Este, por sua vez, é o único argumento recorrentemente citado em desfavor do direito ao esquecimento com o qual esta pesquisa concorda integralmente. Apesar disto, algumas reflexões são necessárias à luz da doutrina e dos precedentes judiciais.

---

*the most fundamental behavioral mechanisms of humankind*". (MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. **Delete: the virtue of forgetting in the digital age.** New Jersey: Princeton University, 2009, p. 59)

<sup>795</sup> INSTITUTO DE TECNOLOGIA E SOCIEDADE DO RIO DE JANEIRO. **Dez dilemas sobre o chamado direito ao esquecimento.** Brasília: ITS Rio, 2017.

De início, se recorrem novamente aos precedentes judiciais já analisados. Desta feita, recorda-se do caso *Denise Pieri Nunes versus Yahoo, Google, Microsoft* (Resp 1.660.168/RJ), quando recentemente, em maio de 2018, se reconheceu à parte Autora o direito à desindexação frente aos motores de busca de conteúdo da internet (Google, Yahoo!). Neste ponto, o aditamento do voto vencido da Ministra relatora Nancy Andrigh do STJ apresenta o argumento do *efeito Streisand* como justificativa de pouca utilidade da prestação jurisdicional no caso concreto. Tem-se:

[...]. Nesta oportunidade, deve-se questionar também a utilidade da prestação jurisdicional nas hipóteses de direito ao esquecimento, como a do recurso em julgamento, devido ao denominado Efeito Streisand. Esse termo foi cunhado por Mike Masnick, um editor e jornalista americano, em referência a um incidente em 2003 em que a renomada cantora e atriz Barbra Streisand processou o fotógrafo Kenneth Adelman e o website *Pictopia.com* buscando responsabilizá-los por violação de privacidade decorrente de uma foto aérea de sua mansão. **A foto, até então desconhecida e com poucas visualizações, tornou-se popular e multiplicou-se pela rede, justamente por ilustrar as notícias sobre a ação judicial.** Dessa maneira, mesmo involuntariamente, a parte interessada no resultado da demanda acaba por dificultar a própria pretensão requerida, pois haverá mais conteúdo na internet sobre o fato a ser “esquecido”, mais usuários compartilhando, inviabilizando sua localização e remoção. Isso está ocorrendo no presente julgamento. **Em uma rápida busca por diferentes serviços de busca, novamente a partir do termo de busca “DENISE PIERI NUNES”, percebe-se a publicação de uma série de novas notícias, posts e entradas de blogs, sobre esse fato.** Nesse sentido, o Blog do Ancelmo, no site de O GLOBO, notícia em 22/08/2017 o julgamento do pedido promotora de justiça que quer retirar seu nome dos materiais relativos à suposta fraude (<http://blogs.oglobo.globo.com/ancelmo/post/stj-analisa-caso-de-promotora-que-pede-que-google- retire-seu-nome-de-materias-sobre-fraude-na-prova-para-juiz.html>). Por sua vez, o Blog do Fred, ligado à Folha de S. Paulo, contribuiu com três entradas sobre o recurso em julgamento [...], mencionando que a recorrida esteve relacionada numa suposta fraude ao concurso de ingresso da magistratura. Em 08/11/2017, o informativo eletrônico JOTA também noticiou o julgamento deste recurso (Fonte: <https://jota.info/justica/direito-ao-esquecimento-divide-3a-turma-do-stj-08112017>). O mesmo fez a revista eletrônica CONJUR. [...]. Além disso, outros blogs e sites repercutiram a notícia do julgamento, em maior ou menor extensão [...] (grifos nossos)<sup>796</sup>.

Em suma, o *efeito Streisand*<sup>797</sup> possivelmente ocorrerá na maioria dos casos, ou seja, se trata justamente do efeito contrário, pois, paradoxalmente, ao se tentar fazer os buscadores

<sup>796</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. **Recurso Especial nº 1.660.168 – RJ (2014/0291777-1)**. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Relator para Acórdão: Marco Aurélio Bellizze. Julgado em: 8 maio 2018.

<sup>797</sup> “*Un caso muy popular involucró a Max Mosley, el ex presidente de la Federación Internacional de Automovilismo que dirige la Formula 1, luego que en marzo del año 2008 el diario sensacionalista británico ‘News Of The World’ publicara imágenes donde aparecía en una orgía sdomasquista, con estética nazi, con varias prostitutas. Mosley no solo demandó en su tiempo al periódico, sino que también inició acciones con posterioridad para eliminar las imágenes fotográficas que comenzaron a aparecer en todos los medios de comunicación del mundo. Se da, por tanto, el efecto contradictorio, que cada vez que Mosley deduce acciones para eliminar las fotografías que un día publicó el diario inglés que fue cerrado por otros escándalos – una se dirigió contra Google -, prova una renovación de la curiosidad colectiva para acceder a las fotografías y de nuevos lectores que no estaban enterrados. [...]*”. (RAMÍREZ, Pedro Anguita. **Acciones**



de conteúdo da internet esquecerem a informação pretérita e remota, mais e mais pessoas em geral tomam conhecimento do fato ocorrido, algo típico e inerente à curiosidade humana. Adverte-se, entretanto, que tal efeito é bastante previsível e este risco deverá fazer parte do cálculo jurídico-social do pleiteante ao direito ao esquecimento. Por outro lado, a simples argumentação sobre a existência deste efeito não revelará a inexistência de proteção jurídico-normativa do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico civil-constitucional brasileiro.

Por conseguinte, também existem outros direitos na legislação brasileira que não se confundem com o conteúdo jurídico-normativo ora proposto nesta pesquisa do direito ao esquecimento. De início, não se trata de direito ao esquecimento – pelo menos na forma designada pela União Europeia – quando ocorrer violação a dispositivo legal, p. ex., no caso de malferimento ao artigo 43, §5º, do CDC<sup>798</sup>. De fato, se trata de hipótese de prescrição relativa à cobrança de débito determinando a exclusão das informações creditícias desabonadoras do consumidor, ou seja, a primazia do valor constitucional da segurança jurídica. A despeito disto, o dispositivo tem a sua importância nesta abordagem pois guarda alguma pertinência com a ideia de refutação à perenização da memória, ainda que não necessariamente esteja se falando no ambiente *online*.

Neste contexto, também se discorda de o posicionamento de Daniel Sarmento, na medida em que se confunde o direito ao controle de dados pessoais previsto no Marco Civil da Internet, no Código de Defesa do Consumidor, na Lei de Acesso à Informação e na Lei de Habeas Data, quando o Autor aduz se tratem de “espécies limitadas de direito ao esquecimento”<sup>799</sup>. De fato, em todos estes casos – inclusive alguns já analisados nesta pesquisa (p.ex. Marco Civil da Internet) – se trata apenas de retificações ou apagamentos em

---

**de protección contra google.** Análisis del llamado derecho al olvido en buscadores, redes sociales y medios de comunicación. Santiago de Chile: Librotecnia, 2016, p. 210)

<sup>798</sup> “Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes. § 5º Consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores.” (BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990)

<sup>799</sup> “No cenário brasileiro, o direito ao controle de dados pessoais pode ser inferido da Constituição. Ele é inerente ao direito à privacidade e se vincula também à dignidade da pessoa humana. Tal direito é parcialmente disciplinado por diplomas específicos, como o Marco Civil da Internet, o Código de Defesa do Consumidor, a Lei de Acesso à Informação e a Lei do *Habeas Data*. O seu exercício pode justificar, em certas circunstâncias, o não processamento e até o apagamento de dados pessoais, contemplando, neste sentido, uma espécie limitada de direito ao esquecimento. É altamente recomendável no Brasil a edição de uma lei geral e sistêmica para disciplinar a proteção de dados pessoais, como ocorre em praticamente todos os Estados europeus, e em países como Canadá, Argentina, Uruguai, Chile e México”. (SARMENTO, Daniel. *Liberdades comunicativas e “direito ao esquecimento” na ordem constitucional brasileira.* **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 7, p. 230, jan./mar. 2016. Parecer)

face do uso ilícito de dados pessoais (mas não de direito ao esquecimento, ou seja, da exclusão de dado legítimo, verídico e lícito, desabonador em regra da privacidade, malferido os direitos da personalidade).

Igualmente, conforme já abordado nesta pesquisa, também não se tratará de direito ao esquecimento, nos moldes da Comunidade Europeia, quando se veicular dados de condenação criminal que se constituam em obstáculos à reinserção social do ex-condenado e de sua família. Nestas hipóteses, “não se quer que o dado seja apagado, removido ou não divulgado publicamente; o que se quer é que o dado não seja usado para uma finalidade específica que pode causar prejuízo ao seu titular”<sup>800</sup>.

Por outro lado, partindo-se das conclusões quanto ao exame dos precedentes judiciais já analisados, nacionais e estrangeiros, tendo-se como ponto de partida o caso *Google vs. Mario Costeja González* do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), e, no Brasil, os dois precedentes judiciais do STJ no ambiente *offline* (fora do âmbito da internet) - REsp 1.334.097/RJ (*caso J.G.F vs. Globo*) e REsp 1.335.153/RJ (*caso Curi vs. Globo*) – e o precedente judicial do STJ mais recente no ambiente *online* (âmbito da internet) - *Denise Pieri Nunes versus Yahoo, Google, Microsoft* (Resp 1.660.168/RJ) – pretende-se elencar um somatório de critérios para configuração do direito ao esquecimento. Desde já, adverte-se que, este somatório de critérios, embora possam representar em tese um esquadro jurídico-normativo desejado, faz-se *mister* que estes sejam testados criticamente no exame do caso concreto, no momento da *applicatio*, pois em situações particulares poderá ocorrer a prevalência de outros direito, liberdades e garantias fundamentais.

Neste sentido, têm-se alguns critérios<sup>801</sup> para existência *in concreto* do direito ao esquecimento: (1) **fato ou informação prejudicial, vexatória ou desabonadora que viola de modo desproporcional direitos da personalidade e a dignidade da pessoa humana** (sentido material do direito fundamental ao esquecimento, a ideia de dimensão da dignidade, porquanto somente o homem tem capacidade de lembrar ou de esquecer); (2) **natureza do fato, informação ou opinião tida como prejudicial** (neste ponto, p. ex., excluem-se da ideia de direito ao esquecimento: as *fake news*, o discurso de ódio, injúrias, calúnias e difamações);

---

<sup>800</sup> BRANCO, Sérgio. **Memória e esquecimento na internet**. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2017, p. 179.

<sup>801</sup> “Portanto, torna-se relevante – principalmente para se permitir uma controlabilidade externa dos futuros casos envolvendo o direito ao esquecimento e que certamente serão enfrentados pelo Judiciário – identificar e definir o conteúdo dos critérios ou *standards* que podem atuar como pressupostos necessários à resolução dos conflitos envolvendo esse direito fundamental e os demais que, em uma situação concreta, poderão colidir com ele, como por exemplo, a liberdade de imprensa, a liberdade de expressão etc”. (SARLET, Ingo Wolfgang; FERREIRA NETO, Arthur M. **O direito ao “esquecimento” na sociedade da informação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 189)

(3) **transcurso razoável do tempo ou não contemporaneidade**; (sentido material do direito fundamental ao esquecimento: as dimensões da dignidade – tempo e memória) (4) **ausência de historicidade e de interesse coletivo na divulgação dos fatos ou informações e juízos de valor** (o interesse público não pode mais se revelar como preponderante na análise do caso concreto); (5) **esgotamento da relevância informativa do evento ou atingimento da recomposição penal pela reabilitação e perdão** (o direito de ser informado ou a liberdade de informar são mitigados diante da irrelevância do conteúdo informativo, bem como o perdão poderá fornecer para memória um novo futuro); (6) **natureza dos meios de promoção do direito ao esquecimento e seus impactos** (a exclusão ou cancelamento de informações pode ser mais gravoso que a desindexação; assim como o são o direito de resposta e o próprio recurso à via indenizatória; (7) **consideração integral de todos os direitos e bens jurídico-constitucionais em relação de concorrência e colisão de todos os diretamente envolvidos** (relaciona-se diretamente à ponderação, ao teste da proporcionalidade).

O direito ao esquecimento encontra guarida predominantemente no sistema jurídico *do civil law*, conforme o modelo desenhado pela União Europeia. Por sua vez, nos países de tradição jurídica do *common law*, há dificuldades maiores quanto ao seu reconhecimento, principalmente no Estados Unidos por conta da primazia da primeira emenda da constituição norte-americana. No Brasil por sua vez, já existe substrato jurídico civil-constitucional a fundamentá-lo, conforme visto, entretanto, ainda carece de medidas executivas (p.ex., a consolidação da recente criada Autoridade de Proteção de Dados) e legislativas (p.ex., a clarificação do marco civil da internet).

Quanto ao Poder Judiciário, o STF analisará em breve o tema por força do RE 1.010.606/RJ, com repercussão geral reconhecida (Tema 786). Nesta medida, este julgamento poderá ser decisivo para o futuro do direito ao esquecimento no Brasil, assim como o foi na Europa o precedente judicial do caso *Google vs. Mario Costeja González* do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE). O STJ, por sua vez, ainda não posição firmada e consolidada em definitivo sobre o tema, oscilando entendimentos diversos entre os Ministros, a despeito de recentemente restá-lo consolidado no precedente judicial *Denise Pieri Nunes versus Yahoo, Google, Microsoft* (Resp 1.660.168/RJ), no ambiente *on line*.

Desta maneira, o direito ao esquecimento – *on line e offline* – continua ainda em fase de progressivo desenvolvimento, ou seja, em busca de legitimidade junto aos poderes constituídos e perante a sociedade civil organizada. Há intensos debates sobre o assunto no País, estreitando o intercâmbio virtuoso entre Direito e Tecnologia. Neste sentido, a regulação normativa deve caminhar na mesma direção da regulação técnico-científica, a fim de que

eventuais arestas sejam desbastadas em conjunto pelas duas searas do conhecimento humano. De rigor, faz-se *mister* o reconhecimento, a proteção e a promoção jurídico-normativa, legislativa, precedentalista e tecnológica do direito ao esquecimento no cenário civil-constitucional brasileiro. Com efeito, a consolidação teórico-valorativa deste direito se faz premente frente a complexidade das relações jurídico-sociais da Era digital de acordo com o paradigma da fluidez da Modernidade Líquida e pela inequívoca constatação do novo poder da informação a ser traduzido e revelado pela sociedade em rede.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O progresso tecnológico, a globalização e a democratização da informação mudaram definitivamente a relação entre os dados públicos e privados, principalmente no meio ambiente digital (cibernético). Apesar de a inequívoca transição da Modernidade Sólida (estável, inerte) para a Modernidade Líquida (fluida, instável, incerta, dinâmica), faz-se *mister* o estabelecimento fronteiro entre o público e o privado ou, em outras palavras, entre o tráfego seletivo de informações e o tráfego aleatório de dados.

Na volatilidade da Modernidade Líquida, a rigidez e os referenciais morais da época anterior – Modernidade Sólida ou simplesmente Modernidade - são retirados de palco para dar espaço à lógica da hipervalorização do presente, do momento agora, do hiperconsumo, do gozo, do efêmero e da artificialidade. Neste ponto, surge maior perplexidade quando a lógica do consumo é impregnada aos próprios direitos, garantias e liberdades fundamentais.

Neste particular, um dos danos colaterais da Modernidade Líquida tem sido a progressiva eliminação da divisão das esferas do privado e do público, no que pertence à vida humana. Assim, tem-se uma espécie de sociedade confessional, quando espaços antes reservados à exploração de questões de interesses e preocupações comuns ou coletivas agora também o são utilizados como depositários de privacidade, sigilo e intimidade, seja por ato volitivo dos próprios titulares ou por vontade de terceiros.

Com efeito, a presente Tese refuta a lógica consumerista aplicada aos direitos, liberdades e garantias fundamentais através de o uso irracional e desproporcional do paradigma tecnológico da sociedade em rede, ou seja, a jusfundamentalidade constitui-se no mínimo existencial jurídico-normativo e, portanto, não se trata de “produtos de consumo” a serem deglutidos no meio ambiente moderno-líquido. Dito de outra forma, a mercantilização e a banalização da exposição individual e coletiva na era digital não devem promover a própria autodestruição dos indivíduos e da sociedade consensual e dialógica. Nesta medida, os direitos da personalidade e as liberdades comunicativas, de envergadura civil-constitucional e com força normativa potencializada, devem ser conjugados à luz da dignidade da pessoa humana.

Defende-se, entretanto, que isto não significa necessariamente aderência da sociedade em rede à ideia de Estado mínimo; de proteção jusfundamental relativizada; de privações às liberdades fundamentais; de capital meramente especulativo. De modo contrário, a sociedade alicerçada na informação perpassa pela ideia de um capitalismo sócio-ético, promovedor dos direitos e liberdades fundamentais. Não há de se falar em difusão e

propagação do capital-informação em *ciberespaços* inóspitos e completamente desregulamentados.

Neste contexto, não se desconhece que, a massificação das relações sociais e de consumo; o surgimento de novas tecnologias de informação e de armazenamento de dados podem ocasionar o surgimento das mais variadas situações conflitantes em que são impostas a discussão do conteúdo e dos limites dos direitos e liberdades fundamentais. Neste ponto, trata-se de tema relevante para conjugação do direito ao esquecimento na rede mundial de computadores, fazendo-se *mister* algumas reflexões sobre o “palco” preponderante destes conflitos, qual seja, o meio ambiente digital e a ideia de memória na sociedade em rede.

Depreendem-se algumas ilações nesta Tese: (1) a tecnologia realmente não é o único critério a ser considerado para a transição de uma sociedade em rede; (2) a economia, o bem-estar e seus valores subjacentes são elementos preponderantes para constituição de uma sociedade em rede; (3) há necessidade de gestões públicas e privadas para fins de consolidação efetiva da sociedade em rede; (4) A concretização do modelo de Estado que respeite, proteja e promova os direitos e liberdades fundamentais em todas as suas dimensões se trata de condição *sine a quo non* para fins de manutenção da sociedade em rede.

Por outro giro, o advento da internet e a ascensão das redes sociais permitiram a expansão da memória e de seus respectivos registros. Assim, se antes os diários e as fotos de família eram destinados a serem guardados em gavetas ou armários, hoje estão superexpostos em *blogs* e comunidades digitais. Neste sentido, surge inequivocamente uma zona intermediária de difícil delimitação entre as lembranças públicas e privadas.

Neste particular, com o advento da rede mundial de computadores, compara-se as memórias *on line* ao eterno palimpsesto, ou seja, à prática da antiguidade de se limpar ou lavar o pergaminho (ou papiro) a fim de se permitir a sua contínua reutilização. Em outras palavras, somente se existia controle quase absoluto sobre os registros da memória, quando esta era coletada em meios analógicos. De outra forma, com o advento dos suportes digitais, tudo definitivamente mudou: nada na internet está condenado à permanência (poderá ser reescrito, reeditado, atualizado), embora, contraditoriamente, muito difícil ser deletado (ou esquecido) em definitivo aquele conteúdo já publicado.

Depreende-se, portanto, que ao lado das memórias e seus registros, se mostra indissociável a ideia de esquecimento. Neste ponto, o direito não pode ficar completamente alheio à regulamentação dos registros das memórias – principalmente no ambiente *online* - quando uma mudança no comportamento da própria pessoa suscita nela a vontade de se afastar de seu passado, projetando uma imagem atual desvinculada daquela preteritamente

veiculada pela sociedade em rede. Dito de outra forma, a tutela constitucional da dignidade da pessoa humana enquanto matriz fundante dos direitos da personalidade impõe limites jurídico-político-sociais, desobrigando aos indivíduos a necessidade de convivência *ad eternum* com circunstâncias ou informações de tempos remotos relativas a interesses eminentemente particulares.

A despeito de as críticas (na maioria adequadas e pertinentes), o marco civil da internet (Lei 12.965/2014) e o seu decreto regulamentador (Decreto 8.771/2016) são praticamente os primeiros passos legislativos quanto aos direitos e garantias dos usuários da internet no Brasil. Nesta medida, considera-se nesta Tese o marco civil da Internet como uma proposta inovadora, na medida em que propõe (pelo menos na sua parte principiológica) uma convivência harmoniosa entre os direitos da personalidade e a liberdade de expressão no ambiente cibernético.

De fato, concretizar o direito de acesso à internet enquanto direito autônomo - humano e fundamental - significa também cristalizar poder na sociedade em rede; fomentar poder à disposição do particular, isto é, à disposição do indivíduo comum. A despeito disto, também se mostra inequívoca a necessidade quanto ao controle deste incomensurável poder tecnológico, seja a ser exercido pelo Estado, seja a ser exercido pela sociedade em rede.

Por sua vez, a necessidade de harmonização entre os direitos e liberdades fundamentais se destaca em face da constitucionalização do direito civil com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana. Desta forma, a construção teórico-valorativa de novos direitos na sociedade da informação não pode representar riscos à liberdade de expressão, tampouco supremacia apriorística aos direitos da personalidade.

A defesa desta Tese caminha em direção a reconhecer positivamente o fenômeno da constitucionalização do direito, principalmente do direito privado (direito civil). A despeito de brilhantes argumentos em sentido contrário, principalmente no afã de assegurar (ou resgatar) a completa autonomia e identidade epistemológicas do Direito Civil, tal raciocínio acaba por colocar em segundo plano a teoria dos direitos fundamentais em prol de suposta tecnicidade jurídica.

Deste modo, a centralidade do universo jurídico desde o século XX gira em torno da ideia do homem como um fim em si mesmo, típico do modelo de Kant, revolucionando a dinâmica social sob o aspecto protetivo da jusfundamentalidade das Cartas Constitucionais contemporâneas. Neste sentido, a constitucionalização do direito privado prioritariamente o robustece e não o diminui, assegurando tão somente a primazia dos direitos e garantias fundamentais no ordenamento jurídico.

Com efeito, defende-se nesta Tese que, no caso de eventual conflito da liberdade de expressão (discurso político, discurso não político e discurso meramente empresarial) em face dos direitos de privacidade, parte-se da premissa no plano eminentemente constitucional quanto à inexistência de supremacia formal ou material entre os direitos ou liberdades fundamentais. Dito de outra forma, não se aplica qualquer peso abstrato à liberdade de expressão ou aos direitos de privacidade sob a ótica exclusivamente constitucional, inexistindo qualquer ônus argumentativo privilegiado em desfavor de algum.

Neste sentido, o que poderá fazer a prevalência de um ou de outro será o tipo de discurso veiculado no exercício da liberdade de expressão (sentido amplo), a autorizar uma maior atuação judicante diante da legislação infraconstitucional limitadora. Por exemplo, o discurso político possui um nível protetivo mais intenso e, por via de consequência, um peso abstrato maior, implicando em uma menor relevância às peculiaridades jurídico-fáticas no momento de aplicação da norma. Por via de consequência, as chances de a liberdade de expressão prevalecerem serão maiores em face dos direitos de privacidade nos discursos políticos.

Reitera-se, por oportuno, que a inexistência de qualquer peso abstrato no plano constitucional nunca imporá obrigatoriamente a prevalência de um ou outro, como defende a teoria da *preferred position* que, embora admita o sopesamento em desfavor da liberdade de expressão, se utiliza deste artifício em hipóteses muito remotas e excepcionais, exigindo sempre um ônus argumentativo privilegiado para tal desiderato.

Por sua vez, o discurso meramente empresarial veiculado no exercício da liberdade de expressão, como não promove, em regra, a autodeterminação e o livre desenvolvimento dos indivíduos, mas, sim, volta-se para o lucro (patrimônio), terá um nível de proteção menos intenso. Nesta medida, o peso abstrato será menor, implicando em uma maior relevância às peculiaridades jurídico-fáticas no momento de aplicação da norma. Consequentemente, a liberdade de expressão terá uma possibilidade menor de prevalecer em face dos direitos de privacidade nos discursos empresariais (comerciais).

Portanto, esta Tese defende com veemência que: (1) não se pode pressupor, de forma prévia e abstrata, a hierarquia normativa e axiológica de quaisquer direitos, garantias ou liberdades fundamentais; (2) Neste particular, caberá minucioso e científico cotejo fático-jurídico, munindo-se de todas as peculiaridades e idiosincrasias do caso concreto; (3) Ato contínuo, poder-se-á ponderar os valores em jogo mediante importante tarefa hermenêutica; (4) Posteriormente, caso ocorra eventual superioridade no conflito eminentemente principiológico, esta ocorrência será sempre transitória e aplicável tão somente ao caso



concreto analisado; (5) Quanto ao equacionamento, a hermenêutica jurídica oferece diversas formas de resolução de conflitos, p. ex., a utilização do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, dentre outros.

Por conseguinte, diante do paradigma da liquidez – volátil, inseguro, instável – no contexto do direito civil-constitucional, busca-se com o estudo da teoria dos precedentes judiciais uma maior uniformidade e, conseqüentemente, estabilidade a serem desenvolvidas junto aos sistemas jurídicos. Neste ponto, trata-se de tema essencialmente pertencente à Teoria Geral do Direito, entretanto, tangencia praticamente a ciência jurídica como um todo, a promover uma verdadeira autorreflexão a toda a comunidade jurídica.

Desta forma, pretende-se se subsidiar de elementos formais e materiais colhidos no País e alhures para concretização do direito civil-constitucional ao esquecimento na era digital. Reitera-se, portanto, tal pretensão e o papel dos precedentes judiciais, quando utilizados de forma adequada, como capazes de mitigar a volatilidade moderna-líquida, oferecendo ao sistema jurídico: estabilidade, integridade e coerência.

Por outro lado, a análise da teoria precedentalista durante a Tese é relevante e fundamental, sobretudo por elucubrações relativas aos precedentes judiciais nacionais, estrangeiros e internacionais sobre a construção do direito ao esquecimento no ambiente virtual, sobretudo os influxos pioneiros oriundos do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) e, no Brasil, dos tribunais superiores (STF e STJ).

Outrossim, apesar de se evidenciar diferenças semânticas pontuais, esta pesquisa utiliza de forma indiscriminada tais expressões terminológicas - família, sistema ou tradição de direitos -, bem como se perquire preponderantemente as convergências e as divergências substanciais entre os dois grandes modelos paradigmáticos: romano-germânico (*civil law*) e o *common law*. Tal opção não se trata de menosprezo à cultura oriental, africana ou qualquer coisa do gênero, tampouco se evidencia um protagonismo absoluto do mundo ocidental (europeu e norte-americano). Trata-se, pois, de opção metodológica em face da delimitação do objeto de estudo quanto ao precedentalismo originador do direito ao esquecimento na era digital, sobretudo com matriz nas Cortes da União Europeia.

No Brasil, tradicionalmente associado às famílias dos direitos *do civil law*, esta Tese defende correto se afirmar em aproximação ao sistema *common law* em face do constitucionalismo contemporâneo. A despeito disto, algumas ilações foram construídas: (a) não se pode pressupor a superioridade de um sistema ou tradição jurídica de direitos e, ato contínuo, importar em direção única seus institutos jurídicos. Trata-se de premissa falsa, p. ex., supor maior envergadura teórica aos preceitos jurídicos do *common law* para fins de

resolução de problemas originados no constitucionalismo contemporâneo e, por vezes, dentro de suas próprias bases teóricas; (b) por razões históricas do constitucionalismo brasileiro que, conforme visto nesta pesquisa, em sua formação desde a primeira constituição republicana (1891) possui influxos teóricos-valorativos de ambos os sistemas jurídicos (natureza híbrida desde a sua gênese). Nesta esteira, não se pode sequer afirmar de forma inequívoca que o sistema jurídico brasileiro se trata de *civil law* “puro” e absolutamente original, porquanto inexistente tal tradição de direitos em escala mundial.

Com efeito, há uma intensa comunicação de mão dupla entre os dois principais sistemas jurídicos no Brasil e no mundo, *civil law* e *common law*. O próprio (neo)constitucionalismo pressupõe a dialética, o intercâmbio e a existência de zonas fronteiriças. Nesta esteira, por exemplo, destacam-se a relação interdisciplinar entre o direito público e o direito privado, tais como a boa-fé objetiva, a função social da empresa, do contrato e da propriedade, dentre outros, conforme explicitado pelo fenômeno da constitucionalização do direito.

Quanto aos elementos de formação conceitual do precedente judicial, esta Tese defende a *ratio decidendi* como o núcleo central do precedente judicial, sendo seu conceito tradicionalmente vinculado aos aspectos fáticos ou aos aspectos normativos, de acordo com os referenciais teóricos, filosóficos e ideológicos pré-compreendidos. Em outras palavras, não se confunde a *ratio* com a fundamentação da decisão judicial, nem tampouco como sinônimo de norma-regra ou norma-princípio. Trata-se, pois, da parcela virtuosa do DNA do precedente judicial, a ser transplantado ao caso posterior.

De fato, no contexto do conceito de precedente enquanto resposta institucional que necessariamente imponha o ganho hermenêutico ao caso em análise, a *ratio* tende a ser a parte que exponha este ganho durante a *applicatio* com maior habilidade e vivacidade. Desta forma, também será a parte do precedente vocacionada a vincular o caso posterior, fomentando e promovendo o diálogo permanente entre texto de norma e realidade pelo viés da filosofia hermenêutica e por seu perfil dialógico.

O *obiter dictum*, por sua vez, são apenas as questões secundárias pois não influenciam diretamente a decisão daquele caso concreto analisado. Desta forma, tem-se o *dictum* como algo acessório e não vinculante ao caso posterior. Apesar disto, o *obiter dictum* de hoje (do caso-precedente), poderá ser a *ratio* de amanhã na formação de novel precedente judicial. Não se descarta, por consequência, a relevância do *dictum* para o desenvolvimento do direito, apenas se reitera que, nesta condição, não orientará de forma vinculante o julgamento de casos futuros.

Com a publicação do novo Código de Processo Civil brasileiro de 2015, a despeito de jogar luzes e evidência ao tema da teoria dos precedentes judiciais, esta Tese assevera sobre o equívoco em se afirmar que o novo diploma processual instituiu um novo sistema de precedentes judiciais vinculantes no Brasil. Neste ponto, a observância de precedentes judiciais jamais poderia ocorrer de forma automática ou por via da lógica da subsunção (legislador). Reitera-se: precedente judicial não é norma jurídica (lei parlamentar). Ademais, haverá sempre um DNA do Direito a ser perquirido e observando por meio da *applicatio*, inclusive para aplicação das súmulas vinculantes ao caso concreto.

Neste particular, à luz da doutrina de Gadamer, o problema central da hermenêutica se encontra na tarefa da *aplicação*, pois somente esta estaria contida em toda compreensão. Nesta medida, de acordo com o conceito de precedente defendido nesta Tese, qual seja, a necessidade de se exprimir um ganho hermenêutico para reprodução ao próximo caso, tem-se como ponto central a observância deste paradigma filosófico.

Com efeito, depreende-se que, o novo CPC não permite uma determinada conduta ao juiz ou tribunal ao fundamentar suas decisões: a ignorância aos precedentes judiciais, às súmulas e à jurisprudência. De fato, poder-se-ão segui-los, distingui-los, superá-los, desafiá-los, entretanto, deverão observá-los (o que não significa, por óbvio, chancelá-los). Tem-se, portanto, a exigência de fundamentação adequada no novo CPC de 2015 sem paradigma com o código revogado de 1973, corroborando a reforma constitucional promovido pela EC nº 45/2004 (artigos 93, incisos IX e X, da CF/88).

A defesa desta Tese, portanto, não há que se falar em precedente judicial apenas persuasivo. Em outras palavras, a decisão judicial que é tão somente persuasiva não se mostra adequada como precedente judicial. Reitera-se que, toda decisão judicial (enquanto precedente judicial) será vinculante, independentemente do juiz ou da Corte emissora. Há, de fato, uma gradação vinculativa que, a *priori*, pode-se se especular como de natureza forte, média ou fraca, sem, contudo, perder a natureza de ser vinculante. Esta linha de vinculação - de forte à fraca - pode variar por elementos de ordem formal (Corte emissora do precedente; órgão interno emissor; tipo de processo judicial; mudança de membros do colegiado etc) e por elementos de ordem material (estabilidade, integridade, coerência, justificação etc).

Tem-se, portanto, a ideia de precedente judicial enquanto resposta institucional dialógica, vocacionada a propor o diálogo entre o texto-de-norma e o fato (a realidade factual), diante das circunstância e das peculiaridade no momento da aplicação (*applicatio*), ocasionando ganho hermenêutico no caso-precedente, e, portanto, autorizado pela estabilidade, pela coerência e pela integridade impostas ao sistema jurídico a se transplantar o

DNA de fato (elemento do DNA do direito) para o caso *sub examine* (caso-posterior). Neste sentido, ao se formar este círculo hermenêutico vicioso (e virtuoso) para a formação dos precedentes judiciais, também estes acabam por promover (e fomentar) uma verdadeira autorreflexão ao sistema jurídico como um todo, notadamente aos seus intérpretes-protagonistas (tribunais, juízes, advogados, doutrinadores, comunidade jurídica etc).

Nesta direção, são oportunamente as dimensões de ajuste e valor (*fit e value*) – componentes integridade de uma virtude política para Dworkin – que fornecem o instrumental necessário para consideração correta dos argumentos trazidos pelos sujeitos processuais enquanto membros de uma comunidade política genuína. Neste ponto, a temática da integridade do Direito é prioritariamente tratada nesta Tese enquanto ideia de integridade transnacional.

De fato, a busca de estabilidade, integridade e coerência não ocorre apenas no plano nacional, difundindo-se a ideia de transnacionalidade pela sociedade de rede. Portanto, a concretização dos direitos civis-constitucionais – no caso em exame, do direito ao esquecimento na era digital – também necessita do precedentalismo além das fronteiras formalmente delimitadas pelas jurisdições nacionais.

Portanto, o caminho percorrido nesta Tese perpassa indubitavelmente pelo estudo dos precedentes judiciais estrangeiros e internacionais, bem como sua adequada aplicação pelos tribunais nacionais. Esta temática se mostra de relevo porquanto se aprofunda o estudo do direito ao esquecimento no Brasil e, por conseguinte, a fundamentação jurídica e a delimitação dos seus elementos formais e materiais advém de precedentes judiciais europeus, principalmente de sólida construção do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) através do clássico caso *Gonzalez vs. Google*.

Por conseguinte, a abordagem jurídico-constitucional, a fim de se constituir uma argamassa normativa e valorativa sedimentada no constitucionalismo contemporâneo se mostra também preponderante nesta Tese. Dentre outras ideias, a circulação global de precedentes judiciais contribui de alguma forma com a pretensão última, qual seja, a promoção do diálogo entre os sistemas jurídicos. Neste ponto, a forma como as jurisdições nacionais se utiliza dos precedentes estrangeiros e internacionais se mostrou questão de relevo desenvolvida nesta pesquisa acadêmica.

De qualquer sorte, seja qual for a teoria subjacente à ideia do constitucionalismo contemporâneo, não se pode perder de vista o fenômeno recorrente mundialmente: cada vez mais frequente a circulação de precedente judiciais internacionais ou estrangeiros nas jurisdições nacionais. Neste ponto, cabe-se a tarefa de formatá-los, delineá-los, (re)desenhá-

los, enfim, buscá-los em essência os seus elementos substanciais enquanto precedentes, a não ser que, se tratem de meras menções alegóricas nas fundamentações dos julgados nacionais.

Com efeito, a defesa desta tese é a de que, pode (e deve) existir vinculação de natureza material para fins de utilização dos precedentes estrangeiros. Em outras palavras, os elementos de natureza material (justificação, integridade e coerência) brilham com maior intensidade no que diz respeito à gradação da vinculação dos precedentes estrangeiros em face de as jurisdições nacionais. Neste particular, o próprio conceito de precedente judicial enquanto resposta institucional dialógica que impõe ganha hermenêutico joga luzes nesta asserção. Assim, a proteção internacional dos direitos humanos deve ser levada à sério, inexistindo nacionalidade os precedentes judiciais que simbolizam esta tratativa universal.

Ademais, também se comunga com o dever de coerência, enquanto elemento substancial para utilização dos precedentes estrangeiros no cenário nacional. O paradigma coerentista sugere que, não se devem existir estruturas absolutamente hierarquizadas entre as jurisdições dos países estrangeiros. Com outras palavras, o sistema coerentista transnacional, à luz da proteção jurídica qualificada aos direitos humanos, impõe o dever de as jurisdições estrangeiras interagirem em rede, de forma entrelaçada, ligando-se por múltiplas relações em que, cada parte se engendra com muitas outras, apoiando-se mutuamente, em atenção à lógica dialética maleável em substituição às compatibilidades meramente lógico-formais.

Por outro lado, tem-se o dever de fundamentação enquanto elemento substancial para utilização dos precedentes estrangeiros. Neste particular, o próprio Código de Processo Civil brasileiro de 2015 trouxe novos contornos à matéria, ou seja, erigindo a fundamentação adequada à categoria de medida protetiva geral para o uso dos precedentes brasileiros (leia-se: com maior razão, quando esses precedentes forem estrangeiros, sem qualquer vinculação formal, mas apenas material), sob pena de nulidade absoluta (ausência de fundamentação)).

Por conseguinte, após a análise da teoria dos precedentes judiciais, a investigação se dirige a demonstrar uma possível construção teórico-valorativa para o direito ao esquecimento na era digital. Inicialmente, busca-se uma delimitação de ordem objetiva que se impõe, qual seja, o que é (ou pode ser) direito ao esquecimento e o que (definitivamente) não se trata de direito ao esquecimento.

Por outro giro, ora se defende nesta Tese alguns elementos conceituais, que devem fazer parte do conteúdo normativo do direito ao esquecimento: (1) a remoção ou esquecimento do conteúdo deverá se referir necessariamente a fato verídico, caso contrário, se tratará de *fake news*, p. ex., com outras repercussões jurídicas; (2) o interesse público não deve estar presente ou, se já esteve em alguma medida, já decorreu prazo razoável da

publicação da informação; (3) houve, de fato, causa e consequência, isto é, o malferimento aos direitos de privacidade se consumou na prática; (4) o cotejo necessário entre os direitos da personalidade e os direitos da liberdade de expressão deverá ser contumaz na análise do caso concreto, devendo falar-se na existência do direito ao esquecimento quando ocorrer uma aproximação jurídico-valorativa de afastamento, ainda que temporário, das liberdades comunicativas em prol da privacidade; (5) a desindexação (espécie) faz parte inarredável do conceito do direito ao esquecimento (gênero), ampliando-lhe o viés jurídico-protetivo. Esta é uma defesa intransigente, sob pena de se esvaziar o seu conteúdo normativo pois a esmagadora transmissão e intercâmbio de informações na internet ocorre por meio dos motores de busca de conteúdo (Google, o seu principal exemplo).

No estudo do direito comparado na América Latina, algumas conclusões desta Tese: (a) os países latino-americanos analisados ainda se mostram relutantes a reconhecer o direito ao esquecimento enquanto direito legislativo expresso; (b) a despeito disto, principalmente no Chile e na Colômbia, já existem precedentes judiciais que, em maior ou menor medida, pavimentam a consolidação deste direito no continente sul-americano; (c) outrossim, em todos os países analisados, inclusive Peru e Argentina, existe legislação geral protetiva para os direitos de privacidade, e, por consequência, o *derecho al olvido* tem como premissa básica a conjugação harmoniosa destes direitos com as liberdades fundamentais comunicativas e o próprio direito à informação.

Em seguida, esta Tese reitera as sensíveis diferenças entre os países do *common law* e do *civil law* em matéria de direito de privacidade e liberdade de expressão em sentido amplo. A despeito disto, entre países tradicionalmente do *common law* como os Estados Unidos e o Reino Unido, também se pode afirmar: (1) no Reino Unido, há significativos avanços protetivos aos direitos de privacidade, corroborados pelo recente normativo *Data Protection Act 2018* e pela Agência de Proteção de Dados Pessoais (*Information Commissioner's Office – ICO*); (2) nos Estados Unidos, por sua vez, os direitos de privacidade continuam esbarrando na topografia privilegiada atribuída à 1ª emenda da constituição norte-americana.

Quanto ao direito ao esquecimento propriamente dito, pode-se afirmar que, o Reino Unido continua avançando, inclusive parte importante do conteúdo normativo deste direito, qual seja, o direito subjetivo à desindexação referente às informações pessoais listadas pelos motores de busca da internet (Google etc) já podem ser implementados administrativamente por intermédio da Agência de Proteção de Dados Pessoais (*Information Commissioner's Office – ICO*).

Nos Estados Unidos, por sua vez, não há que se falar em direito ao esquecimento, nem mesmo no que se refere à consulta de informações pessoais junto às Cortes judiciais, nem mesmo quando se já cumpriu em definitivo a sanção imposta. Há, de fato, um apanágio Ianque exacerbado às liberdades comunicativos e ao direito à informação em sentido amplo. Decerto, em síntese, há uma brecha jurídico-cultural entre os países do *common law* em matéria de direito ao esquecimento, e, por assim dizer, uma nítida aproximação do Reino Unido à tradição jurídica europeia continental, distanciando-se do direito estadunidense.

Por conseguinte, no âmbito da União Europeia, tem-se a consolidação do direito ao esquecimento pela via do precedente judicial internacional para os demais países comunitários (caso *Gonzalez vs. Google.*), bem como importante precedente judicial estrangeiro para as demais sociedades em rede além-fronteiras europeias, inclusive o Brasil. Neste particular, na Espanha, verifica-se então a gênese contemporânea do *derecho al olvido*, inclusive na seara administrativa por intermédio das decisões da Agência Espanhola de Proteção de Dados (AEPD).

A compreensão desta Tese desenvolvida quanto ao direito ao esquecimento enquanto categoria de direito humano, já consagrado no plano internacional, principalmente no modelo jurídico desenhado pela União Europeia. Por outro lado, trata-se de categoria de direito fundamental, porquanto se estar diante de possível esfera de proteção jurídica de feição inovadora, no atual contexto da sociedade da informação e da era digital. Por óbvio, não por causa de algum processo de positivação que tenha introduzido formalmente esse direito em um texto constitucional, mas, sim, por causa de alguma dimensão da experiência humana que poderia ser racionalmente justificada como indispensável para o pleno desenvolvimento moral e jurídico do indivíduo.

Neste sentido, a perspectiva material do direito fundamental ao esquecimento ganha maior envergadura em face de dois aspectos essenciais da experiência humana, quais sejam: o tempo e a memória. Esta última, de feição dualista, pois se refere à capacidade do indivíduo de lembrar, bem como à sua capacidade de esquecer. Na era digital, se inverteu o paradigma de outrora, ou seja, a regra geral passou a ser a lembrança, pois as informações estão sempre disponíveis nas mídias digitais a qualquer momento, enquanto que, o esquecimento passou a ser a exceção.

Por sua vez, o tempo (ou a noção dele) é algo exclusivamente de afetação aos seres humanos, pois os únicos capazes de perceberem e avaliarem conscientemente o seu transcurso. Desta maneira, as informações pretéritas e remotas, uma vez permanentemente

vivificadas ou perpetuadas no ambiente digital podem afetar decisivamente o indivíduo em sua dimensão psíquica e psicológica, dentre outras.

Deste modo, uma das dificuldades enfrentadas para delimitação do conteúdo *jusfundamental* do direito ao esquecimento exige exatamente esclarecimentos sobre a ideia de fluência do transcurso do tempo em relação à informação pretérita à qual se pretende esquecê-la. Nesta medida, algumas reflexões se impõem: quanto tempo é necessário para se definir se um determinado acontecimento pretérito já exauriu sua relevância social ou as suas potencialidades informativas? De outra forma, quanto tempo é necessário para se avaliar aspectos intrínsecos dos estados mentais dos indivíduos, a fim de se verificar em que medida a contínua exposição pública de determinado evento causa-lhe um abalo diferenciado, não tolerado pelo direito?

Decerto, as respostas serão tópicas, pontuais, pessoais, mediante percuciente análise das circunstâncias e peculiaridades caso-a-caso, entretanto, há uma constatação inequívoca: a delimitação teórico-valorativa do conteúdo fundamental do direito ao esquecimento não poderá se operar por meio de esquadro e régua, à luz das ciências exatas, porquanto os elementos metajurídicos imbricados acabam por imprimir-lhe uma determinada parcela de abstratividade, por maior que seja o rigor científico empreendido.

Por conseguinte, o direito fundamental ao esquecimento em sentido material, além destes dois aspectos essenciais acerca do tempo (reflexões do homem sobre a percepção do transcurso do tempo) e da memória (capacidade do homem de lembrar e de esquecer), também se justifica no direito brasileiro e estrangeiro em relação a dois outros aspectos, como: (1) dimensão específica da dignidade humana e (2) direito geral da personalidade (ou ao livre desenvolvimento da personalidade). Eis, portanto, um quadro materialmente *jusfundamental* bem desenhado para o direito ao esquecimento, e, aproveitando-se da lição de Robert Alexy, se trata de direito fundamental em sentido material, pois norma substancial norteadora para a tomada de decisão sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade, independentemente do conteúdo (ou de sua extensão) que lhe é conferido.

Por outro lado, esta dimensão objetiva também deverá imprimir o dever de o Estado proteger as relações jurídicas entre indivíduos e o próprio Estado, bem como entres aqueles e terceiros (outros particulares, principalmente no tocante ao direito geral da personalidade, do qual o direito ao esquecimento extrai seus principais elementos formais e materiais do seu conteúdo normativo).

Igualmente, também impõe parâmetros para a criação e constituição de organizações (ou instituições) estatais e para o procedimento, pois destes – organizações e procedimento - o



direito ao esquecimento lhe é dependente, e, ao mesmo tempo, conformador normativo e valorativo, inclusive a lhes informar o seu caráter não-absoluta e a sua premente necessidade de conviver harmonicamente com outros direito e liberdades fundamentais no ambiente digital, como, p. ex., a liberdade de expressão e direito à informação.

Por sua vez, a Tese desenvolvida quanto ao direito fundamental ao esquecimento em sentido formal se trata de um *trunfo* contra as decisões políticas majoritárias, considerando-se precipuamente a relação jurídica entre indivíduo-Estado. Dito de outra forma, um *trunfo* contra a tomada de decisão sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade, conforme a lição de Robert Alexy. Em síntese conclusiva, conjugando-se Alexy e Dworkin, tem-se que: enquanto direito fundamental em sentido material, este *trunfo* se trata de norma substancial a nortear, a conformar e a iluminar esta tomada de decisão referida. Por sua vez, enquanto direito fundamental em sentido formal, se constitui o *trunfo* como escudo protetor individualmente considerado, diante da decisão majoritariamente estabelecida.

De outro giro, na relação jurídica entre indivíduos e terceiros (outros particulares), a existência de um *trunfo político* (p.ex., direito ao esquecimento) significa uma individualizada e concretizada posição de autonomia e liberdade conferidas pelo Estado de Direito. Este, por sua vez, está igualmente vinculado a proteger contra ameaças ou lesões oriundas destes outros particulares (p.ex., o Google), a despeito que esses (p.ex., motores de busca de conteúdo) possam a estar formando uma maioria, ou quando os indivíduos (titulares do direito ao esquecimento), nas relações estabelecidas frente a outros particulares (p.ex., motores de busca de conteúdo), estejam sujeitos a uma relação de poder assimétrica (de natureza diversa, p. ex., econômica, tecnológica etc).

No caso específico brasileiro, a qualificação do direito ao esquecimento enquanto direito fundamental em sentido formal (ainda que implícito) lhe conferiria algumas garantias qualificadas: (1) limites formais e materiais, especialmente as cláusulas pétreas do artigo 60, §4º, CF/88, tornando-os indisponíveis ao alcance dos poderes constituídos; (2) parte integrante da constituição escrita, situando-se no ápice do ordenamento jurídico, com força normativa potencializada; (3) normas diretamente aplicáveis, vinculando de forma imediata entidades públicas e privadas (art. 5º, §1º, CF/88); (4) a possibilidade de enquadramento por força da abertura material do catálogo constitucional, de acordo com o artigo 5º, §2º, CF/88.

Em seguida, vislumbra-se a fundamentação jurídica à luz do direito civil-constitucional e seu intercâmbio virtuoso com o estudo da teoria dos precedentes judiciais, a fornecer seus elementos de justificação, de coerência e de integridade. Neste particular, os dois principais precedentes judiciais do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que versam sobre

direito ao esquecimento - especificamente fora dos domínios da internet (*offline*) - também o são da relatoria do eminente Ministro Luís Felipe Salomão, da 4ª Turma da Corte Especial. Assim, ambos os precedentes estão ainda em trâmite junto ao STF e foram originários das instâncias ordinárias do poder judiciário do Estado do Rio de Janeiro. Neste sentido, a tarefa acadêmica se resumiu em perquirir os elementos substanciais do REsp 1.334.097/RJ (*caso J.G.F vs. Globo*) e REsp 1.335.153/RJ (*caso Curi vs. Globo*), inclusive julgados conjuntamente, embora com soluções judiciais opostas.

As conclusões desta Tese quanto a esta análise vislumbraram que, as soluções alcançadas pelo STJ foram opostas, ou seja, no caso *Curi vs. Globo* houve a prevalência jurídico-protetiva das liberdades de informação e de comunicação, ao passo que no caso *J.G.F vs. Globo* houve expressa proteção do direito ao esquecimento, assegurando-lhe inclusive lugar de destaque no cenário normativo constitucional.

Nesta medida, defende esta Tese a plena compatibilidade de ambas com o sistema jurídico brasileiro, senão vejamos: (1) não se afiguram a descumprir o artigo 926, do NCPC, quando reverbera que, “*os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente*”. Neste ponto, a uniformidade, a coerência e a integridade do direito se refletem pela observância adequada da teoria dos precedentes judiciais à luz da CF/88, da filosofia hermenêutica e do paradigma do direito enquanto integridade; (2) acenam para o fato comum de que, nos casos de colisão de direitos fundamentais, há uma necessária análise dos elementos substanciais, caso a caso, a se ponderar todos os pontos positivos e negativos para a solução alcançada; (3) promovem a ideia de precedente judicial defendida nesta pesquisa, qual seja, uma resposta institucional dialógica, a promover o adequado diálogo entre o texto-de-norma e o caso concreto, não se confundindo com nenhum destes; (4) corroboram a necessidade de interpretação dos precedentes, pois, como não se tratam de normas parlamentares, não podem ser aplicados por mera subsunção ou silogismo; (5) evidenciam a *applicatio* como o momento oportuno para se verificar a viabilidade de aplicação de um precedente judicial, desde que, o reconhecimento do ganho hermenêutico no caso-precedente seja o DNA de fato (elemento do DNA do direito), a ser transplantado ao próximo caso.

Ademais, a proposta desta pesquisa não é a de transformar o direito ao esquecimento no Brasil com viés de direito absoluto, porquanto no paradigma civil-constitucional sequer se poder falar, abstratamente, de direito, garantia ou liberdade fundamental hierarquicamente superior. De fato, a ideia é apenas reconhecê-lo presente no ordenamento jurídico-constitucional e densificado na legislação infraconstitucional, e, ato contínuo ao

reconhecimento, protegê-los e promovê-los, mas jamais torná-lo absoluto pois incompatível com o que ora se propõe.

De qualquer forma, os casos - REsp 1.334.097/RJ (*caso J.G.F vs. Globo*) e REsp 1.335.153/RJ (*caso Curi vs. Globo*) - se encontram atualmente sob a tutela do Supremo Tribunal Federal (STF) aguardando julgamento. Reconheceu-se, por maioria de votos, a repercussão geral em sede de Recurso Extraordinário (RE 1.010.606/RJ) sob a Relatoria do Ministro Dias Toffoli (atual presidente da Corte Constitucional).

De imediato, registra-se que, após o reconhecimento da repercussão geral sob o tema 786, o Supremo Tribunal Federal (STF) vem se debruçando recorrentemente sobre a matéria do direito ao esquecimento. Ato contínuo, no curso do mesmo processo (RE 1.010.606/RJ), convocou-se Audiência Pública realizada em 12 de junho de 2017. Neste ponto, na audiência pública se fizeram presentes 03 (três) correntes distintas: (1) a primeira, negam a existência do direito ao esquecimento, defendida pelos representantes da mídia, justificando-se pela hegemonia e pela prevalência da liberdade de expressão e de informação; (2) a segunda, advogam a existência do direito ao esquecimento, neste sentido, há a prevalência dos direitos da personalidade quando se tratar de abuso na liberdade de expressão em geral, bem como malferimentos por meio de informações ofensivas; (3) a terceira, de natureza intermediária, aduz que, não há prevalência em abstrato nem à liberdade de expressão nem aos direitos da personalidade, sugerindo-se a análise caso a caso, mediante cuidadosa ponderação dos valores envolvidos.

Por outro lado, a importância do tema do direito ao esquecimento na comunidade jurídica também se revela pelos inúmeros pedidos de intervenção de terceiros no referido RE 1.010.606/RJ junto ao Supremo Tribunal Federal (STF). Neste particular, além de diversas entidades públicas e privadas, de natureza regulatória, empresarial ou científica, também intervieram os buscadores de conteúdo na internet, ou seja, empresas vinculadas ao meio ambiente digital (como, p. ex., Yahoo e Google Brasil). Neste contexto, a despeito de o tema 786 tenha se originado precipuamente do caso *Curi vs. Globo*, que versa sobre direito ao esquecimento fora do domínio da internet (*offline*), o próprio contexto atual da Modernidade Líquida, da sociedade em rede, da Era digital e dos novos paradigmas tecnológicos, parecem sugerir que o STF, ao decidir esta questão, também realize o enfrentamento da temática sob a perspectiva do direito ao esquecimento no ambiente da internet.

Neste sentido, tem-se a dignidade de lembrar (objetivo maior da Era analógica) e a dignidade de ser esquecido (objetivo maior da Era digital). Em outras palavras, frisa-se o que já foi dito: a regra geral das mídias analógicas era o esquecimento, enquanto a exceção era a

lembrança (a exemplo das dificuldades traduzidas por memórias tradicionais, diários escritos, álbuns de fotos de família etc). Por outro lado, com o advento de as novas tecnologias e das mídias digitais, isto é, com a perenização das informações no ambiente da internet de forma fácil e sempre disponível (a exemplo das memórias nas nuvens, blogs, redes sociais etc), a exceção passou a ser o esquecimento ou a capacidade de esquecer, enquanto que a lembrança passou a ser a regra da sociedade em rede.

Com efeito, também se perquiriu recente precedente judicial do Superior Tribunal de Justiça (STJ) versando sobre direito ao esquecimento no ambiente da internet. Trata-se do julgamento do Resp 1.660.168/RJ, em 08 de maio de 2018, rompendo com a orientação tradicional da Corte Superior do País, dando agora guarida a um pedido de desindexação, além de reconhecer a responsabilidade dos motores de busca de conteúdo da internet.

Neste particular, tratou-se do estudo de recente precedente judicial enunciado pelo Resp 1.660.168/RJ, versando sobre o caso *Denise Pieri Nunes versus Yahoo, Google, Microsoft*. Em agosto de 2009, a Autora ajuizou ação a que denominou “ação ordinária de obrigação de fazer”, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela pretendida, em desfavor dos Réus (YAHOO! e GOOGLE) e de MICROSOFT INFORMÁTICA LTDA., com o propósito de instá-las a não exibirem como resultado de pesquisas feitas por meio de seus buscadores na internet (YAHOO!, GOOGLE e BING), a partir da utilização de seu próprio nome como parâmetro, “*notícias relacionadas à suposta fraude do XLI Concurso para Ingresso na Magistratura Fluminense*”.

Neste sentido, concordou-se com a maioria dos Ministros do STJ no que diz respeito à desindexação, porquanto já se afirmou nesta Tese como direito subjetivo, conforme já consignado no modelo da União Europeia, se tratando de espécie do gênero do direito ao esquecimento. A despeito de que, tecnicamente, não se desconhece que desindexar não significa necessariamente apagar ou excluir, entretanto, os efeitos práticos desta desassociação seria praticamente esvaziar o conteúdo normativo do direito ao esquecimento, na medida em que a maior parte da difusão das informações na era digital ocorrem por meio dos buscadores de conteúdo na internet (google, yahoo! etc).

Por outro lado, quanto ao modelo da União Europeia que delegou inicialmente ao particular (p.ex. Google) esta tarefa interpretativa – ponderação de direito, garantias e liberdades fundamentais - não será subtraída das mãos dos juízes e tribunais. De fato, uma vez incorporado no Brasil o modelo da União Europeia, se abre uma nova via administrativa direta perante os buscadores da internet (p.ex., Google) que, em caso de resposta negativa, indubitavelmente se poderá acionar as autoridades de proteção de dados pessoais (como, p.

ex., a Agência de Proteção de Dados Pessoais, formalmente criada no Brasil pela Medida Provisória nº 869/2018), além de as instâncias do Poder Judiciário.

Desta forma, plenamente possível a adoção no Brasil do modelo protetivo e paradigmático da Comunidade Europeia quanto ao direito ao esquecimento. A Constituição Federal de 1988 assegura textualmente no artigo 5º, inciso XXXV, a garantia constitucional de acesso à justiça. Neste ponto, nenhuma lesão ou ameaça à direito – seja do órgão de imprensa, do buscador da internet, do particular ofendido etc – ficarão excluídas de apreciação anterior ou posterior do Poder Judiciário.

Em síntese apertada, sob o princípio estruturante nuclear do Estado Democrático de Direito previsto no artigo 1º, inciso III, da CF/88, verifica-se, inequivocamente, a possibilidade de a vítima ou seus familiares invocarem a aplicação do direito ao esquecimento na esfera civil, seja no “ambiente *offline*”, com maior razão no “ambiente *online*”. A rigor, também se fundamenta constitucionalmente em princípios constitucionais específicos quanto à proteção da vida privada, da honra, da imagem, do nome e da identidade da pessoa, tratando-se de direito fundamental implícito. No plano infraconstitucional, o direito ao esquecimento é densificado enquanto direito geral da personalidade, atípico pois resultante da cláusula geral (art. 21, CC), com foro de autonomia própria diante da Modernidade Líquida e dos novos paradigmas da privacidade e da tecnologia na Era digital.

Ademais, têm-se alguns critérios para existência *in concreto* do direito ao esquecimento nesta Tese: (1) **fato ou informação prejudicial, vexatória ou desabonadora que viola de modo desproporcional direitos da personalidade e a dignidade da pessoa humana** (sentido material do direito fundamental ao esquecimento, a ideia de dimensão da dignidade, porquanto somente o homem tem capacidade de lembrar ou de esquecer); (2) **natureza do fato, informação ou opinião tida como prejudicial** (neste ponto, p. ex., excluem-se da ideia de direito ao esquecimento: as *fake news*, o discurso de ódio, injúrias, calúnias e difamações) ; (3) **transcurso razoável do tempo ou não contemporaneidade**; (sentido material do direito fundamental ao esquecimento: as dimensões da dignidade – tempo e memória) (4) **ausência de historicidade e de interesse coletivo na divulgação dos fatos ou informações e juízos de valor** (o interesse público não pode mais se revelar como preponderante na análise do caso concreto); (5) **esgotamento da relevância informativa do evento ou atingimento da recomposição penal pela reabilitação e perdão** (o direito de ser informado ou a liberdade de informar são mitigados diante da irrelevância do conteúdo informativo, bem como o perdão poderá fornecer para memória um novo futuro); (6) **natureza dos meios de promoção do direito ao esquecimento e seus impactos** (a exclusão

ou cancelamento de informações pode ser mais gravoso que a desindexação; assim como o são o direito de resposta e o próprio recurso à via indenizatória; (7) **consideração integral de todos os direitos e bens jurídico-constitucionais em relação de concorrência e colisão de todos os diretamente envolvidos** (relaciona-se diretamente à ponderação, ao teste da proporcionalidade).

Quanto ao futuro do direito ao esquecimento no Brasil, afirma-se que, já existe substrato jurídico civil-constitucional a fundamentá-lo, conforme visto, entretanto, ainda carece de medidas executivas (p.ex., a consolidação da recente criada Autoridade de Proteção de Dados) e legislativas (p.ex., a clarificação do marco civil da internet). Nesta medida, esta Tese recomenda e acaba por fomentar tratativas a fim de promoção de políticas públicas executivas e legislativas necessárias para tal desiderato.

Quanto ao Poder Judiciário, o STF analisará em breve o tema por força do RE 1.010.606/RJ, com repercussão geral reconhecida (Tema 786). Nesta esteira, este julgamento poderá ser decisivo para o futuro do direito ao esquecimento no Brasil, assim como o foi na Europa o precedente judicial do caso *Google vs. Mario Costeja González* do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE). O STJ, por sua vez, ainda não possui posição firmada e consolidada em definitivo sobre o tema, oscilando entendimentos diversos entre os Ministros, a despeito de recentemente restá-lo consolidado no precedente judicial *Denise Pieri Nunes versus Yahoo, Google, Microsoft* (REsp 1.660.168/RJ), no ambiente *on line*.

De outro giro, por ser desenvolvida em um programa de pós-graduação em Direito, esta Tese centraliza os seus objetivos sob o enfoque da seara jurídico-dogmática e precedentalista. Desta forma, as ilações ora consignadas têm somente caráter parcial, porquanto representam apenas uma parte da solução dos problemas tecnológicos. Em outras palavras, o Direito pode e deve regular o convívio social, presencial e virtual, estabelecendo normas de conduta, ou seja, fomentando a regulação normativa para o ambiente *online* e *offline* (fora do âmbito da internet). A despeito disto, com o estudo em apartado do Direito, se fornece tão somente uma parte das respostas para os diversos problemas que surgem com o advento das novas tecnologias.

Neste contexto, o novo aparato tecnológico, além de mudar o paradigma da privacidade, também resta por mudar a própria compreensão do homem consigo mesmo e com seus semelhantes. Neste ponto, o recrudescimento dos relacionamentos comerciais, profissionais e pessoais através do advento da rede mundial de computadores apontam para o caminho de permanente conexão entre os diversos campos do conhecimento humano (p.ex., Direito, Tecnologia da Informação, Informática, Sociologia, Psicologia etc). Desta forma, a

completude das soluções apresentadas para os problemas da Era Digital será diretamente proporcional ao estudo compartilhado e ao intercâmbio de informações pertencentes ao disciplinamento normativo, à regulação técnico-científica e ao autoconhecimento humano.

## REFERÊNCIAS

ADVOGADO-Geral (do TJUE). **uuo**, Dicionário de Termos Europeus, out. 2017. Disponível em: <http://euroogle.com/dicionario.asp?definicion=1204>. Acesso em: 02 jan. 2019.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA FILHO, Agassiz. Constituição e vontade popular: elementos para a compreensão do princípio democrático. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; MELGARÉ, Plínio (orgs.). **Dignidade da Pessoa Humana**. Fundamentos e critérios interpretativos. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

ALMEIDA FILHO, Agassiz; MELGARÉ, Plínio (orgs.). **Dignidade da pessoa humana. Fundamentos e critérios interpretativos**. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

ALLONCA, Juan Cruz González. Los buscadores de internet a la luz de la ley de protección de datos personales de Argentina. **Revista Latinoamericana de Protección de Datos Personales**. Número especial sobre derecho al olvido de internet. Buenos Aires: RLPDP, Año II, n. 03, p. 49-62, 2016.

ALONSO, María Cristina. et al. **Ciberespacio y resistencias**. Exploración en la cultura digital. 1. ed. Buenos Aires: Hekht Libros, 2012.

ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971.

AMARAL, Sérgio Tibiriçá; LIMA, Aline Aparecida Novais Silva. O direito ao esquecimento na sociedade do superinformacionismo. **ETIC – Encontro de Iniciação Científica: Anais do Encontro de Iniciação Científica das Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”**, v. 9, n. 9, 2013. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php>. Acesso em: 10 dez. 2018.

ANDRUS, Mark T. The right to be forgotten in America: have search engines inadvertently become consumer reporting agencies? **Business Law Today**, p. 1-4, may 2016. Disponível em: <https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/blt/2016/05/right-to-be-forgotten-201605.pdf>. Acesso em: 7 fev. 2019.

ANGARITA, Nelson Remolina. Derecho al olvido: avances, retrocesos y contradicciones en la jurisprudencia de la corte constitucional de Colombia. **Revista Latinoamericana de Protección de Datos Personales**. Número especial sobre derecho al olvido de internet. Buenos Aires: RLPDP, Año II, n. 03, 2016, p. 131-158.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução Roberto Raposo. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

ARGENTINA. **Constituição (1995)**. Constitución de la Nación Argentina. Buenos Aires: Senado y Cámara de Diputados, 1995. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>. Acesso em: 30 dez.2018.



ARGENTINA. **Ley 25.326.** Protección de los datos personales. Buenos Aires: Senado y Cámara de Diputados, oct. 30 2000. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/64790/norma.htm>. Acesso em: 25 dez.2018.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil: teoria geral.** 2. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

ASHLEY, Kevin D. **Artificial intelligence and legal analytics.** New tools for law practice in the digital age. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

ASINARI, María Verónica Pérez. El derecho de supresión y la necesaria aceptación de la inexistencia de una fórmula mágica para ponderar derechos en conflicto. **Revista Latinoamericana de Protección de Datos Personales.** Número especial sobre derecho al olvido de internet. Buenos Aires: RLPDP, Año II, n. 03, 2016, p. 315-322.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios.** São Paulo: Malheiros, 2012.

BARBEZIEUX, Marion. **Le droit à l'oubli numérique: bilan et perspectives.** Saarbrücken: Éditions universitaires européennes, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. **Revista de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro, v. 225, p. 5-37, jul./set. 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil.** Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BASTERRA, Marcela. El derecho al olvido en materia penal. Visión de la corte suprema de Chile. **Revista Latinoamericana de Protección de Datos Personales.** Número especial sobre derecho al olvido de internet. Buenos Aires: RLPDP, Año II, n. 03, 2016, p. 195-204.

BAUMAN, Zygmunt. **Danos colaterais: desigualdades sociais numa era global.** Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

BAUMAN, Zygmunt. **Esto no es un diario.** 1. ed. Buenos Aires: Paidós, 2012.

BAUMAN, Zygmunt. **Extraños llamando a la puerta.** 1. ed. Buenos Aires: Paidós, 2016.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas.** Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. **La cultura en el mundo de la modernidad líquida.** 1. ed. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2013.

BAUMAN, Zygmunt. **La sociedad sitiada.** 1. ed. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. **Memorias de clase.** La prehistoria y la sobrevivencia de las clases. 1. ed. Buenos Aires: Nueva Visión, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida.** Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

- BAUMAN, Zygmunt. **Retrotopia**. 1. ed. Buenos Aires: Paidós, 2017.
- BAUMAN, Zygmunt. **Tiempos líquidos: vivir en una época de incertidumbre**. 1. ed. Buenos Aires: Tusquets Editores, 2011.
- BAUMAN, Zygmunt. **Vida líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.
- BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. **Estado de crisis**. 1. ed. Buenos Aires: Paidós, 2016.
- BAUMAN, Zygmunt; TESTER, Keith. **La ambivalencia de la modernidad y otras conversaciones**. Barcelona: Paidós, 2002.
- BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma nova modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.
- BELTRÃO, Sílvio Romero. **Direitos da personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- BENEDETTI, Miguel Ángel; SÁENZ, María Jimena. **Las audiencias públicas de la Corte Suprema: apertura y límites de la participación ciudadana en la justicia**. 1. ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2016.
- BEVILAQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil**. Campinas: Servanda, 2007.
- BEZERRA JUNIOR, Luís Martius Holanda. **Direito ao esquecimento: a justa medida entre a liberdade informativa e os direitos da personalidade**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BITTAR, Eduardo C. B. Hermenêutica e constituição: a dignidade da pessoa humana como legado à pós-modernidade. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; MELGARÉ, Plínio (orgs). **Dignidade da Pessoa Humana**. Fundamentos e critérios interpretativos. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BRADFORD, C. Steven. Following Dead Precedent: The Supreme Court's Ill – Advised Rejection of Anticipatory Overruling. **Fordham Law Review**, v.59, 1990.
- BRANCO, Sérgio. **Memória e esquecimento na internet**. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2017.
- BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Assembleia Nacional Constituinte, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 7 fev. 2019.
- BRASIL. **Decreto nº 8.771, de 11 de maio de 2016**. Regulamenta a Lei no 12.965, de 23 de abril de 2014, para tratar das hipóteses admitidas de discriminação de pacotes de dados na internet e de degradação de tráfego, indicar procedimentos para guarda e proteção de dados por provedores de conexão e de aplicações, apontar medidas de transparência na requisição de dados cadastrais pela administração pública e estabelecer parâmetros para fiscalização e apuração de infrações. Brasília: Presidência da República, 2016. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2016/008771.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2016/008771.htm).

[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8771.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8771.htm). Acesso em: 16 dez 2018.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 1973. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869imprensa.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869imprensa.htm). Acesso em: 7 fev. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm). Acesso em: 7 fev. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1999. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9868.htm). Acesso em: 7 fev. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1999. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19882.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm). Acesso em: 7 fev. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm). Acesso em: 7 fev. 2019.

BRASIL **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 2014. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm). Acesso em: 7 fev. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm). Acesso em: 7 fev. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm). Acesso em: 22 dez 2018.

BRASIL. **Medida Provisória nº 869, de 27 de dezembro de 2018**. Altera a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, para dispor sobre a proteção de dados pessoais e para criar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Mpv/mpv869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Mpv/mpv869.htm). Acesso em: 29 dez. 2018.

BRASIL. **Mensagem de Veto nº 451, de 14 de agosto de 2018**. Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Msg/VEP/VEP-451.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Msg/VEP/VEP-451.htm). Acesso em: 22 dez. 2018.

BRASIL. **Conselho da Justiça Federal – CJF**. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-de-direito-civil-enunciados-aprovados>. Acesso em: 17 dez. 2018.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado 531**. Brasília, DF: CJF, 5 abr. 2013. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>. Acesso em 04 jan. 2019.

BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição nº 6, de 2011**. Autoria: Senador Rodrigo Rollemberg (PSB/DF) e outros. Brasília, DF: Senado Federal, 2011. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/99334>. Acesso em: 22 dez 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. **Recurso Especial nº 1.323.754 – RJ (2012/0005748-4)**. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgado em: 19 jun. 2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 7 jan. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. **Recurso Especial nº 1.334.097 – RJ (2012/0144910-7)**. Relator Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em: 28 maio 2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 05 jan. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. **Recurso Especial nº 1.335.153 – RJ (2011/0057428-0)**. Relator Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em: 28 maio 2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 05 jan. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. **Recurso Especial nº 1.629.255 – MG (2016/0257036-4)**. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgado em: 22 ago. 2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 5 jan. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. **Recurso Especial nº 1.642.560 – SP (2016/0242777-4)**. Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze. Julgado em: 12 set. 2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 5 jan. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. **Recurso Especial nº 1.660.168 – RJ (2014/0291777-1)**. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Relator para Acórdão: Marco Aurélio Bellizze. Julgado em: 8 maio 2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 6 jan. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3406. **Portal do STF**, Brasília, Processos, Acompanhamento Processual, 8 fev. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2272225>. Acesso em: 25 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3470. **Portal do STF**, Brasília, Processos, Acompanhamento Processual, 8 fev. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2287108>. Acesso em: 25 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 130. **Portal do STF**, Brasília, Processos, Acompanhamento Processual, 30 abr. 2009. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=12837>. Acesso em 05 jan. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Audiência Pública: direito ao esquecimento na esfera cível. **RE 1.010.606**. Relator Min. Dias Toffoli, 16 ago. 2017. Disponível: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/AUDINCIAPUBLICASOBTREODIREITOAOSQUECIMENTO\\_Transcries.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/AUDINCIAPUBLICASOBTREODIREITOAOSQUECIMENTO_Transcries.pdf). Acesso em: 06 jan. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.815 Distrito Federal**. Relatora Min. Cármen Lúcia. Julgado em: 10 jun. 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>. Acesso em: 07 jan. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. ADI: amianto e efeito vinculante de declaração incidental de inconstitucionalidade. **Informativo STF**, Brasília, n. 886, 27 nov./1º dez. 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo886.htm>. Acesso em: 25 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Rel 4335 / AC – ACRE**. Relator: Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 20 mar. 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>. Acesso em: 23 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Recurso Extraordinário 655.265 Distrito Federal**. Relator Min. Luiz Fux. Relator para o acórdão Min. Edson Fachin. Julgado em: 13 abr. 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11465268>. Acesso em: 9 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 1010606 – Recurso Extraordinário (Eletrônico). **Portal do STF**, Brasília, Processos, Acompanhamento Processual, 5 out. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=5091603>. Acesso em: 06 jan. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal – STF. Direito ao esquecimento**. Bibliografia, legislação e jurisprudência temática. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaBibliografia/anexo/direito\\_ao\\_esquecimento.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaBibliografia/anexo/direito_ao_esquecimento.pdf). Acesso em: 20 jan.2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Quinta Turma. **Apelação/Reexame Necessário nº 2006.35.02.014712-5/GO**. Relator Des. Fed. Souza Prudente. Julgado em: 16 maio 2018. Disponível em: <https://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=00142616220064013502>. Acesso em: 29 dez. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Terceira Turma. **Apelação/Remessa Necessária nº 0001049-61.1998.4.03.6100/SP**. Relator Des. Fed. Antonio Cedenho. Relatora para acórdão Eliana Borges de Mello Marcelo. Julgado em: 18 jul. 2018. Disponível em: <http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/6916881>. Acesso em: 29 dez. 2018.

BROCK, George. **The right to be forgotten: privacy and the media in the digital age**. London, New York: I. B. Tauris, 2016.

CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. et al. **Derecho de internet**. 2. ed. Buenos Aires: Heliasta, 2012.

CABRAL, Marcelo Malizia. A colisão entre os direitos de personalidade e o direito de informação. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (orgs.). **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PL 8443/2017**. Estabelece o Direito ao Esquecimento e modifica os artigos 7º e 19 da Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 - Marco Civil da Internet.

Autor: Luiz Lauro Filho – PSB/SP. Apresentado em: 31 ago. 2017. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2149979>. Acesso em: 08 jan. 2019.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei nº [7.881] de 2014 (Do Sr. Eduardo Cunha)**. Obriga a remoção de links dos mecanismos de busca da internet que façam referência a dados irrelevantes ou defasados sobre o envolvido. Brasília-DF: Câmara dos Deputados, 2014. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1270760&filename=PL+7881/201](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1270760&filename=PL+7881/201). Acesso em: 08 jan. 2019.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de lei nº [8.443], de 2017 (Do Sr. Luiz Lauro Filho)**. Estabelece o Direito ao Esquecimento e modifica os artigos 7º e 19 da Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 – Marco Civil da Internet. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2017. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1599692&filename=PL+8443/201](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1599692&filename=PL+8443/201). Acesso em: 08 jan.2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

CANTWELL, Francisco José Pinochet. **Los principios especiales del derecho de internet**. Santiago de Chile: Editorial El Jurista, 2015.

CARDOSO, Gustavo. Sociedades em transição para a sociedade em rede. In: CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo. **A sociedade em rede**. Do conhecimento à ação política. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2006, p. 31-61. Acesso em: [http://www.egov.ufsc.br:8080/portal/sites/default/files/anexos/a\\_sociedade\\_em\\_rede\\_\\_do\\_conhecimento\\_a\\_acao\\_politica.pdf](http://www.egov.ufsc.br:8080/portal/sites/default/files/anexos/a_sociedade_em_rede__do_conhecimento_a_acao_politica.pdf). Acesso em: 12 dez.18.

CARDOSO JÚNIOR, Nerione N. **Hannah Arendt e o declínio da esfera pública**. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2014.

CARO, María Álvarez. **Derecho al olvido en internet: el nuevo paradigma de la privacidad en la era digital**. Madrid: Reus, 2015.

CASTELLANO, Pere Simón. **El régimen constitucional del derecho al olvido digital**. Valencia: Tirant to blanch, 2012.

CASTELLANO, Pere Simón. **El reconocimiento del derecho al olvido digital en España en la EU**. Efectos tras la sentencia del TJUE de mayo de 2014. 1. ed. Madrid: Bosch, 2015.

CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade**. Tradução Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Tradução Roneide Venâncio Majer. Volume I. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

CASTELLS, Manuel. **La era de la información: economía, sociedad y cultura**. Volumen III: fin de milenio. 5. ed. Madrid: Siglo XXI editores, 2006.

CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo. **A sociedade em rede**. Do conhecimento à acção política. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2006. Acesso em: [http://www.egov.ufsc.br:8080/portal/sites/default/files/anexos/a\\_sociedade\\_em\\_rede\\_\\_do\\_conhecimento\\_a\\_acao\\_politica.pdf](http://www.egov.ufsc.br:8080/portal/sites/default/files/anexos/a_sociedade_em_rede__do_conhecimento_a_acao_politica.pdf). Acesso em: 12 dez.18.

CASTRO, Ricardo Pazos. La relación entre el derecho al olvido y las hemerotecas. Comentario a la sentencia del tribunal supremo español de 15 de octubre de 2015. **Revista Latinoamericana de Protección de Datos Personales**. Número especial sobre derecho al olvido de internet. Buenos Aires: RLPDP, Año II, n. 03, 2016, p. 177-194.

CAVALCANTI, Hylda. Censura: PLs em tramitação no Congresso ameaçam conteúdo do Marco Civil da Internet. **Rede Brasil Atual**, São Paulo, Política, 29 set. 2015. Disponível em: <http://www.redebrasilatual.com.br/politica/2015/09/pls-em-tramitacao-no-congresso-ameacam-conteudo-do-marco-civil-da-internet-6306.html>. Acesso em: 08 jan. 2019.

CEDRO, Diego Petterson Brandão. **A constitucionalização do Direito Civil brasileiro e sua função social**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

CISILINO, Arnaldo. Derecho al olvido en internet en Colombia: comentario al fallo “acción de tutela instaurada por Gloria contra la Casa Editorial El Tiempo” de la corte constitucional de Colombia. **Revista Latinoamericana de Protección de Datos Personales**. Número especial sobre derecho al olvido de internet. Buenos Aires: RLPDP, Año II, n. 03, 2016, p. 243-252.

CHEQUER, Claudio. **A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial prima facie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CLÉRICO, Laura. **El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional**. 1. ed. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 2016.

COLE, Charles D. **Stare decisis na cultura jurídica dos Estados Unidos**. O sistema de precedente vinculante do *common law*. Tradução: Maria Cristina Zucchi. In: Revista dos Tribunais, v. 752, Ano 87, junho de 1998.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sala Primera. **Sentencia No. T-414/92**. Derecho a la intimidad personal y familiar/derecho a la información. Magistrado Ponente Ciro Angarita Baron. Juzgado em: 16 jun. 1992. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-414-92.htm>. Acesso em: 31 dez. 2018.

CONFERÊNCIA MUNDIAL SOBRE DIREITOS HUMANOS. **Declaração e Programa de Ação de Viena**. Viena: CMDH, 14-25 jun. 1993. Disponível em: [https://www.oas.org/dil/port/1993/Declaração\\_e\\_Programa\\_de\\_Ação\\_adoptado\\_pela\\_Conferência\\_Mundial\\_de\\_Viena\\_sobre\\_Direitos\\_Humanos\\_em\\_junho\\_de\\_1993.pdf](https://www.oas.org/dil/port/1993/Declaração_e_Programa_de_Ação_adoptado_pela_Conferência_Mundial_de_Viena_sobre_Direitos_Humanos_em_junho_de_1993.pdf). Acesso em: 25 dez. 2018.

CONSALTER, Zilda Mara. **Direito ao esquecimento: proteção da intimidade e ambiente virtual**. São Paulo: Juruá, 2017.

CONSEIL D'ÉTAT. **Le numérique et les droits fondamentaux**. Étude annuelle 2014. Paris: La documentation française, 2014.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Centro de Estudos Judiciários. **VII Jornada de Direito Civil**. Brasília, DF: CJF, nov. 2015. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/>

corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vii-jornada-direito-civil-2015.pdf. Acesso em: 07 jan. 2019.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Jornadas de Direito Civil. **Portal do CJF**, Brasília, DF, CEJ-COEDI, Jornadas de Direito Civil, Enunciados aprovados da I, III, IV e V Jornada de Direito Civil, Jornadas de Direito Civil, 11 jun. 2015. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-de-direito-civil-enunciados-aprovados>. Acesso em: 07 jan. 2019.

COSTA, André Brandão Nery. Direito ao esquecimento na internet: a *scarlet letter* digital. In: SCHREIBER, Anderson (coord.). **Direito e mídia**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 184-206.

COSTA, Judith Martins. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

COSTA JUNIOR, Paulo José Da. **O direito de estar só: tutela penal e intimidade**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

COSTA NETO, João. **Liberdade de expressão: o conflito entre o legislador e o juiz constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017.

CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. **Precedent in English Law**. 4. ed. Oxford: Clarendon Press, 1991.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos de personalidade**. Tradução Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004.

DAVI, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo, Martins Fontes, 2002.

DEL MASSO, Fabiano; ABRUSIO, Juliana; FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio (coords.). **Marco civil da internet: lei 12.965/2014**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DIAS, Roberto; MOHALLEM, Michael Freitas. O diálogo jurisdicional sobre direitos humanos e a ascensão da rede global de cortes constitucionais. In: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Diálogos jurisdicionais e direitos humanos**. São Paulo: Gazeta Jurídica, 2016.

DONEDA, Danilo, Entrevista com Stefano Rodotà. **Portal Danilo Doneda: Lawyer, Law Professor, Privacy expert**, 23 jun. 2017. Disponível em: <http://www.doneda.net/2017/06/23/entrevista-com-stefano-rodota/>. Acesso em: 18 dez 2018.

DORSEN, Norman. The relevance of foreign legal materials in U.S. constitutional cases: A conversation between Justice Antonin Scalia and Justice Stephen Breyer. **International Journal of Constitutional Law**, v. 3, issue 4, 1 p. 519-541, oct. 2005. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/icon/moi032>. Acesso em: 7 fev. 2019.

DUXBURY, Neil. **The authority of precedent: two problems**. Legal Theory Workshop Series. Faculty of Law. Toronto. 2005.



DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Nova York: Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 39-42.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**. Cambridge: Harvard University Press, 1998.

EPP, Charles R. **La revolución de los derechos: abogados, activistas y cortes supremas en perspectiva comparada**. 1. ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2013.

ESPAÑA. Agencia Española de Protección de Datos. Derecho de supresión (“al olvido”): buscadores de internet. **Portal da AEPD**, Madrid, areas, internet, 13 maio 2014. Disponível em: [http://www.agpd.es/portalwebAGPD/CanalDelCiudadano/derecho\\_olvido/index-ides-idphp.php](http://www.agpd.es/portalwebAGPD/CanalDelCiudadano/derecho_olvido/index-ides-idphp.php). Acesso em: 02 jan. 2019.

ESPAÑA. Agencia Española de Protección de Datos. **Memoria 2009**. Madrid: AEPD, 2010. Disponível em: <https://www.aepd.es/media/memorias/memoria-AEPD-2009.pdf>. Acesso em: 02 jan. 2019.

ESQUIVEL, Adolfo Pérez. et al. **Los pueblos constructores de derecho**. Buenos Aires: Eudeba, 2013.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

FARIAS, Edilson. **Liberdade de expressão e comunicação** – teoria e proteção constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FERRARI, Verónica; SCHNIDRIG, Daniela. **Responsabilidad de intermediarios y derecho al olvido**. Aportes para la discusión legislativa en Argentina. Buenos Aires: Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información (CELE), 2015.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. Tradução André Karam Trindade. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRIGOLO, Noemi Mendes Siqueira. **Liberdade de expressão** – direito na sociedade de informação – mídia, globalização e regulação. São Paulo: Pillares, 2005.

FIGUEROA G., Rodolfo. **Privacidad**. 1. ed. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Diego Portales, 2014.

FINE, Toni M. **Introdução do sistema jurídico anglo-americano**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

FINE, Toni M. **O uso do precedente e o papel do princípio do stare decisis no sistema legal norte-americano.** Revista dos Tribunais, São Paulo: v. 89, n. 782, p. 90-96, dez. 2000.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro.** 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **O marco civil da internet e o meio ambiente digital na sociedade da informação:** Comentários à Lei nº 12.965/2014. São Paulo: Saraiva, 2015.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Princípios constitucionais do direito da sociedade da informação:** a tutela jurídica do meio ambiente digital. São Paulo: Saraiva, 2015.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; CONTE, Christiany Pegorari (orgs.). **Crimes no meio ambiente digital.** São Paulo: Saraiva, 2013.

FISS, Owen M. **A ironia da liberdade de expressão.** São Paulo: Renovar, 2005.

FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio. Apontamentos sobre a liberdade de expressão e a violação da privacidade no marco civil da internet. In: DEL MASSO, Fabiano; ABRUSIO, Juliana; FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio (coords.). **Marco civil da Internet: Lei 12.965/2014.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FOCARELLI, Carlo. **La privacy.** Proteggere i dati personali oggi. Bologna: Il Mulino, 2015.

FORTE, Miguel Angel. **Modernidad:** tempo, forma y sentido. 1. ed. Buenos Aires: Eudeba, 2015.

FORTES, Vinícius Borges. **Os direitos de privacidade e a proteção de dados pessoais na internet.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

FOUCAULT, Michel. **Vigilar y castigar:** nacimiento de la prisión. 2. ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015.

FRANKENBERG, Günter. Comparing constitutions: Ideas, ideals, and ideology: toward a layered narrative. **International Journal of Constitutional Law**, v. 4, 2006.

FRANCEZ, Andréa; COSTA NETTO, José Carlos; D'ANTINO, Sérgio Famá (orgs.). **Direito do entretenimento na internet.** São Paulo: Saraiva, 2014.

FREIRE, Alonso. Importação de ideias constitucionais. **Os constitucionalistas:** um blog para pensar, desconstruir e revolucionar o direito constitucional, Brasília, DF, Artigo, 17 nov. 2015. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/importacao-de-ideias-constitucionais>. Acesso em: 21 nov. 2018.

FREIRE, Alonso. Integridade transnacional dos direitos humanos. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 53, n. 209, p. 255-275, jan./mar. 2016.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método.** Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis/RJ: Vozes, 1997.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil.** Volume único. São Paulo: Saraiva, 2017.

GALLI, Marcelo. Feridas abertas: igualar direito ao esquecimento à censura é “cortina de fumaça”, diz Salomão. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 8 nov. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-nov-08/colar-direito-esquecimento-censura-diversionismo-salomao>. Acesso em: 05 jan. 2019.

GAUDENZI, Andrea Sirotti. **Diritto all’oblio: responsabilità e risarcimento del danno**. 1. ed. Santarcangelo di Romagna: Maggioli Editore, 2017.

GINI, Santiago. Derecho al olvido: Un error entre la discriminación por el medio y el ejercicio regular de otros derechos con cuentas pendientes. **Revista Latinoamericana de Protección de Datos Personales**. Número especial sobre derecho al olvido de internet. Buenos Aires: RLPDP, Año II, n. 03, 2016, p. 219-226.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GOMES, Carla Amado. Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente. Coimbra: Editora Coimbra, 2007.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GOODHART, Arthur L. **Determining the ratio decidendi of a case**. Yale Law Journal, v. XL, n. 2, p. 161-183, dec. 1930. Disponível em: <http://users.umiacs.umd.edu/~horty/courses/readings/goodhart-1930-ratio.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2018.

GOOGLE. Remoções da pesquisa em cumprimento da legislação europeia sobre privacidade. **Transparency Report**, Relatórios, Visão Geral, 14 abr. 2018. Disponível em: <https://transparencyreport.google.com/eu-privacy/overview?hl=pt-BR>. Acesso em: 03 jan. 2019.

GRUNDMANN, Stefan. et al. **Direito privado, constituição e fronteiras: Encontros da Associação Luso-Alemã de juristas no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini. Metodologia jurídica político-constitucional e o marco civil da internet: contribuição ao direito digital. In: DEL MASSO, Fabiano; ABRUSIO, Juliana; FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio (coords.). **Marco civil da Internet: Lei 12.965/2014**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

GUTIÉRREZ, Cynthia L. Téllez. Derecho al olvido en Peru. Olvidame internet, las odiseas de los reclamantes en Perú sobre sus datos personales y su legislación aplicable. **Revista Latinoamericana de Protección de Datos Personales**. Número especial sobre derecho al olvido de internet. Buenos Aires: RLPDP, Año II, n. 03, 2016, p. 259-280.

HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**. Buenos Aires: Editorial Ástrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2007.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

IASELLI, Michele. **Come esercitare il diritto all'oblio in internet**. Le procedure extragiudiziali, la tutela d'urgenza, il risarcimento danni. Roma: Dike Giuridica Editrice, 2017.

IGLESIAS, Romina Garrido; ARENAS, Jessica Matus. Los necesarios consensos para un derecho al olvido digital. **Revista Latinoamericana de Protección de Datos Personales**. Número especial sobre derecho al olvido de internet. Buenos Aires: RLPDP, Año II, n. 03, 2016, p. 227-242.

INSTITUTO DE TECNOLOGIA E SOCIEDADE DO RIO DE JANEIRO. **Dez dilemas sobre o chamado direito ao esquecimento**. Brasília: ITSRio, 2017. Disponível em: <https://itsrio.org/wp-content/uploads/2017/06/ITS-Rio-Audiencia-Publica-STF-Direito-ao-Esquecimento-Versao-Publica-1.pdf>. Acesso em: 28 janeiro 2018.

JONES, Meg Leta. **Ctrl + Z: the right to be forgotten**. New York: NYU Press, 2016.

KELLER, Daphne. Breve comentario a la versión final de la legislación europea sobre derecho al olvido. **Revista Latinoamericana de Protección de Datos Personales**. Número especial sobre derecho al olvido de internet. Buenos Aires: RLPDP, Año II, n. 03, 2016, p. 205-212.

KNIFFEN, Margaret N. Overruling Supreme Court precedents: anticipatory action by United States courts of appeals. **Fordham Law Review**, v. 51, 1982.

KOATZ, Rafael Lorenzo Fernandez. As liberdades de expressão e de imprensa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (coords.). **Direito fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LEEN, Jeff. Gary Webb was no journalism hero, despite what 'Kill the Messenger' says. **The Washington Post**: democracy dies in darkness, Washington, Opinions, oct. 17 2014. Disponível em: [https://www.washingtonpost.com/opinions/gary-webb-was-no-journalism-hero-despite-what-kill-the-messenger-says/2014/10/17/026b7560-53c9-11e4-809b-8cc0a295c773\\_story.html?utm\\_term=.62b38182e2d2](https://www.washingtonpost.com/opinions/gary-webb-was-no-journalism-hero-despite-what-kill-the-messenger-says/2014/10/17/026b7560-53c9-11e4-809b-8cc0a295c773_story.html?utm_term=.62b38182e2d2). Acesso em: 01 jan. 2019.

LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). **Marco civil da internet**. São Paulo: Atlas, 2014.

LÉON, José Alvaro Quiroga. La protección de datos personales en los buscadores de internet y el respaldo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. **Revista Latinoamericana de Protección de Datos Personales**. Número especial sobre derecho al olvido de internet. Buenos Aires: RLPDP, Año II, n. 03, 2016, p. 119-130.

LÉONARD, Thierry; CHAUMONT, Didier. Derecho al olvido en Bélgica: le droit à l'oubli numérique consacré par la Cour de cassation belge. In **Revista Latinoamericana de Protección de Datos Personales**. Número especial sobre derecho al olvido de internet. Buenos Aires: RLPDP, Año II, n. 03, 2016, p. 281-286.

LIMA, Efraim Leite de; SILVA, André Ricardo Fonsêca Da. Direito ao esquecimento na internet: consequências da memória virtual. In: **Revista Publicum**. Rio de Janeiro: UERJ Publicações, n.03, 2016, p. 324-346.

LIMA, Erik Noleta Kirk Palma. Direito ao esquecimento: discussão europeia e sua repercussão no Brasil. In: **Revista de Informação Legislativa**. Ano 50. n. 199. Jul./set., 2013, p. 271-283. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/199/ril\\_v50\\_n199\\_p271.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/199/ril_v50_n199_p271.pdf). Acesso em: 03 de jan. 2019.

LIMONGI FRANÇA, Rubens. **Instituições de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 1988.

LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo**. Tradução Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. Tradução Mário Vilela. São Paulo: Editora Barcarolla, 2011.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

LOPES FILHO, Juraci Mourão; MAIA, Isabelly Cysne Augusto. O uso de precedentes estrangeiros e a declaração de Estado de Coisas Inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, n. 117, pp. 219-273, jul./dez. 2018.

LOSANO, Mario. **Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, Estado de Derecho y constitución**. 10. ed. Madrid: Editora Tecnos, 2010.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito Ambiental brasileiro**. 12. ed. São Paulo: LTr, 2004.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Epistemologia falibilista e teoria do direito. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, ano 3, n. 1, 197-260, 2014. Disponível em: [http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2014/01/2014\\_01\\_00197\\_00260.pdf](http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2014/01/2014_01_00197_00260.pdf). Acesso em: 18 dez. 2018.

MALDONADO, Viviane Nóbrega. **Direito ao esquecimento**. Barueri, SP: Novo Século Editora, 2017.

MARINELI, Marcelo Romão. **Privacidade e rede sociais virtuais: sob a égide da Lei nº 12.965/2004 – Marco civil da internet**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes: justificativas do novo CPC**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual de corte suprema**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARTINEZ, Pablo Dominguez. **Direito ao esquecimento – a proteção da memória individual na sociedade da informação**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2014.

MARTINS, LEONARDO (org.). **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão**. Tradução Leonardo Martins, et al. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2005. Disponível em: [https://www.kas.de/c/document\\_library/get\\_file?uuid=c0b3d47d-beba-eb55-0b11-df6c530ddf52&groupId=252038](https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=c0b3d47d-beba-eb55-0b11-df6c530ddf52&groupId=252038). Acesso em: 07 jan. 2019.

MASERA, Anna; SCORZA, Guido. **Internet, i nostri diritti**. Roma: Laterza, 2016.

MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. **Delete**. Traduzione: Paola Conversano. Milano: Egea Economica, 2016, p. XXIII.

MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. **Delete: the virtue of forgetting in the digital age**. New Jersey: Princeton University, 2009.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes e vinculação**. Instrumentos do *Stare Decisis* e prática constitucional brasileira. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 241, p. 177-208, jul. 2005.

MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando como uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. **Revista da AGU**, Brasília-DF, v. 15, n. 03, p. 09-52, jul./set. 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDONÇA, Ricardo Fabrino; PEREIRA, Marcus Abílio; FILGUEIRAS, Fernando. **Democracia digital: publicidade, instituições e confronto político**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2016.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina**. Traduzido por Cássio Casagrande. Porto Alegre: Fabris, 2009.

MILARÉ, Édís. **Direito do ambiente**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Procuradoria-Geral da República. Agravo na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.406/RJ. n. 174/2018 SFCONST/PGR. Sistema único n. 145.328/2018. Brasília, DF: MPF, 5 out. 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15338808065&ext=.pdf>. Acesso em: 25 out. 2018.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 4. ed. v.4. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato. Principais problemas dos direitos da personalidade e estado-da-arte da matéria no direito comparado. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (orgs.). **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 01-02.

MIRANDA, Jorge. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 01-02.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MORAES, Hermes Santos Blumenthal De. **O papel das cláusulas gerais e sua aplicação no direito civil-constitucional**. Porto Alegre: Paixão, 2014.

MORAES, Maria Celina Bodin De. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2016.

MORAES, Maria Celina Bodin De. A caminho de um direito civil-constitucional. In: **Revista Direito, Estado e Sociedade**. Departamento de Direito da PUC-Rio, n. 1. Rio de Janeiro, 1991 (2. ed., 1996).

MOTA PINTO, Carlos Alberto. **Teoria geral do direito civil**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

NAVARRO FLORIA, Juan G. **Los derechos personalísimos**. 1. ed. Buenos Aires: El Derecho, 2016.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (orgs.). **Doutrinas essenciais**: responsabilidade civil. Direito à informação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

NORIEGA, Luis Gustavo Parra; PASTRANA, Fernando Sosa. Algunas reflexiones sobre el derecho al olvido. Una aproximación desde el derecho anglosajón. **Revista Latinoamericana de Protección de Datos Personales**. Número especial sobre derecho al olvido de internet. Buenos Aires: RLPDP, Año II, n. 03, 2016, p. 213-218.

NOTICE and take down. **Wikipedia, the free encyclopedia**. 22 nov. 2018. Acesso em: [https://en.wikipedia.org/wiki/Notice\\_and\\_take\\_down](https://en.wikipedia.org/wiki/Notice_and_take_down). Acesso em: 16 dez 2018.

NOTÍCIA falsa. **Wikipedia, a enciclopédia livre**. 22 nov. 2018. Acesso em: [https://en.wikipedia.org/wiki/Notice\\_and\\_take\\_down](https://en.wikipedia.org/wiki/Notice_and_take_down). Acesso em: 16 dez 2018.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Precedentes no Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

**ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU**. Disponível em: [https://rio20.un.org/sites/rio20.un.org/files/a-conf.216-l-1\\_spanish.pdf](https://rio20.un.org/sites/rio20.un.org/files/a-conf.216-l-1_spanish.pdf). Acesso em: 05 dez.2018.

**ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA)**. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/port/1993>. Acesso em: 25 dez. 2018.

PAESANI, Liliana Minardi. **O direito e internet**. Liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PAESANI, Liliana Minardi (coord.). **O direito na sociedade da informação III**. A evolução do direito digital. São Paulo: Atlas, 2013.

PALAZZI, Pablo. Inconveniencia de aplicar el derecho al olvido a noticias difundidas a través del buscador de un diario online. A propósito de dos casos recientes en España y Bélgica. **Revista Latinoamericana de Protección de Datos Personales**. Número especial sobre derecho al olvido de internet. Buenos Aires: RLPDP, Año II, n. 03, 2016, p. 159-176.

PALIMPSESTO. **Wikipédia, a enciclopédia livre**, 2018. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Palimpsesto>. Acesso em: 14 dez. 18.

PATI, Vito. El derecho al olvido en Italia. **Revista Latinoamericana de Protección de Datos Personales**. Número especial sobre derecho al olvido de internet. Buenos Aires: RLPDP, Año II, n. 03, 2016, p. 253-258.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: introdução ao direito civil e teoria geral do direito civil. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEREIRA, Ruitemberg Nunes. **Circulação global de precedentes**: Teoria das transposições jurisprudenciais de direitos humanos. 1. ed. Volume I. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2016.

PERU. **Constituição (1993)**. Constitución Política del Peru. Lima: Congreso Constituyente Democrático, 1993. Disponível em: <http://www.pcm.gob.pe/wp-content/uploads/2013/09/Constitucion-Pol%C3%ADtica-del-Peru-1993.pdf>. Acesso em: 31 dez.2018.

PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Diálogos jurisdicionais e direitos humanos**. São Paulo: Gazeta Jurídica, 2016.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Volume VII. Tomo II. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

POPPER, Karl Raimund. **Os dois problemas fundamentais da teoria do conhecimento**. Tradução Antônio Lanni Segatto. 1. ed. São Paulo: Editora Unesp. 2013.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. **Constitucionalismo democrático**: por una reconciliación entre Constitución y pueblo. 1. ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2013.

PRONER, Carol; OLASOLO, Héctor; DURÁN, Carlos Villán; RICOBOM, Gisele; BACK, Charlott (coords.). **70º Aniversário de la declaración universal de derechos humanos**. La protección internacional de los derechos humanos en cuestión. Valencia-España: Tirant to blanch, 2018.

PUCCINELLI, Oscar R. La “cárcel del alma” y el “derecho al olvido”. **Revista Latinoamericana de Protección de Datos Personales**. Número especial sobre derecho al olvido de internet. Buenos Aires: RLPDP, Año II, n. 03, 2016, p. 287-314.

PUCCINELLI, Oscar R. El “derecho al olvido” en el derecho de la protección de datos. El caso argentino. **Revista Latinoamericana de Protección de Datos Personales**. Bogotá: Universidad de Los Andes, n. 01, julio-diciembre, 2012, p. 1-22.

PUGLIESE, William. **Precedentes e a civil law brasileira**: interpretação e aplicação do novo código de processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

PULVIRENTI, Orlando D. **Derechos humanos e internet**. 1. ed. Buenos Aires: Errepar, 2013.



QUÉLIZ, Anthony Abud. **Le droit à l'oubli numérique en France et aux États-Unis**. Saarbrücken: Éditions universitaires européennes, 2016.

RALLO, Artemi. El debate europeo sobre el derecho al olvido en internet. **Revista Latinoamericana de Protección de Datos Personales**. Número especial sobre derecho al olvido de internet. Buenos Aires: RLPDP, Año II, n. 03, 2016, p. 19-48.

RAMÍREZ, Pedro Anguita. **Acciones de protección contra google**. Análisis del llamado derecho al olvido en buscadores, redes sociales y medios de comunicación. Santiago de Chile: Librotecnia, 2016.

RAUTENBACH, Christa. The South African constitutional court's use of foreign precedent in matters of religion: without fear or favour? **Potchefstroom Electronic Law Journal/Potchefstroomse Elektroniese Regsblad**, v. 18, n. 5, p. 1546-1570, 2015.

**Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 7, jan./mar. 2016. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/issue/view/9>. Acesso em: 20 janeiro 2018.

**Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará - NOMOS**. Fortaleza: Edições UFC, volume 37.1, jan./jun., 2017.

**Revista Internacional de Protección de Datos Personales**. Bogotá: Universidad de Los Andes, n. 01, julio/Diciembre, 2012.

**Revista Latinoamericana de Protección de Datos Personales**. Buenos Aires: RLPDP, Año I, n. 01, 2015.

**Revista Latinoamericana de Protección de Datos Personales**. Buenos Aires: RLPDP, Año II, n. 01, 2016.

**Revista Latinoamericana de Protección de Datos Personales**. Número especial sobre derecho al olvido de internet. Buenos Aires: RLPDP, Año II, n. 03, 2016.

**Revista Publicum**. Rio de Janeiro: UERJ Publicações, n.03, 2016, p. 324-346.

ROCHA, Leonel Severo; TONET, Fernando. A interconstitucionalidade como produção jurídica descentralizada dentro das novas observações estatais. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, n. 115, pp. 473-496, jul./dez. 2017.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância** – a privacidade hoje. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODOTÀ, Stefano. **Il mondo nella rete**. Quali i diritti, quali i vincoli. Roma: Laterza, 2014.

RODRIGUES JR, Otávio Luiz. **Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019.

RODRIGUES JR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladson; ROCHA, Maria Vital Da (orgs.). **Responsabilidade civil contemporânea**. São Paulo: Atlas, 2011.

ROSENFELD, Denis Lerrer. **Justiça, democracia e capitalismo**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

ROTONDO, Felipe. El derecho al olvido, ¿existe? **Revista Latinoamericana de Protección de Datos Personales**. Número especial sobre derecho al olvido de internet. Buenos Aires: RLPDP, Año II, n. 03, 2016, p. 83-118.

ROULET, Elva; CERDÁ, Jaime Sergio. **Nuevos derechos del hombre**. 1. ed. Buenos Aires: Eudeba, 2011.

SALLENT, Juan Antonio Gallo. **El derecho al olvido en internet**. Una propuesta de solución: del caso google al big data. Estados Unidos: Createspace Independent Pub, 2015.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 7. ed. Porto: Edições Afrontamento, 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Acesso à informação como direito fundamental e dever estatal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da Dignidade**: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais, informática e comunicação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

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

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SARMENTO, Daniel. Liberdades comunicativas e “direito ao esquecimento” na ordem constitucional brasileira. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 7, p. 190-232, jan./mar. 2016. Parecer. Disponível em: <https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume7/parecerfeito.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2018.

SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (orgs.). **Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal**: balança e crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SASSANO, Francesca. **Il diritto all’oblio tra internet e mass media**. Milano: Key Editore, 2015.

SCHIFER, Claudio Alberto; PORTO, Ricardo Antonio. **Libertad de expresión y derecho a la información en las constituciones de América**. 1. ed. Buenos Aires: Educa, 2010.

SCHREIBER, Anderson (coord.). **Direito e mídia**. São Paulo: Atlas, 2013.

- SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- SCOTTI, Luciana Beatriz. **Contratos electrónicos**. 1. ed. Buenos Aires: Eudeba, 2012.
- SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- SILVA, José Afonso Da. **Direito Ambiental Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- SILVA, Virgílio Afonso Da. **Direitos fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law**: introdução ao direito dos EUA. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo De. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- SUNSTEIN, Cass R. **Riesgo y razón**: seguridad, ley y medioambiente. 1. ed. Buenos Aires: Katz, 2006.
- SUNSTEIN, Cass R.; HOLMES, Stephen. **El costo de los derechos**: Por qué la libertad depende de los impuestos. 1. ed. Buenos Aires: Eudeba, 2015.
- STRECK, Lênio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão Leite (coords.). **Hermenêutica e jurisprudência no Código de Processo Civil: coerência e integridade**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- STRECK, Lênio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- STRECK, Lênio Luiz. O que é isto – a exigência de coerência e integridade no novo Código de Processo Civil? In: STRECK, Lênio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão Leite (coords.). **Hermenêutica e jurisprudência no Código de Processo Civil: coerência e integridade**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2017.
- STRECK, Lênio Luiz. **Precedentes judiciais e hermenêutica**. O sentido da vinculação no CPC/2015. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.
- STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

SUMMERS, Robert S.; ENG, Svein. Departures from precedents. In: MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (ed). **Interpreting precedents: a comparative study**. Aldershot: Dartmouth Publishing, 1997.

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara de Teffé. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014. Disponível em: <http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>. Data de acesso: 02. out. 2018.

TEPEDINO, Gustavo. O papel atual da doutrina do direito civil entre o sujeito e a pessoa. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coords). **O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coords). **O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

TOMIZAWA, Guilherme. **A invasão de privacidade através da internet**. Curitiba: JM Livraria, 2008.

TOURÍÑO, Alejandro. **El derecho al olvido y la intimidad en internet**. Madrid: Catarata, 2014.

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA**. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/>. Acesso em: 17 jan.2019.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A humanização do direito internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

UNIÃO EUROPEIA. Carta dos direitos fundamentais da União Europeia: 2000/C 364/01. **Jornal Oficial das Comunidades Europeias**, 18 dez. 2000, C 364/1-22. Disponível em: [http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_pt.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf). Acesso em: 30 dez. 2018.

UNIÃO EUROPEIA. Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 24 de outubro de 1995 relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. **Jornal Oficial da União Europeia**, 23 nov. 1995, L 281/31-50. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31995L0046&from=PT>. Acesso em: 25 dez. 2018.

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016 relativo à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Protecção de Dados). **Jornal Oficial da União Europeia**, I (Atos legislativos), 4 maio 2016, L 119/1-88. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=EN>. Acesso em: 22 dez. 2018.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça Europeu. **Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção)**, ECLI:EU:C:2014:317, Processo C-131/12, 13 maio 2014. Disponível em:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=152065&doclang=PT>. Acesso em: 02 jan. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. **Comunicado de Imprensa nº 77/13**. Conclusões do advogado-geral no processo C-131/12 Luxemburgo: TJUE, 25 jun. 2013. Disponível em: <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2013-06/cp130077pt.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2019.

UNITED KINGDOM. **Data Protection Act 1998**. Chapter 29. London: TSO, 1998. Disponível em: [https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/29/pdfs/ukpga\\_19980029\\_en.pdf](https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/29/pdfs/ukpga_19980029_en.pdf). Acesso em: 01 jan. 2019.

UNITED KINGDOM. **Data Protection Act 2018**. Chapter 12. London: TSO, 2018. Disponível em: [http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2018/12/pdfs/ukpga\\_20180012\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2018/12/pdfs/ukpga_20180012_en.pdf). Acesso em 01 jan. 2019.

UNITED KINGDOM. **Rehabilitation of Offenders Act 1974**. Chapter 53. London: TSO, 1974. Disponível em: [https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1974/53/pdfs/ukpga\\_19740053\\_en.pdf](https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1974/53/pdfs/ukpga_19740053_en.pdf). Acesso em: 01 jan. 2019.

UNITED KINGDOM. Information Commissioner's Office. **ico.**, 19 set. 2018. Disponível em: <https://ico.org.uk/>. Acesso em: 01 jan. 2019.

UNITED KINGDOM. Information Commissioner's Office. Search result delisting criteria. **ico.**, For organisations, 24 dez. 2014. Disponível em: <https://ico.org.uk/for-organisations/search-result-delisting-criteria/>. Acesso em: 01 jan. 2019.

UNITED KINGDOM. The Supreme Court. **The Supreme Court website**, Home, About the Supreme Court, 24 out. 2009. Disponível em: <https://www.supremecourt.uk/>. Acesso em: 22 set. 2018.

UNITED NATIONS. General Assembly. **A/RES/32/130**. Alternative approaches and ways and means within the United Nations system for improving the effective enjoyment of human rights and fundamental freedoms. New York: UN, 16 dec. 1977. Disponível em: <http://www.un.org/documents/ga/res/32/ares32r130.pdf>. Acesso em: 25 dez. 2018.

UNITED NATIONS. General Assembly. **A/RES/68/167**. The right to privacy in the digital age. New York: UN, 21 jan. 2014. Disponível em: <http://undocs.org/es/A/RES/68/167>. Acesso em: 22 dez. 2018.

UNITED NATIONS. General Assembly. **International Covenant on Civil and Political Rights**. New York: UN, 16 dec. 1966. Disponível em: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>. Acesso em: 22 dez. 2018.

UNITED NATIONS. General Assembly. Human Rights Council. **A/HRC/17/27**. Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Frank La Rue. Geneva: OHCHR, 16 may 2011. Disponível em: [https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27\\_en.pdf](https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf). Acesso em: 22 dez 2018.

UNITED STATES OF AMERICA. **Constituição (1789)**. Constitution of the United States. 1789. Disponível em: [https://www.senate.gov/civics/constitution\\_item/constitution.htm#amdt\\_1\\_\(1791\)](https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#amdt_1_(1791)). Acesso em: 01 jan. 2019.

VANINETTI, Hugo; VANINETTI, Gustavo Juan. **Responsabilidad civil de los buscadores en internet**. Afectación de los derechos personalísimos. Libertad de expresión. 1. ed. Buenos Aires: Librería Editora Platense, 2014.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direitos de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

VIOLA, Mario. et al. Entre privacidade e liberdade de informação e expressão: existe um direito ao esquecimento no Brasil? **Revista Latinoamericana de Protección de Datos Personales**. Número especial sobre derecho al olvido de internet. Buenos Aires: RLPDP, Año II, n. 03, 2016.

WALDRON, Jeremy. **Partly laws common to all mankind**: foreign law in american courts. New Haven: Yale University Press, 2012.

WAMBAUGH, Eugene. **The study of cases**: a course of instruction in Reading, stating reported cases, composing head-notes and briefs, criticizing na comparing authorities, and compiling digests. 2. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1894. Disponível em: <https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=cool.ark:/13960/t5r78wz0r;view=1up;seq=1>. Acesso em: 26 dez. 2018.

WAREN, Samuel; BRANDEIS, Louis D. The right to privacy. On the right to be let alone. Estados Unidos da América: **Harvard Law Review**, vol. IV, 1890-91.

YOO, John. Peeking Abroad? The Supreme Court's Use of Foreign Precedents in Constitutional Cases. University of California at Berkeley School of Law. Public Law and Legal Theory Research Paper Series, 2004, p. 1-18. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=615962>. Acesso em: 7 dez. 2018.

YOUNG, Jock. **El vértigo de la modernidad tardía**. Traductores: Mariano Ciafardini y Nora Heiss. 1. ed. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2012.

ZANETI JR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Saraiva, 2011.

ZICCARDI, Giovanni. **Internet, controllo e libertà**. Trasparenza, sorveglianza e segreto nell'era tecnologica. Milano: Raffaello Cortina, 2015.