XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA

DIREITO, GOVERNANÇA E NOVAS TECNOLOGIAS

JOSÉ RENATO GAZIERO CELLA

AIRES JOSE ROVER

MAGNO FEDERICI GOMES

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito, governança e novas tecnologias [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;
coordenadores: José Renato Gaziero Cella, Aires Jose Rover, Magno Federici Gomes – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-123-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Governança. 3. Novas tecnologias. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITO, GOVERNANÇA E NOVAS TECNOLOGIAS

Apresentação

PREFÁCIO

O XXIV Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Belo Horizonte, nos dias 11 a 14 de novembro de 2015, foi promovido pelo CONPEDI, pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), pela Fundação Mineira de Educação e Cultura (Universidade FUMEC) e pela Escola Superior Dom Helder Câmara, tendo como tema geral o Direito e política: da vulnerabilidade à sustentabilidade.

O grupo de trabalho Direito, Governança e Novas Tecnologias foi bastante exitoso, tanto pela ótima qualidade dos artigos apresentados, quanto pelos debates entre os pesquisadores-expositores, interessados e coordenadores. Foram apresentados 26 trabalhos, efetivamente discutidos e que integram esta obra, a partir de 04 blocos temáticos: o primeiro, a democracia e a tecnologia; o segundo, a proteção de dados; o terceiro, a governança eletrônica; e o quarto, os direitos fundamentais e sociais na sociedade informacional.

As relações entre a democracia e as novas tecnologias comprovaram a complexidade do tema e foram representadas pelos seguintes trabalhos: a ampliação dos canais de comunicação entre as universidades publicas federais e a sociedade: os portais institucionais como mecanismos para implementar um novo modelo de governança, que analisou a transparência e o sigilo a partir da Lei de Acesso à Informação. A cidadania virtual e os obstáculos a sua efetivação, que estudou a ampliação de acesso à internet como instrumento de luta contra a globalização hegemônica. A internet como espaço público para participação politica no Estado Democrático de Direito: uma ágora digital?, que pesquisou os novos conceitos de cidadania e cultura digitais, fomentando atos ativistas para controlar excessos. Acesso à informação pública: a sociedade civil descobrindo o estado, que trabalhou a emancipação social por meio de políticas públicas de acesso à informação como modo de implementar a cidadania. Internet: uma nova forma de participação democrática ou um mero espaço de fiscalização digital? demonstrou a baixa confiabilidade da população na informação fornecida pelas mídias eletrônicas, especialmente pela linguagem inacessível a grande parte da sociedade. Por sua vez, o uso de instrumentos tecnológicos no exercício da democracia através da participação nas políticas públicas trouxe proposta de utilização de instrumentos tecnológicos para ampliar o espaço democrático e qualificar os serviços públicos.

Finalmente, o artigo redes sociais e democracia deliberativa comentou a ação política performática e a impossibilidade de enfrentamento racional no debate político na rede.

No que toca à proteção de dados e a necessidade de sua tutela diferenciada, o texto o `curtir´ do facebook como manifestação da liberdade de expressão: uma nova tecnologia sob proteção constitucional estudou a análise do perfil ideológico dos trabalhadores por empregadoras como forma de justificar dispensas. O trabalho a vida escrita em bytes - a sociedade superinformacional e as novas tecnologias: será o fim da privacidade e da dignidade humana? analisou as consequências jurídicas e emocionais da exposição das informações privadas na rede, o que viola a dignidade da pessoa humana e gera a vulnerabilidade do indivíduo. Com isso, o artigo autodeterminação informativa e proteção de dados: uma analise critica da jurisprudência brasileira estudou a aceitação de sistemas de pontuação dos consumidores pelos Tribunais pátrios, a partir de conceitos distintos: banco de dados / dados estatísticos. Direito ao esquecimento digital e responsabilidade civil dos provedores de busca na internet: interface entre marco civil, experiência nacional e estrangeira e projetos de lei nº 7881/2014 e nº 1676/2015 tratou do direito ao esquecimento como consectário do direito a privacidade. Os novos cadastros e bancos de dados na era digital: breves considerações acerca de sua formação e do atual tratamento jurídico demonstrou o viés econômico das informações constantes na internet e trouxe o fenômeno da necessidade de autoafirmação das pessoas oposta ao sentimento de privacidade. Por fim, a pesquisa a usurpação do registro civil nacional pelo Poder Judiciário comentou a necessidade do asseguramento de dados sensíveis e a retirada da atribuição de guarda de tais informações do Executivo e o texto riscos inerentes a utilização de redes informáticas, com foco no risco a privacidade e a segurança cibernética trouxe a incompatibilidade entre segurança e privacidade e as inovações tecnológicas mais atuais.

A partir de tais discussões, adentrou-se na temática governança eletrônica e seus escopos no Direito informático. O estudo a utilização das TIC e a contribuição das cidades digitais para o favorecimento da governança concluiu que a criação das cidades digitais facilitou o acesso ao serviço público e ao `e-commerce´, mas não trouxe avanços em matéria de governança, apesar de possuir potencial para isso. A analise crítica da legitimidade do Estado a partir da aplicação do princípio da resiliência demonstrou como o Estado pode manter sua estrutura e abrir novos canais de comunicação e participação da sociedade civil para a tomada de decisões, por meio dos princípios da resiliência, consensualidade, cooperação e concertação nos atos administrativos. No seu tempo, o texto "governança da internet no espaço regulatório global: o idiossincrático modelo de gestão da ICANN" tratou da necessidade de regulação da internet, pelo ICANN ou pelos Estados Unidos da América, dentro da concepção do `policy making´.

Entre as pesquisas dedicadas aos direitos fundamentais e sociais na sociedade informacional, o artigo a internet como vetor do desenvolvimento social na contemporaneidade encampou a ideia de desenvolvimento como liberdade e as ondas de acesso à internet. "As novas tecnologias em prol do trabalhador: tentativas de minimizar o retrocesso aos direitos sociais" ofereceu um panorama da inserção do trabalhador nas novas tecnologias e como deveria ser visto o teletrabalho, caso houvesse um efetivo controle de ponto via `smartphones´, cujo problema também foi tratado pelo texto "teletrabalho e tecnologia: (re) adaptações sociais para o exercício do labor", que apresentou o conceito inovador de subordinação por meio de sistemas telemáticos e a ruptura do paradigma no Direito laboral. "Imigrantes no Brasil - discursos de ódio e xenofobia na sociedade da informação: como atribuir uma função social a internet?" elucidou o contraponto entre a sociedade da informação e a função social da rede e como os processos simbólicos sobrepõem o objeto à pessoa, o que comprovou que a internet encontra-se à margem do Direito nas tratativas dos discursos de ódio. A economia compartilhada e os desafios na atuação do Estado foram os temas de "sociedade civil, concentração econômica e a disrupção da economia compartilhada", que relacionou os valores caros à democracia, entre eles os direitos fundamentais, e a dificuldade de regulação estatal. Em sequência, a "análise dos principais projetos municipais de acesso livre e gratuito a internet em praças publicas: inclusão digital na atual sociedade da informação globalizada" sugeriu, por meioi de pesquisa empírica, que as praças públicas deveriam ser implementadas nas periferias, em primeiro lugar, para promover a inclusão digital. Ao seu turno, o trabalho "as tecnologias da informação e comunicação no aprimoramento do processo legislativo: fundamentos para um processo legislativo mais interativo" partiu do pressuposto de que a democracia representativa brasileira é inacabada, para indicar a necessidade de ampliação da participação social na função legiferante. O artigo "grupos de fato na sociedade da informática" trata sobre as redes de informação e sua influência na transmissão dos conhecimentos tradicionais entre e para os povos formadores da sociedade brasileira. Finalmente, "o tempo morto de trabalho no processo eletrônico" demonstrou, por meio de análise de dados empíricos, que os processos eletrônicos não vieram a implementar a razoável duração dos procedimentos e geraram óbice ao `jus postulandi´ na Justiça Especializada do Trabalho, diminuindo o acesso à jurisdição.

Como conclusão, a coordenação sintetizou os trabalhos do grupo e sugeriu novos estudos a partir da leitura atenta dos artigos aqui apresentados e da cooperação entre os Programas de Pós-graduação, o que contribuirá para que novas respostas possam ser apresentadas para os dilemas que se multiplicam nesta sociedade informacional.

Os artigos, neste momento publicados, objetivam fomentar a investigação interdisciplinar entre o Direito, a Governança e as Novas Tecnologias. Assim, convida-se o leitor a uma leitura analítica desta obra.

Os Coordenadores

José Renato Gaziero Cella

Magno Federici Gomes

Aires José Rover

O CURTIR DO FACEBOOK COMO MANIFESTAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO: UMA NOVA TECNOLOGIA SOB PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL

THE LIKE OF THE FACEBOOK AS MANIFESTATION OF FREEDOM OF SPEECH: A NEW TECHNOLOGY UNDER CONSTITUTIONAL PROTECTION

Celso Jefferson Messias Paganelli
Paulo Roberto Iotti Vecchiatti

Resumo

A tecnologia proporciona desafios ao Direito constantemente. Prova disso reside no fato de que o simples ato de Curtir uma postagem do Facebook pode ensejar a coleta de informações a respeito do usuário, em flagrante afronta a garantias e direitos fundamentais insculpidos na Constituição. O ato praticado pelo usuário ao curtir alguma publicação no Facebook está ligado à liberdade de expressão, porém certamente não está sob o pálio da privacidade, como alguns podem imaginar. Por outro lado, sabe-se que o ato de curtir uma postagem possibilita a terceiros interessados, acesso às preferências do usuário, possibilitando a criação do perfil de uma pessoa a partir de sua atividade dentro de uma rede social virtual, de modo que seja possível avaliar se aquela pessoa interessa ou não a uma organização empresarial. A Constituição tipifica direitos e garantias fundamentais, de modo que todas as pessoas possam exercitar livremente o direito de livre expressão, até mesmo diante de uma singela curtida em uma publicação no Facebook. Todavia, há que se ter cautela na forma de interpretar tais atos, pois nem sempre isso significa que há uma concordância expressa e literal de quem curtiu com o autor da publicação, podendo simplesmente ser a expressão de que gostou de algo específico naquele momento, não sendo razoável supor que há alinhamento ideológico, por exemplo. A Norma Magna possui proteções que regulam inclusive tal situação, não permitindo abusos de quem quer que seja, até mesmo por parte de empresas.

Palavras-chave: Liberdade de expressão, Proteção constitucional, Redes sociais, Facebook

Abstract/Resumen/Résumé

The technology constantly provides challenges to the law. Proof of this can be seen when the simple act of "Like" a post on Facebook can give rise to the collection of information about the user, in flagrant affront to fundamental guarantees and rights inscribed in the Constitution. The act performed by the user on "liking on Facebook is a publication linked to freedom of speech, but certainly not under the protection of privacy, as some may imagine. On the other hand, it is known that the act of "liking" a post allows others access to user preferences, enabling the creation of the profile of a person from their activity within a virtual social network, so that is possible to evaluate whether or not the person may be useful to a business organization. The Constitution typifies fundamental guarantees and rights so that all people can freely exercise the right of free expression, even a simple "liked" in a

publication on Facebook. However, we must be cautious in how to interpret such acts, because it does not always mean that there is an express and literal agreement of who "likes" with the author of the publication. It may simply be an expression that he had liked something specific at that moment, it is not reasonable to assume that there are ideological alignment, for example. The Constitution has protections that regulate even such a situation, not allowing abuse of anyone, including by companies.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Freedom of speech, Constitutional protection, Social networks, Facebook

INTRODUÇÃO

A tecnologia revoluciona o mundo a cada dia, trazendo inovações, não só do ponto de vista de dispositivos e programas, mas também em desafios para o Direito, com situações até então inexistentes, o que provoca acalorado debate sobre muitas questões constitucionais e situações na quais se põem em conflito inúmeros direitos e garantias fundamentais de todos os cidadãos.

A proliferação de sistemas específicos de compartilhamento para a Internet, como as redes sociais, por exemplo, traz consigo uma carga de novas situações que normalmente ultrapassam até mesmo as expectativas das mentes mais brilhantes que tentam supor o que poderá acontecer com o inter-relacionamento de todos que utilizam tais mecanismos.

O que se pode ver atualmente é a questão da privacidade colocada sempre em xeque. A Constituição é clara ao proteger a privacidade das pessoas, mas há que se ter um conceito preciso desta disposição, bem como também determinar com exatidão qual o seu alcance. Há questões que podem até mesmo atingir o direito internacional, haja vista que muitos dos serviços oferecidos por estas empresas na Internet estão estabelecidos em território estrangeiro, o que significa que podem ter sido pensados levando em consideração a lei do local no qual se estabeleceram, ou seja, podem ter um conceito e amplitude totalmente diferente daquilo que a privacidade alcança no território brasileiro, por exemplo.

Por se tratar de um conceito muito recente, ainda não são explorados com afinco nos meios judiciais os problemas enfrentados por trabalhadores que são preteridos na hora da contratação ou mesmo que perdem o emprego em virtude do material que publicam em redes sociais. Algo muito simples e que certamente não levanta nenhum tipo de questionamento maior para aquele que está praticando o ato, um “curtir”, por exemplo, no Facebook, pode ter consequências desastrosas para a vida desta pessoa, pois na visão de alguém tal pequena atitude pode demonstrar uma tendência de personalidade que não é aceita no meio empresarial.

Há questões tormentosas também que giram em torno da privacidade, como: o que é feito em uma rede social pode ser usado como mecanismo de avaliação para a contratação de alguém ou até mesmo para a manutenção de seu emprego? Pode uma empresa exigir que o perfil ideológico de uma pessoa constante dos meios *online* seja condizente com as políticas empresariais adotadas? Pode uma simples interação, por exemplo, um “curtir” na rede social Facebook servir como pretexto para a não contratação de uma pessoa ou mesmo a sua demissão? Será que as redes sociais não estão sendo superestimadas e levadas em consideração em demasia?

As respostas às essas questões não são tão fáceis quanto parecem à primeira vista. Uma reflexão é necessária, ainda que mínima, para tentar imaginar as consequências sobre a tensão existente entre privacidade, redes sociais e a vida laboral de uma pessoa. Assim, procura-se com o presente trabalho responder a tais questões, sem a mínima pretensão de se esgotar o assunto, haja vista tal questão ainda ter sido enfrentada minimamente pelos tribunais nacionais, mas já há decisões em outros países, mormente os EUA. Por meio do método indutivo tenta-se chegar a uma conclusão sobre como a privacidade ocorre nos meios virtuais, principalmente nas redes sociais e como isso afeta a efetividade do disposto na Constituição, com o viés da análise pairando sobre se um mero "curtir" do Facebook realmente se traduz em algo que mereça o condão da proteção da livre expressão, e se tal ato pode ser usado como justificativa, por exemplo, para a não contratação ou demissão de uma pessoa.

1 REFLEXÕES SOBRE PRIVACIDADE, MUNDO VIRTUAL E REDES SOCIAIS

Privacidade, entre vários significados, segundo o dicionário Houaiss (2004, p. 2301): "vida privada, particular, íntima (invadir a privacidade de alguém); uso: trata-se de anglicismo de empréstimo recente na língua (talvez década de 1970), sugerindo-se em seu lugar o uso de *intimidade, liberdade pessoal, vida íntima, sossego etc"*. Como dito pelo autor em questão, trata-se de estrangeirismo, de origem inglesa. Destarte, o direito à privacidade pode ser creditado em suas primeiras considerações a filósofos como John Locke, Tomas Hobbes, John Stuart Mill e Robert Price.

John Locke, na sua publicação "Ensaio sobre o governo civil", já trazia a ideia de liberdade, assim definida como "autonomia para dispor, como bem lhe pareça, submetendo-se aos que ordenam as leis sob as quais se vive", continuando, afirma que "a exclusão de toda submissão a vontade arbitrária de outro, para poder seguir livremente a sua" (LA CUEVA, 1990, p. 51).

John Stuart Mill, na obra "On Liberty", defendeu a tese de que os aspectos que produziam deveres e responsabilidades perante a sociedade, da conduta humana, seriam aqueles que pudessem afetar os demais membros dessa mesma sociedade. Segundo Mill, qualquer aspecto que só diga respeito ao próprio indivíduo é absolutamente independente, ou seja, o indivíduo é soberano sobre si mesmo, seu próprio corpo e, óbvio, sua mente (LUÑO, 2010, p. 352).

Por esses fragmentos de textos já é perfeitamente possível perceber que esses pensadores já discutiam uma liberdade que pressupunha determinado grau de autonomia, sem

que houvesse interferência alheia, no entanto, nesta época ainda não se utilizavam as expressões "intimidade", "privacidade", ou mesmo "vida privada".

O primeiro artigo de cunho científico e doutrinário que se tem notícia a trabalhar com a noção de privacidade foi escrito por Samuel Dennis Warren e Louis Dembitz Brandeis, intitulado "The Right to Privacy", foi publicado na revista Havard Law Review, em 15 de dezembro de 1890. O artigo tinha como objeto determinar quais eram os limites da imprensa na intromissão da vida privada das pessoas. À época, Warren tinha se casado com a filha do senador Thomas Francis Bayard, o que por si só já seria notícia, mas também levava uma vida dispendiosa e desordenada (GAJDA, 2008, p. 60).

Esse texto foi o pilar da noção técnico-jurídica de privacidade (privacy), definindo-a como um direito à solidão, de estar só, ou de ser deixado em paz. Já no início do texto é possível tal compreensão (WARREN e BRANDEIS, 1890):

> Que o indivíduo deve ter proteção integral da pessoa e de sua propriedade é um princípio tão antigo quando o *common law*; mas verificou-se necessário de tempos em tempos definir novamente a exata natureza e extensão desta proteção. Mudanças políticas, sociais e econômicas, implicam o reconhecimento de novos direitos, e o *common law*, em sua juventude eterna, cresce para atender às novas demandas da sociedade. Assim, em tempos antigos, a lei dava remédio apenas para a interferência física da vida e da propriedade, para transgressões *vi et armis*. O "direito à vida" servia apenas para proteger o indivíduo de agressão em algumas formas; liberdade significa a liberdade de constrição; e o direito à propriedade assegurava ao indivíduo suas terras e seu gado. Mais tarde, veio o reconhecimento da natureza espiritual do homem, de seus sentimentos e de seu intelecto. Aos poucos o alcance desses direitos legais foram se ampliando; e agora o direito à vida passou a significar o direito de aproveitar a vida, -- o direito de ser deixado em paz; o direito à liberdade assegura o exercício de amplos privilégios civis; e o termo "propriedade" cresceu para incluir todas as formas de possessão -- intangíveis, bem como as tangíveis. [...] A intensidade e a complexidade da vida, que acompanharam o avanço da civilização, tornaram necessário um refúgio do mundo, e do homem, sob a influência de purificação da cultura, tornou-se mais sensível à publicidade, de modo que a solidão e a privacidade tornaram-se mais essenciais ao indivíduo; mas as empresas modernas e as invenções têm, por meio de invasões da privacidade destes indivíduos, os submetido à dor mental e sofrimento, muito maiores do que se poderia causar por mera lesão corporal (tradução nossa).

Veja-se a atualidade da preocupação externada pelos autores: se já em 1890 "as empresas modernas e as invenções" estavam afetando a privacidade dos indivíduos, imagine então com a revolução causada pela internet, suas ferramentas de busca, como o Google, Bing, entre outros, e as redes sociais – tais quais o Facebook abordado no presente trabalho.

Dentre os estudos feitos sobre a correlação entre vida privada e suas esferas está a chamada "teoria dos círculos concêntricos da esfera da vida privada" ou "teoria das esferas da personalidade", que ganhou relevo na doutrina alemã, a partir de 1953, com Heinrich Hubmann. Ele dividiu a esfera da vida privada do ser humano em 3 círculos, de acordo com sua densidade,

sendo que a esfera externa seria a privacidade, a intermediária alocaria o segredo e a esfera mais interna seria o plano da intimidade (HUBMANM, 1953, p. 7 e ss.).

A privacidade é o círculo da vida privada em sentido estrito (Privatsphäre), em que repousam as relações interpessoais mais rasas, na qual não há um amplo grau de conhecimento da vida alheia, beirando o coleguismo. O acesso ao público é restrito, mas seu grau de adstrição é o menor dentre as 3 esferas, sendo que o interesse público é motivo plausível para sua violação.

A intimidade é o círculo intermediário (Vertrauens¬phäre), que congloba informações mais restritas sobre o ser humano, compartilhadas com reduzido número de pessoas de seu ambiente familiar, amigos íntimos e profissionais que têm conhecimento das informações em razão do ofício.

O segredo (Geheims¬phäre) é o círculo mais oculto das esferas da privacidade *lato sensu*, no qual são guardadas as informações mais íntimas do Eu, que muitas vezes não são compartilhadas com outros indivíduos e sobre as quais o interesse público não poderá se imiscuir, a exemplo da opção sexual, filosófica e religiosa.

Na doutrina pátria, diferenciam-se *intimidade* e *vida privada*, ante o art. 5º, X, da Constituição Federal as citar separadamente. Para René Ariel Dotti, a intimidade é a esfera secreta da vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais (TAVARES, 2007, p. 587), ao passo que André Ramos Tavares anota que a vida privada se refere ao modo de ser, de agir e viver de cada pessoa sem ser atingido pela bisbilhotice alheia, o que implica a proibição, dirigida tanto à sociedade quanto ao Poder Público, de imiscuírem-se na vida privada da pessoa ou de divulgá-la ao público (TAVARES, 2007, p. 598-599). Assim, na feliz síntese de Paulo Gustavo Gonet Branco, o direito à privacidade tem por objeto os relacionamentos pessoais em geral e as relações comerciais e profissionais que o indivíduo não deseja que se espalhem ao conhecimento público, ao passo que o direito à intimidade refere-se a conversações e episódios ainda mais íntimos/pessoais, envolvendo relações familiares e amizades mais próximas, sendo proclamado como resultado da exigência de o indivíduo "encontrar na solidão aquela paz e aquele equilíbrio continuamente comprometido pelo ritmo da vida moderna" [cf. Paulo José da Costa Júnior] (MENDES, COELHO e BRANCO, 2007, pp. 367-368). Em suma, segundo Tércio Sampaio Ferraz Jr., o direito à privacidade consiste na faculdade de constranger os outros ao respeito e de resistir à violação do que lhe é próprio, isto é, das situações vitais que, por só a ele lhe dizerem respeito, deseja manter para si, ao abrigo de sua única e discricionária decisão; e cujo objeto é a integridade moral do titular (MENDES, COELHO e BRANCO, 2007, p. 374).

Pois bem. Como mencionado, em que pese os conceitos e a arguição apresentados por Warren e Brandeis terem surgido em uma época distante, muita coisa a respeito da privacidade ainda é válida até os dias atuais e assim deverá permanecer por muito tempo. Por exemplo: a) o direito à privacidade não pode ser entendido como proibição de exposição de algo que é público ou que tenha interesse geral da população, sendo que "não se pode cometer o delírio de, em nome do direito de privacidade, estabelecer-se uma redoma protetora em torno de uma pessoa para torná-la imune de qualquer veiculação atinente a sua imagem", donde "se a demandante expõe sua imagem em cenário público, não é ilícita ou indevida sua reprodução pela imprensa, uma vez que a proteção à privacidade encontra limite na própria exposição realizada" (STJ, REsp 595.600/SC, DJ de 13.09.2004, p. 259); b) a lei não deve dar suporte a qualquer exigência de reparação aos casos em que não restar configurado que houve danos especiais; c) o consentimento do sujeito ao qual está atrelada a publicação exclui qualquer possibilidade de alegação de violação de direitos (excetuado o âmbito dos direitos indisponíveis, no qual não se adentrará aqui); d) a ausência de dolo de quem realizou a publicação não pode ser arguida como meio de defesa.

A lógica permite chegar à conclusão, portanto, de que o conceito envolvendo o direito à privacidade evoluiu. Antes havia uma noção negativa, sendo que tal direito significava a impossibilidade de o sujeito sofrer intromissões externas, ou seja, que não houvesse o devido consentimento naquilo que afetasse a vida privada. Atualmente, já se trata o direito à privacidade sob outro aspecto, um que possibilite ao indivíduo, ou seja, o titular do direito, o desenvolvimento da personalidade mantendo o controle das informações que são publicadas a respeito de sua vida pessoal. Hannah Arendt (2010, p. 63), adverte:

> [...] há muitas coisas que não podem suportar a luz implacável e radiante da constante presença de outros na cena pública; nesta, só pode ser tolerado o que é considerado relevante, digno de ser visto e ouvido, de sorte que o irrelevante se torna automaticamente assunto privado.

O raciocínio não poderia ser mais perfeito. Ora, se determinado assunto não tem a menor relevância para outro que não a do próprio interessado, é cristalino que é de cunho privado. Nesse sentido, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso X, estabelece a garantia fundamental da intimidade e da vida privada, *in verbis*: "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".

Internacionalmente, pode-se citar a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), que prevê no seu artigo 12: "Ninguém será objeto de ingerências arbitrárias em sua vida

privada, seu domicílio ou sua correspondência, nem de ataques a sua honra ou a sua reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências e ataques". Também a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais reconheceu o direito à intimidade em seu artigo 8º:

> Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. Não pode haver ingerência de autoridade pública no exercício deste direito senão quando essa ingerência estiver prevista na lei e construir uma providência que, em uma sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 1969, em seu artigo 11, deu proteção à vida privada:

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

No campo infraconstitucional temos no Código Civil, no artigo 21, que "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".

A Constituição, estandarte do ordenamento jurídico, deve vir em primeiro lugar ao se tratar de direito e garantias fundamentais. Destarte, pode-se falar que a Norma Magna tem sentido sociológico, político e jurídico. Com o sentido sociológico ela se aproxima do poder social, foi concebida como fato social, não como norma propriamente dita. A Constituição é o resultado do momento histórico do país, de sua realidade social, das forças que exercem o poder na sociedade. A representação desse poder se dá de forma escrita, mas não pode apenas ficar como "folha de papel"; deve ultrapassar o sociologismo jurídico o qual foi bem explicado por Michel Temer (2010, p.22):

> Representante mais expressivo do sociologismo jurídico é Ferdinand Lassalle, que, em obra clássica, sustentou que a Constituição pode representar o efetivo poder social ou distanciar-se dele; na primeira hipótese ela é legítima; na segunda, ilegítima. Nada mais é que uma 'folha de papel'. A sua efetividade derivaria dos fatores reais do poder. Espelha o poder. A Constituição efetiva é o fato social que lhe dá alicerce. Assim, a 'folha de papel' – a Constituição – somente vale no momento ou até o momento em que entre ela e a Constituição efetiva (isto é, aquele somatório de poderes gerador da 'folha de papel') houver coincidência; quando tal não ocorrer, prevalecerá sempre a vontade daqueles que titularizam o poder. Este não deriva da 'folha de papel', da Constituição escrita, mas dos fatores reais de poder.

O texto constitucional, portanto, não deve apenas para ficar “no papel” nem se limitar aos “fatores reais de poder”. Ele deve ser aplicado com sua máxima força, a fim de servir a todos os seus objetivos, principalmente visando o bem-estar social. A força normativa da Constituição (HESSE, 1991) deve ser apta a condicionar os poderes sociais. A sociedade, legitimadora do poder que possibilitou a Constituição, espera dos Poderes o retorno adequado a todos os seus anseios, ou seja, as liberdades, garantias e, principalmente, os direitos fundamentais.

Cabe, portanto, aos operadores do direito a responsabilidade de fazer valer o texto constitucional, em seu verdadeiro propósito, considerando, principalmente os direitos e as garantias fundamentais. Os princípios constitucionais podem e devem ser aplicados autonomamente, utilizando toda a força emanada por estes, sempre considerando o sopesamento do indivíduo e da sociedade. Não se deve, no entanto, utilizar a dignidade da pessoa humana de forma superficial, para que esta não caia em vala comum, conforme ensina Alexy (2009, p. 454):

> O que se pergunta é se o indivíduo tem um direito subjetivo constitucional a essa proteção, e como esse direito deve ser fundamentado. [...] dever estatal de proteger a dignidade humana, [...] transfere o dever de proteção aos direitos fundamentais subsequentes. A vantagem dessa construção reside no fato de ela se apoiar diretamente no texto constitucional; sua desvantagem, no fato de que ela se vê diante do dilema de ou ampliar de forma extrema o conceito de dignidade humana, para poder abarcar tudo aquilo que seja digno de proteção, o que implica o sempre suscitado risco de trivializar a dignidade humana, ou renunciar a abarcar algumas coisas dignas de proteção.

Para que haja a efetivação das normas constitucionais, não permitindo que sejam apenas “pedaço de papel”, deve-se buscar a aplicação do disposto na Carta Magna para obter a plenitude de seus mandamentos, reservando conceitos que exigem uma maior dose de subjetividade para os casos nos quais serão imprescindíveis. Até porque os direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata (art. 5º, §1º, da CF/88).

Os meios de comunicação também têm a sua devida proteção pela Constituição, e nem poderia ser diferente. Por óbvio que a imprensa tem o dever e a prerrogativa de dar publicidade a quaisquer fatos que considerem de relevo para o interesse da população em geral, principalmente se se tratar de figura pública. Inclusive esse é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, como se pode observar:

> [...] Entendo relevante destacar, no ponto, matéria efetivamente debatida no julgamento da ADPF 130/DF, em que também se analisou a questão sob a perspectiva do direito de crítica – cuja prática se mostra apta a descaracterizar o “animus injuriandi

> vel diffamandi" (CLÁUDIO LUIZ BUENO DE GODOY, "A Liberdade de Imprensa e os Direitos da Personalidade", p. 100/101, item n. 4.2.4, 2001, Atlas; VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR, "A Proteção Constitucional da Informação e o Direito à Crítica Jornalística", p. 88/89, 1997, Editora FTD; RENÉ ARIEL DOTTI, "Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação", p. 207/210, item n. 33, 1980, RT, v.g.) –, em ordem a reconhecer que essa prerrogativa dos profissionais de imprensa revela-se particularmente expressiva, quando a crítica, exercida pelos "mass media" e justificada pela prevalência do interesse geral da coletividade, dirige-se a figuras notórias ou a pessoas públicas, independentemente de sua condição oficial (Ext – 1218 - Ministro Celso de Mello Relator).

Mas, deixando de lado os ânimos exaltados e as questões daqueles que desejam apenas e puramente censurar a imprensa, evitando assim que algo a respeito dessa pessoa seja divulgado – e é claro que esse "algo" será desabonador, em qualquer sentido –, não é mais possível imaginar que haja qualquer tipo de restrição à liberdade de informação. Ressalvados, claro, discursos de ódio e incitação ao preconceito e à discriminação, não protegidos pelo âmbito de proteção da liberdade de expressão, pois, como dito pelo STF, a liberdade de expressão não garante direito ao racismo e a crimes contra a honra (STF, HC 82.424/RS), logo, não confere o direito a ofender pura e simplesmente alguém. O *animus injuriandi* não é protegido pela liberdade de expressão, pois sendo a liberdade o direito de se fazer o que se quiser *desde* que não se prejudiquem terceiros e considerando que discursos de ódio e ofensas/injúrias em geram prejudicam suas vítimas, conclui-se facilmente que tais condutas não estão protegidas pelo direito fundamental à liberdade de expressão.

Ademais, segundo Vidal Serrano Nunes Júnior (2011, p. 121), o direito de crítica não é absoluto, porém possui um caráter preferencial, desde que a crítica veiculada se refira a *assunto de interesse geral*, ou que tenha *relevância pública* e guarde *pertinência* com o objeto da notícia (adstrita às questões de interesse público e com ela com íntima conexão), pois são estes aspectos que tornam importante a crítica na formação da opinião pública. Assim, afirma que não se admite desvio de finalidade, isto é, a crítica há de objetivar um fim em si mesmo, ser feita de *boa-fé* e sobre *fato noticiável* (casos nos quais terá a crítica um caráter preferencial). Em casos de má-fé, arreda-se o direito de crítica e ingressa-se no território do insulto. Anota o autor (2011, pp. 129-130), ainda, que embora muitas vezes a crítica não possa ser aquilatada segundo um critério de verdade ou falsidade, ela se constituirá em ofensa à honra pela forma se realizar, ou pelas palavras que empregar, com expressões caracterizáveis como injuriosas à honra da vítima, pois o proprietário de jornal ou o jornalista não podem se servir do direito de crítica para escudar um ataque desnecessário e imotivado à honra alheia. Podemos acrescentar, ainda, que ao jornalista cabe impor um dever de diligência (de boa-fé objetiva), não imponível

às pessoas em geral, de averiguar se a informação é verdadeira ou, no mínimo, se há fontes confiáveis que a justificam.

A questão é que a comunicação tem tido um crescimento exponencial nas últimas décadas com o surgimento dos meios virtuais e equipamentos eletrônicos multifunções o que, sem dúvida, confirma que ela é um novo direito social, sendo uma necessidade básica do ser humano. O direito de se comunicar está atrelado também ao de informar, permitindo assim uma livre circulação de ideias, tornando público fatos do cotidiano a milhares, milhões de pessoas, instantaneamente, permitindo que qualquer um possa exercitar seu direito à cidadania

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, em seu artigo 19º assegura que "todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por quaisquer meios de expressão".

Antigamente, a comunicação ficava restrita às empresas que geriam as informações, por exemplo, redes de televisão, jornais e revistas. Hoje, qualquer pessoa pode exercer essa faculdade, por meio das redes sociais, blogs, sites, enfim, inúmeros serviços disponíveis na Internet. O exercício da cidadania passa assim pela comunicação, pela informação, que no fundo também ressalta o poder das massas, restaurando atualmente um equilíbrio há muito perdido; hoje em dia já não é mais possível manipular a opinião pública tão facilmente quanto outrora. No entanto, o ser humano, em seu âmago, procura, discute e repassa muito mais informações negativas do que positivas. Esse é um problema crítico, pois coloca, teoricamente, em conflito, os direitos constitucionais.

O direito de comunicação e informação, portanto, sempre estará em constante choque com os direitos atinentes à pessoa, o que requer dos envolvidos um maior cuidado ao exercer o papel de informador, pois com os meios virtuais praticamente não há como se retirar algo definitivamente da Internet, devido ao seu próprio funcionamento, caótico e também diante da possibilidade de replicação. A informação uma vez disponibilizada é armazenada localmente pelo provedor de serviço na qual foi divulgada e também por indexadores, como o Google, Bing, entre outros, que também fazem uma cópia para seus servidores, dificultando ainda mais o trabalho de quem quer se livrar de alguma informação.

Um vislumbre do que pode ocorrer começa a se desvelar. Informações desconexas, aleatoriamente publicadas no mundo virtual, ou seja, na Internet, podem não ter nenhuma relevância ou importância. Mas, se tais informações forem reunidas e analisadas, podem revelar muito do sujeito que as publicou ou a quem se referem. Nesse ínterim, há a chamada teoria do mosaico, desenvolvida por Fulgêncio Madrid Conesa (1984, p. 44-45), assim descrita:

> Existen datos a priori irrelevantes desde el punto de vista del derecho a la intimidad y que, sin embargo, en conexión con otros, quizá también irrelevantes, pueden servir para hacer totalmente transparente la personalidad de un ciudadano, al igual que ocurre con las pequeñas piedras que forman los mosaicos, que en sí no dicen nada, pero que unidas pueden formar conjuntos plenos de significados.

Quando se começa a visualizar os dados de forma integrada e não de forma isolada, padrões surgem, revelando informações que uma pessoa de modo consciente talvez não tivesse a intenção de revelar a seu respeito. Não por outro motivo que Sarlet (2006, p. 394), disse que "há casos em que dados (informações) aparentemente triviais podem, no âmbito de uma combinação de dados aparentemente aleatórios, implicar uma lesão do direito à privacidade". Daí justificar-se a condenação das ferramentas de busca na internet a deixarem de remeter o usuário a informações publicadas em outros sites quando estas sejam ofensivas ao requerente e, assim, sejam ilícitas por violarem a sua honra. Afinal, sem o serviço realizado por tais ferramentas de busca, seria muito mais difícil a informação publicada em um site qualquer ser encontrada pelas pessoas em geral. Tanto que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), com base no *direito ao esquecimento*, condenou o Google a deixar de remeter à informação objeto do processo, embora sem obrigar a mídia em que originalmente publicada a matéria por ela ser verídica e, na época, ter existido interesse público na sua publicação (Caso *Google Spain v AEPD and Mario Costeja González*, decidido em 13.05.2014)[1]. O TEDH afirmou que mesmo informações incluídas de forma lícita na internet podem, com o passar do tempo, se tornar incompatíveis com o direito à privacidade quando, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, a informação for <u>inadequada, irrelevante, não mais relevante ou excessiva relativamente aos propósitos para os quais ela foi incluída e que com o passar do tempo desapareceu</u>[2].

No mesmo sentido, podemos citar o Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, segundo o qual "A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento"[3], sob a seguinte justificativa:

> 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

---

[1] O *press release* que traz a síntese da decisão e remete a seu inteiro teor encontra-se disponível em: http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-05/cp140070en.pdf (acesso em 13.05.2014).

[2] No mesmo sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, consagrando o direito ao esquecimento, que "a assertiva de que uma notícia lícita não se transforma em ilícita com o simples passar do tempo não tem nenhuma base jurídica" (STJ, REsp 1.335.153-RJ e REsp 1.334.097-RJ, ambos relatados pelo Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 28/5/2013).

[3] Cf. http://www.conjur.com.br/2013-jun-05/stj-aplica-direito-esquecimento-primeira-vez-condena-imprensa (acesso em 22.07.2013).

> 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. A grande dificuldade da discussão do direito ao esquecimento é que não se pode falar em regras, ou em tese. São sempre debates principiológicos que dependem muito da análise do caso concreto. Mas, em linhas gerais, o que o **Enunciado 531** diz é que ninguém é obrigado a conviver para sempre com o passado. É nessa linha que argumenta o **ministro Luis Felipe Salomão**, relator dos dois recursos especiais que discutiram a tese no STJ. **'Não se pode, pois, nestes casos, permitir a eternização da informação. Especificamente no que concerne ao confronto entre o direito de informação e o direito ao esquecimento dos condenados e dos absolvidos em processo criminal, a doutrina não vacila em dar prevalência, em regra, ao último'**, escreveu. (STJ, REsp n.º 334.097/RJ) (grifos nossos)

A curiosidade humana não tem limites, assim, deve-se fazer uma distinção clara e específica entre "curiosidade do público" e "interesse público". A coleta e organização de informações, sejam estas realizadas por grandes empresas ou por usuários, podem em muitos casos servir apenas ao propósito de satisfazer a curiosidade do público. São inúmeras as ferramentas hoje existentes para que se possa reunir com extrema facilidade dados pessoais sobre determinadas pessoas, inclusive no âmbito da própria Internet, como por exemplo, utilizando o Google, ou mesmo redes sociais, como o Facebook, que também implementou mecanismo de pesquisa no qual é possível encontrar qualquer tipo de informação a respeito de uma pessoa.

Não há nem mesmo como se falar em questões de privacidade envolvendo as empresas que atuam dentro da Internet. Os defensores farão coro dizendo que estas fornecem todas as ferramentas e configurações para que o usuário possa definir exatamente como e quando quer que seus dados fiquem disponíveis e por quem serão visualizados ou acessados. No entanto, qualquer pessoa com mínimos conhecimentos do funcionamento destas ferramentas consegue levantar grande quantidade de informações sobre qualquer pessoa em pouquíssimo tempo.

Pode ocorrer de uma questão sobre a divulgação ou a retirada de algo já publicado na Internet vir ser a discutida nos tribunais. E nesse caso, indubitavelmente, haverá colisão de princípios constitucionais, no mínimo entre intimidade, vida privada e privacidade *versus* direito à informação. A interpretação do caso concreto deverá ser feita com maestria. Com efeito, Streck (2011, p.14), diz:

> [...] cada interpretação – que nunca pode ser solipsista – deve ser razoável, isto é, deve obedecer a uma reconstrução integrativa do direito (e da legislação), para evitar interpretações discricionárias/arbitrárias sustentadas em uma espécie de 'grau zero de sentido', que, sob o manto do caso concreto, venham a estabelecer sentidos para aquém ou para além da Constituição (veja-se que o próprio Habermas admite o uso da proporcionalidade, se esta ocorrer nos espaços semânticos estabelecidos nos discursos de fundamentação, que têm em uma Constituição democrática o seu corolário).

A interpretação realizada com a devida proporção e abstração entre os direitos que aparentemente entram em conflitos deve ser feita sem arbitrariedade do julgador. O pêndulo há que pender para a intimidade e privacidade da pessoa, pois os demais envolvidos devem provar que há o interesse público em uma informação, e não o contrário. Ao inverso, é fácil perceber, então, que se há um direito público envolvido, um interesse público, da sociedade, não poderia o indivíduo reivindicar o direito à privacidade, mesmo que o fato tenha ocorrido já há muito tempo. No entanto, mesmo nessas condições, caminha-se por uma linha tênue, pois se deve analisar o caso concreto para que seja possível determinar se é realmente o caso do interesse público estar suplantando o interesse privado. Ademais, também há a necessidade de se considerar como e onde estarão tais informações, pois se disponíveis na Internet, com certeza podem estar indo além do propósito inicial, que é, por exemplo, a proteção do bem público, vez que atingirá também a honra da pessoa envolvida, impossibilitando que tenha uma vida de forma digna.

Assim, a questão não é a quantidade de informações que a Internet pode armazenar sobre determinada pessoa, mas sim quem e como se faz o acesso a elas. Não se trata de suprimir direitos consagrados como o da comunicação ou da informação, mas sim de que todo cidadão também tem direito à privacidade, vez que serviços indexadores de busca, como o Google ou o Bing, realizam na verdade um efeito multiplicador, tornando o alcance global e temporalmente eterno. É mais do que razoável que um fato ocorrido há vários e vários anos não esteja em mecanismos de buscas ou em redes sociais. Um exemplo: se alguém quebra o retrovisor de um carro, o dono pode fazer um boletim de ocorrência, e assim que identifica o responsável pode acioná-lo na justiça para que seu prejuízo seja ressarcido. Pouquíssimas pessoas saberão do ocorrido. Agora, se tais fatos forem publicados na Internet, será inevitável que inúmeras pessoas tomem conhecimento do assunto, inclusive gerando o seu próprio juízo de valor em virtude das "provas" apresentadas, o que, diante de comentários daqueles que têm acesso à informação, podem até mesmo criar uma história totalmente diferente do que realmente aconteceu, o que pode resultar em um problema para a reputação do envolvido, sem que lhe seja dada nenhuma espécie de defesa que realmente tenha o efeito esperado que todos aqueles que tenham tido contato com a informação saibam a possível verdade dos fatos. Não restará alternativa a não ser procurar a Justiça para tentar minimizar o problema, buscando ordem judicial para que o conteúdo indevido seja retirado da Internet.

A discussão não se resume se a informação não deve constar do mundo virtual, mas pode existir no mundo físico, ou seja, não pode existir em sites, mas pode existir impresso em um jornal ou revista. A pretensão do cidadão de não ter publicadas informações a seu respeito

na Internet é totalmente legítima quando o que está disponível no mundo virtual não ocorreu por sua vontade própria e também não seja possível identificar o provável interesse público, bem como quando tratar-se de injúria (*animus injuriandi*) ou informação inverídica a seu respeito.

Por outro lado, se a informação for disponibilizada em redes sociais voluntariamente pela pessoa não há como se invocar o direito à privacidade e intimidade sobre tal ato. Ainda que se utilize de mecanismos para estabelecer o limite de um ato praticado dentro de uma rede social, haja vista que existem mecanismos para tanto, não há como se ter certeza do âmbito de visualização ou replicação de tal acontecimento, uma vez que outras pessoas que tiverem acesso a tal conteúdo podem comentar sobre o mesmo e repassar a outros, sem qualquer tipo de exigência de consentimento do indivíduo que gerou o fato.

O efeito multiplicador de uma rede social é fantástico e imprevisível. Uma vez que uma informação tenha sido disponibilizada – e não precisa ser exatamente em rede social, pode ser qualquer lugar dentro da Internet – perde-se o controle sobre esta, na verdade o autor fica à total mercê dos demais usuários, pois todos podem fazer o que bem entender com essa informação. Não por menos que a Internet também é conhecida como "terra de ninguém".

As consequências de um ato simples praticado em redes sociais ainda não estão totalmente claras em suas repercussões. Por exemplo, um simples "curtir" no Facebook poderia determinar a contratação ou não de uma pessoa, ou mesmo ter a consequência nefasta da perda de seu emprego. Uma empresa poderia vir a monitorar as redes sociais para saber sobre tendências ideológicas de um funcionário, demitindo aqueles que não estivessem de acordo com o perfil esperado por seus empregadores. Na outra vertente, uma pesquisa poderia ser feita no perfil do pretendente a uma vaga de trabalho, debruçando-se assim sobre as preferências políticas ou mesmo quaisquer outros tipos de opções de determinada pessoa. Novamente, caso não estivesse de acordo com o que os empregadores esperam de um funcionário, este não seria contratado.

Até que ponto uma empresa pode escrutinar a vida de uma pessoa na Internet, nas redes sociais para determinar a sua contratação ou mesmo sua continuidade no emprego é uma questão tormentosa e não pode ser respondida com meras afirmações ou opiniões em qualquer tipo de embasamento, levando-se em consideração, ainda, o já abordado sobre a privacidade e às questões sobre as informações que foram disponibilizadas no mundo virtual. Necessário se faz então um enfrentamento teórico sobre a matéria.

2 O “CURTIR” DO FACEBOOK E A POSSIBILIDADE DA PERDA DO EMPREGO

A Internet e as redes sociais possuem características e recursos praticamente sem fim. Atualmente, o Facebook é a rede social com mais adeptos e a mais acessada mundialmente. Um de seus recursos, o botão “Curtir” (“like”, no original em inglês), manifesta uma opinião de quem teve acesso a algo que foi disponibilizado na rede social. Essa “opinião” é de concordância, vez que o usuário “curtiu” o que viu.

Mas a *amplitude* do “Curtir” parece ser o entrave a ser encarado pelo Direito. Uma vez que o usuário tenha “curtido” algo que foi disponibilizado, pode dar a entender a outra pessoa que teve acesso à mesma informação que há concordância explícita com tal conteúdo. Portanto, tratando-se de algo ideológico, uma charge política, por exemplo, automaticamente se poderia concluir que o usuário tem ou não afinidade com determinado partido político. Nesse ínterim, tal situação pode ser entendida como repulsa a determinada situação, o que uma empresa interpretaria como atentatório aos seus costumes. Por exemplo, é comum existir inúmeras charges tratando sobre partidos políticos ou pessoas que estão no poder. Ou mesmo críticas, às vezes pesadas, sobre fatos que ocorreram, com denúncias dos mais variados tipos. Quando o usuário clicar em “Curtir” nessa disponibilização de informação, tal atitude pode ser encarada pelos demais como um apoio a essa manifestação, em outras palavras, pode ser entendido como se o usuário fosse contrário ao partido político ou às pessoas que se encontram no exercício do poder, conforme o caso.

É claro que haverá muitos que fazem isso conscientemente, que realmente têm uma posição partidária, que não gostam das pessoas que estão no exercício do poder e assim por diante. Porém, é certo que a imensa maioria não se dê conta dos aspectos políticos envolvidos na questão, ou seja, clicaram em “Curtir” apenas e tão somente porque gostaram da charge ou do conteúdo que foi disponibilizado. Talvez se fosse perguntado a essa mesma pessoa se é contrária ao partido ou a alguém que exerce o poder político, a resposta seria negativa, que até mesmo teria votado nesse mesmo indivíduo. É impossível saber ao certo o que a pessoa pretendeu ao ter “curtido” uma publicação (por exemplo, pode simplesmente ter achado uma charge engraçada, sem com ela necessariamente concordar).

Quando é feita uma disponibilização de conteúdo nas redes sociais, um comentário, uma foto, um vídeo, enfim, sem dúvida está se exercitando o direito de liberdade de expressão. Uma questão tormentosa é se o “Curtir” pode ser equiparado a uma manifestação que estará coberta por este direito fundamental. Isso é relevante pois o “Curtir”, em essência, não carrega nenhum tipo de informação por si só, não há uma mensagem clara a ser passada para outras

pessoas, ainda que tenham acesso ao mesmo conteúdo. Para que o ato de “Curtir” represente algo há que se ter a análise da carga subjetiva do ato praticado com o conteúdo disponibilizado, ou seja, caberá ao usuário que estiver interessado em analisar a conjunção destes fatores chegar à conclusão sobre o que realmente pode isso significar.

Retornando ao exemplo de caráter político, quando um usuário clicar em “Curtir” em uma charge política, pode estar apoiando o aspecto ideológico desta, vez que é sabido que tais atividades cômicas quase sempre têm um caráter de duplo sentido. Pode também estar apenas dizendo que realmente gostou da anedota, mas não houve reflexões sobre o conteúdo político. Caso o usuário conheça o autor pode este simples ato ser uma manifestação de apoio, como forma de incentivo para que o mesmo possa continuar trabalhando e progredindo em sua carreira. Enfim, são muitos os aspectos que podem significar um simples “Curtir”. Não há como dizer, a priori, que o usuário ao curtir determinada publicação “tomou para si as palavras do autor”. A subjetividade é patente.

Outrossim, há que se analisar se o “Curtir” estará protegido pelos ditames constitucionais da intimidade e vida privada. Ora, por certo que ao realizar este ato o usuário não está fazendo reflexões aprofundadas sobre o que realmente isso significará para terceiros ou mesmo quais as consequências para a sua carreira, o seu trabalho. Por óbvio, ninguém em sã consciência faria isso com um desafeto de seu empregador, pois não há como negar que poderia sofrer represália por conta disso. Mesmo nessa hipótese ainda cabe uma análise do aspecto legal, caso realmente ocorresse em um caso concreto. De toda forma os aspectos gerais aqui enfrentados já podem ser suficientes para se ter uma noção clara a esse respeito. Tal ato sozinho não trará maiores consequências, mas pode ser que alguém se interesse em traçar um perfil do usuário, passando, portanto, a uma análise de qual conteúdo foi “curtido”, sendo que, juntamente com outras informações, é possível estabelecer se tal pessoa tem tendências de cunho político de direita ou de esquerda, preferências sexuais, entre outros.

De posse de tais informações o empregador pode se recusar a contratar tal pessoa ou, caso já esteja empregado, pode vir a demiti-lo, vez que suas atitudes no meio virtual podem não corresponder ao esperado no mundo real junto à empresa.

Julgados ligados ao tema de redes sociais ainda são muito escassos, mas há alguns que podem emitir uma sinalização de como alguns tribunais pensam a respeito do assunto. Por exemplo, no Recurso Ordinário 0000544-81.2012.5.04.0405, do Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 4ª Região, foi decidido que é justificável a dispensa por justa causa de trabalhador que pratica ofensa contra o empregador no Facebook, *ipsis literis*:

> O reclamante foi despedido com base no art. 482, alínea "b" e "k", da CLT, por "Ofender dirigentes e superiores hierárquicos da empresa e divulgar em rede social da Internet, denominada Facebook, perante colegas de trabalho e terceiros, publicando palavras ofensivas de baixo calão contra a imagem pessoal e conduta profissional dos administradores e superiores hierárquicos da empresa, expondo e denegrindo a imagem da empresa e dos seus administradores" (fl. 62). No caso, há prova contundente de que o reclamante cometeu a falta que lhe foi imputada, pois os documentos das fls. 63-64, juntados com a defesa, não impugnados pelo autor, são cópias dos comentários acima referidos pela recorrente no "facebook".

Como se vê, o TRT considerou falta grave cometida pelo trabalhador a publicação do conteúdo no Facebook. Apesar de não ter havido no caso acima citado, o mesmo raciocínio poderia ser aplicado a outro funcionário que clicasse em “Curtir” nesta publicação, e a empresa poderia igualmente demitir sumariamente este outro funcionário, também por justa causa, uma vez que com sua atitude demonstrou estar de acordo com o que foi publicado, ou seja, também estaria dessa forma denegrindo a imagem da empresa.

Recentemente, o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) decidiu sobre um caso envolvendo o Facebook, no qual algumas pessoas publicaram informações na rede social e outras replicaram (compartilharam) e também fizeram comentários. O Tribunal assim decidiu:

> RESPONSABILIDADE CIVIL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - RÉS QUE DIVULGARAM TEXTO E FIZERAM COMENTÁRIOS NA REDE SOCIAL “FACEBOOK” SEM SE CERTIFICAREM DA VERACIDADE DOS FATOS - ATUAÇÃO DAS REQUERIDAS QUE EVIDENTEMENTE DENEGRIU A IMAGEM DO AUTOR, CAUSANDO-LHE DANOS MORAIS QUE PASSIVEIS DE INDENIZAÇÃO - LIBERDADE DE EXPRESSÃO DAS REQUERIDAS (ART. 5, IX, CF) QUE DEVE OBSERVAR O DIREITO DO AUTOR DE INDENIZAÇÃO QUANDO VIOLADA A SUA À HONRA E IMAGEM, DIREITO ESTE TAMBÉM CONSTITUCIONALMENTE DISPOSTO (ART. 5, V, X, CF). [...]
> [...]
> O que de fato se comprovou foi à divulgação por meio da ferramenta de compartilhamento (fls.43/44 e 50/52) da citada rede social, disseminando notícia que sequer tinham certeza dos fatos, afastando a alegação de ilegitimidade passiva da recorrente Mônica.
> Ora, por certo é direito de todos a manifestação do livre pensamento, conforme artigo 5º, IX, da Constituição Federal, contudo, caminha com este direito o dever de reparar os danos dela advindos se estes violarem o direito à honra (subjetiva e objetiva) do autor, direito este também disposto na Constituição Federal em seu artigo 5, V e X.
> Se por um lado o meio eletrônico tornou mais simples a comunicação entre as pessoas, facilitando também a emissão de opinião, sendo forte ferramenta para debates em nossa sociedade e para denúncias de inúmeras injustiças que vemos em nosso dia-a-dia, por outro lado, trouxe também, a divulgação desenfreada de mensagens que não condizem com a realidade e atingem um número incontável de pessoas, além da manifestação precipitada e equivocada sobre os fatos, dificultando o direito de resposta e reparação do dano causado aos envolvidos.
> Assim, a partir do momento em que uma pessoa usa sua página pessoal em rede social para divulgar mensagem inverídica ou nela constam ofensas a terceiros, como no caso em questão, por certo são devidos danos morais. [...]
> (TJSP, APELAÇÃO Nº 4000515-21.2013.8.26.0451, PIRACICABA, Desembargador Relator NEVES AMORIM, 26 de novembro de 2013).

O caso em questão não envolve apenas e tão somente o "curtir" do Facebook, mas já indica o viés de pensamento do Tribunal quando um caso concreto se apresentar, haja vista a também condenação da corré em virtude de ter compartilhado as informações consideradas ofensivas, além, é claro, de ter incentivado que outros usuários da rede social praticassem a mesma conduta, visando aumentar o alcance do que foi publicado.

Parece-nos equivocada a decisão. Não parece justificável condenar alguém por ter "compartilhado" uma informação postada por outra. Se esta outra postagem ofende direitos de outra pessoa, então aquele que fez a postagem inicial deve alvo de condenação judicial, mas não quem "compartilhou" essa informação. Impor um dever de boa-fé objetiva, relativo a uma suposta obrigação de verificar a veracidade daquilo que é postado na internet sob pena de punição por danos morais. Ainda que possa ser moralmente criticável compartilhar algo sem realizar um mínimo de diligências para checar a veracidade da informação, não se pode impor um tal dever às pessoas em geral, ao menos para pessoas que não sejam jornalistas ou tenham alguma peculiaridade que justifique uma tolerância menor sobre aquilo que "compartilha" (de outras páginas) na internet.

Recentemente, a justiça do trabalho se deparou com a questão, com demissão por justa causa de empregado que "curtiu" determinada publicação no Facebook, que conforme alegado pela empresa, denegria sua imagem. O TRT assim decidiu (recorte):

> O teor da conversa pela rede social Facebook foi juntado às fls. 36/37 e comprova várias ofensas a honra da Sra. Daniela Magalhães, sócia proprietária da ré (fl. 46/62), bem como houve ofensa a empresa e aos funcionários. A participação do recorrente no diálogo foi confirmada em seu depoimento pessoal: "...que reconhece os diálogos retratados nos documentos juntados pela reclamada, como sendo os que o depoente manteve com o interlocutor constante dos referidos documentos". **Efetivamente as ofensas foram escritas pelo ex-funcionário, no entanto, todas foram "curtidas" pelo recorrente**, com respostas cheias de onomatopeias que indicam gritos e risos. [...] A atitude do reclamante caracteriza ato lesivo a honra e boa fama contra o empregador, nos termos da letra "k" do art. 482 da CLT. Recurso Ordinário 0000656-55.2013.5.15.0002. Relatora Patrícia Glugovskis Penna Martins (grifo nosso).

A relatora do acórdão acima citado entende que o fato é grave, vez que o usuário sabe o alcance das redes sociais, sendo que se deve levar em consideração que mais pessoas, inclusive outros funcionários da empresa, também podem ter acesso à mesma informação multiplicando o potencial lesivo. Segundo a relatora Patrícia Glugovskis Penna Martins, "a liberdade de expressão não permite ao empregado travar conversas públicas em rede social ofendendo a sócia proprietária da empresa, o que prejudicou de forma definitiva a continuidade de seu pacto laboral".

Há que se levar em consideração aspectos relevantes que envolvem a questão. O simples fato de "curtir" determina publicação no Facebook não importa automaticamente a

concordância ou aceitação com o conteúdo explicitado. Pode ser apenas uma singela solidarização de um usuário com outro, por exemplo. No entanto, há também o lado da imagem da empresa e de como ela será avaliada por terceiros que tiverem acesso ao ocorrido.

O "curtir" do Facebook também já é enfrentado pelo direito alienígena. No caso Bland v. Roberts, (12-1671, U.S. Court of Appeals for the Fourth Circuit), houve uma discussão muito interessante, na qual Dany Carter supostamente foi demitido após clicar em "Curtir" em uma foto do adversário de seu chefe, B. J. Roberts, na época das eleições para xerife. Após o término da eleição em 2009, na qual Roberts saiu vitorioso, Carter e mais cinco pessoas foram demitidas por ter apoiado outro candidato, o Sr. Adams. O apoio se caracterizaria pelo fato de que essas pessoas "curtiram" a foto mostrando o candidato adversário do chefe na eleição para o cargo de xerife[4].

A discussão pautou-se na análise da questão se o ato de "curtir" estaria ou não protegido pelo manto da primeira emenda norte americana, que estabelece o direito da liberdade de expressão. Pelo lado do Bland, foi alegado que o "curtir" é expressão protegida pela constituição, vez que é uma expressão verbal, como também é simbólica, assim, o ato de clicar no "curtir" anuncia aos demais usuários que se apoia, aprova ou que se gosta do conteúdo que foi "curtido", sendo que não é porque o "curtir" precisa de apenas um clique do mouse que não está protegido pelos ditames constitucionais, no caso, pela Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América (EUA). Em primeiro grau, o juiz da causa determinou que o "curtir" do Facebook não satisfaz os requisitos para ser considerado liberdade de expressão e por isso não estaria protegido pela primeira emenda da Constituição dos EUA, ou seja, considerou as demissões legais.

A Corte de Apelação, no entanto, entendeu que o "Curtir" do Facebook está protegido pelo direito constitucional da liberdade de expressão e que, portanto, a demissão não pode ser efetivada pelo simples ato de "curtir" uma publicação do Facebook, também por não poder ser possível, a priori, determinar a subjetividade necessária para o pleno entendimento da ação perpetrada[5]. Há, no entanto, diferenças explícitas entre o julgado nos EUA e o no Brasil: lá o "curtir" efetuado pelo funcionário foi em publicação sobre adversário político de seu chefe, que concorria à reeleição. No Brasil, o "curtir" foi em publicação que ofendia a empresa. Há,

---

[4] Maiores informações podem ser obtidas no documento fornecido pelo governo americano disponível em http://www.ca4.uscourts.gov/Opinions/Published/121671.P.pdf (visualizado em 15/08/2015), e também no site http://www.aclu.org/files/assets/bland_v._roberts_appeal_-__facebook_amicus_brief.pdf (visualizado em 15/08/2015).

[5] Íntegra da decisão está disponível no endereço: http://legaltimes.typepad.com/files/usca4-facebook.pdf (visualizado em 15/08/2015).

portanto, um abismo entre os dois casos que não pode ser ignorado. Isso apenas reforça que o "curtir" do Facebook guarda uma subjetividade muito maior do que um julgamento apressado pode concluir.

Guardadas as devidas proporções, há que se ponderar quais seriam as diferenças entre o ato de clicar no "Curtir" no Facebook e de colocar uma placa em frente de sua casa anunciando a mesma coisa. Por exemplo, ao realizar o clique em conteúdo político, qual seria a diferença de se colocar na residência dessa pessoa uma placa manifestando apoio ou o repúdio à mesma matéria? Em ambos os casos o ato teria o alcance de inúmeras pessoas, não sendo possível precisar com exatidão quem tanto teria acesso à informação. No entanto, não há como se questionar que as redes sociais têm um agravante, pois o acesso à informação no mundo virtual ocorre de maneira muito mais simples que no mundo real, portanto a propagação pode ocorrer em velocidade também diferente, na verdade há como ocorrer de forma exponencial e em curtíssimo espaço de tempo.

Pela mesma linha de raciocínio, portanto, o ato de "Curtir" algo no Facebook deveria ser interpretado como livre manifestação do pensamento, livre expressão, direito portanto assegurado pela Constituição, e também sujeito a todas as demais garantias, como a privacidade, isso porque, se a analogia permite a comparação acima exposta, então não há como negar todas as características envolvidas no ato, o que significa que mesmo sendo um simples ato de clicar, expressa na verdade o sentimento e a opinião do usuário a respeito de determinado assunto, implicando na concordância com a publicação original. Cabe então ressaltar que a liberdade de expressão não se exprime apenas e tão somente por meio da fala ou escrita. O direito também se consubstancia com o mero ato simbólico, mesmo que sem expressar qualquer palavra ou que algo seja dito. A conduta pode estar imbuída de elementos suficientes para determinar que se trata de algo que deva ser protegido sob o manto da liberdade de expressão.

Por outro lado, o ato de clicar em "Curtir" no Facebook é algo inerente à própria rede social, corriqueiro. Kosinski, Stillwell e Graepel, publicaram um estudo – Private traits and attributes are predictable from digital records of human behavior (2013)[6] – sobre o que é possível aferir de um simples "Curtir". Estima-se que sejam efetuadas mais de três bilhões de "curtidas" por dia no Facebook. Um ato que à primeira vista representa apenas que o usuário gostou ou concorda com o conteúdo disponibilizado, mas que na verdade pode revelar muito mais do que isso, mesmo que inconscientemente. Segundo o estudo é possível saber com exatidão de 95% a raça da pessoa, com 93% o sexo, com 88% a orientação sexual, a orientação

[6] Íntegra do estudo pode ser encontrado no endereço: http://www-psych.stanford.edu/~knutson/bad/kosinski13.pdf (visualizado em 15/08/2015).

política em 85%, religião com 82% de precisão, além de outros itens que foram analisados, como uso de substâncias proibidas/viciantes (73%), situação atual de um relacionamento (65%), e até mesmo se os pais são separados (60%).

Destarte, como se vê pelo estudo publicado, é possível estabelecer a partir do clique em "Curtir" uma relação de subjetividade com o usuário, determinando então uma linha de pensamento e um perfil deste, até mesmo psicológico. O interessado neste tipo de informação pode determinar as inclinações do usuário e se correspondem ao esperado, por exemplo, dentro do ambiente de trabalho de uma empresa.

Rosen e Wittes (2011, p. 69-71), deram o nome a uma tecnologia de "Planeta Aberto" (tradução livre de Open Planet), um sistema no qual qualquer pessoa terá acesso a qualquer informação de todos os indivíduos, não importando o local onde estão e o que estão fazendo. Segundo os autores, em um primeiro momento a tecnologia seria justificável sob o argumento à persecução de terroristas e criminosos, mas com o passar do tempo esta seria usada para outros fins, inclusive empresariais. E mais, dizem que os recursos para se colocar em prática essa ideia já existem, justamente, por exemplo, por meio das redes sociais, como o Facebook. A questão, então, na visão dos autores, não é se e como a tecnologia e seu uso virá a existir, mas se há violação da constituição, principalmente no tocante à questão da intimidade, vida privada e privacidade e também da livre expressão. Violação esta que entendemos existir, pois não se podem divulgar informações de uma pessoa sem que ela tenha previamente autorizado tal divulgação, tendo em vista seu direito à privacidade, enquanto direito de que informações a seu respeito não sejam levadas ao conhecimento público sem que seja esta a sua vontade.

Chega-se então ao que realmente interessa às empresas. É perfeitamente possível levantar qualquer tipo de informação desejada sobre determinada pessoa por meio de sua atividade dentro na Internet, especificamente em redes sociais, como o Facebook. É inegável que qualquer empresa terá seus próprios interesses a serem resguardados, além de certos objetivos com as demais pessoas, físicas ou jurídicas, com quem mantém contato. Assim, é perfeitamente plausível a argumentação no sentido de que é direito da empresa determinar se uma pessoa corresponde aos seus anseios, de maneira que não venha a ser prejudicada em futuras negociações ou mesmo nos relacionamentos atuais com seus clientes.

Política, religião, orientação sexual, entre outros, podem ser assuntos que tomarão uma dimensão desmedida diante da subjetividade inerente ao ato de clicar o "Curtir" de algo disponibilizado no Facebook. Em que pese ser possível estabelecer o perfil de uma pessoa e suas tendências, conforme o estudo de Kosinski, Stillwell e Graepel, aqui já comentado, isso sem dúvida para ter a acurácia necessária deve ser feito por empresas e profissionais

gabaritados, que tenham profundos conhecimentos sobre todas as questões estatísticas envolvidas para emitir um parecer com a confiabilidade científica esperada. No entanto, não é plausível que qualquer pessoa pense que detenha conhecimento e técnica suficientes para realizar esse tipo de pesquisa e ponderação; não pode o mero proprietário ou o simples chefe de uma empresa querer chegar por si só às mesmas conclusões de um profissional da área realizando solitariamente esse tipo de levantamento de dados.

A Justiça do Trabalho sempre teve preocupação redobrada com os interesses do trabalhador. No 16º Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (16º Conamat), realizado em João Pessoa, na Paraíba, nos dias 1 a 4 de maio de 2012, aprovou a seguinte tese, também aplicável aos demais agentes e servidores públicos:

> DADOS PESSOAIS E SENSÍVEIS DO TRABALHADOR. USO E TRATAMENTO. VEDAÇÃO. Os dados pessoais do trabalhador e aqueles sensíveis, referentes à opção religiosa, sexual, filosófica, partidária, entre outros, são protegidos constitucionalmente (arts. 5º, X e XII) e por lei (art. 43 do CDC e Lei 12.414/2011, aplicados analogicamente ao Direito do Trabalho). Por isso, em regra, não podem ser usados nem tratados, sem o consentimento do trabalhador, para fins diversos aos que se destinam.

Pode-se argumentar se o acesso e a interação realizado no Facebook foi realizado no horário de serviço ou não, o que poderia tirar a característica da privacidade e, portanto, estariam afastados os direitos e as garantias da Constituição. A lógica determina que mesmo que a rede social tenha sido acessada durante o horário de trabalho o ato praticado não pode perder as proteções da Norma Magna, caso contrário, por exemplo, estaria justificada a quebra do sigilo telefônico de uma ligação efetuada dentro da empresa e em horário de serviço.

O “Curtir” do Facebook está protegido pelos ditames constitucionais e não pode ser usado como justificativa para a não contratação ou demissão de um trabalhador e, *a priori*, está abarcado pelo princípio da liberdade de expressão. *A priori*, pois, é sabido que nenhum princípio está acima de todos os outros e, portanto, mesmo a liberdade de expressão está sujeita ao controle, justamente para que aquele que se sentir ofendido ou prejudicado possa ser devidamente ressarcido. Importante ressaltar que a subjetividade inerente a tal ato inviabiliza qualquer atitude que se queira tomar contra a pessoa que o praticou, vez que é impossível determinar a real intenção do sujeito pela mera realização de um clique em uma página de rede social. Destarte, não se vislumbra a possibilidade de qualquer punição de um usuário que clicou no “Curtir”, a não ser que se leve em consideração outros atos, desde que praticados conjuntamente, como por exemplo, o compartilhamento das informações ou mesmo a realização de comentários que possam vir a caracterizar uma ofensa. Deste modo restaria

conformado o *animus* do agente que configuraria a subjetividade necessária para a reprimenda judicial.

CONCLUSÃO

As redes sociais, em especial o Facebook, estão ganhando proporções que ultrapassam até mesmo o esperado por seus criadores. Com a imensa quantidade de dados disponível para qualquer pessoa, fica fácil que especialistas consigam garimpar qualquer tipo de informação, inclusive o perfil psicológico e as inclinações políticas, religiosas, entre outros, de uma pessoa específica.

Certamente o usuário não pode exigir dos demais privacidade sobre o que foi publicado, haja vista isso ser mera deliberalidade própria, ou seja, se colocou algo na rede social foi porque assim quis e, portanto, deve ter consciência de que essa publicação estará disponível para qualquer outra pessoa visualizar. Assim também o é com o "Curtir", que inclusive é publicado para todos as pessoas que estão inter-relacionadas com o autor instantaneamente, dando conhecimento sobre o ato praticado. Não é razoável, assim, imaginar que o "Curtir" de algo publicado no Facebook tenha privacidade.

O problema é que o usuário nem sempre tem noção ou pensa a respeito de que um simples "Curtir" no Facebook tornará possível a análise de sua vida. Uma mera charge política que tenha sido "curtida" pode representar aos olhos de outra pessoa que há uma concordância explícita, por exemplo, contra o atual governo e suas opções administrativas. Tal ato pode não estar de acordo com o posicionamento de uma empresa, o que na prática inviabilizaria a contratação desta pessoa ou poderia causar sua demissão caso já estivesse trabalhando. Certamente a empresa não pode obstar a contratação de alguém ou mesmo realizar sua demissão baseada apenas no que foi "curtido" dentro de uma rede social, pois isso sem dúvida alguma evidencia preconceito. Para sustentar tais atos a empresa deve realizar a análise com a devida subjetividade do caso, levando em consideração o que a pessoa realmente quis dizer ao "curtir" a informação disponível. Obviamente, todos os que se sentirem lesados devem recorrer à Justiça para assegurar seus direitos.

Na verdade, poucas pessoas levam as redes sociais tão a sério a ponto de que seus atos sejam verdadeira e meticulosamente calculados. Para a imensa maioria dos usuários as redes sociais não passam de um mero ponto de encontro com outras pessoas, algo que pode nunca ocorrer presencialmente, ou seja, trata-se de um simples local no qual podem trocar ideias e debater assuntos dos mais variados.

Um paralelo pode ser feito com o “papo de boteco”. Dentro das redes sociais o usuário se sente à vontade para desabafar, realizar críticas ou defender seu ponto de vista, sem ficar pensando em qualquer consequência mais séria para seus atos. Inobstante, um simples clique em “Curtir” não terá qualquer significado maior para esta pessoa além do fato de que realmente gostou, naquele momento, do que viu, e ninguém pode dizer com certeza qual a carga de subjetividade e o motivo inerente ao indivíduo que o levou a gostar daquilo. Não significa na prática, por exemplo, que “curtindo” uma charge política essa pessoa esteja concordando com a crítica política dela constante. Pelo contrário, pode ocorrer desta pessoa ser totalmente favorável aos governantes criticados pela charge, mas “curtiu” a publicação pelo simples fato de tê-la achado engraçada. Nada mais.

Como visto, pessoas gabaritadas e especializadas podem traçar um perfil do usuário, apenas e tão somente com suas atividades de “Curtir” as publicações realizadas no Facebook. No entanto, tal prática exige conhecimento técnico elevado e não serve como demonstrativo científico se realizado por pessoas inexperientes, que apenas coletam e somam a informação, sem nenhum tipo de análise mais profunda.

Nesse ínterim não é razoável que uma empresa possa basear a contratação ou demissão de alguém baseado em atos praticados em redes sociais, principalmente por meio de análise do que a pessoa está ou não “curtindo”. As proteções constitucionais de intimidade, vida privada e privacidade se aplicam inclusive para estes casos, principalmente porque não é possível saber com exatidão o que alguém realmente quer dizer apenas pelo “Curtir”, haja vista a enorme carga de subjetividade inerente à esta atividade. A liberdade de expressão juntamente com a privacidade de pensamento e o respeito à opinião da pessoa devem estar acima dos interesses empresariais.

Também não é razoável supor que o “Curtir” efetuado por uma pessoa sem quaisquer outras demonstrações que permitam uma análise mais apurada dos atos possam levar a qualquer reprimenda ou reparação por vias judiciais. Em que pese uma “curtida” deixar claro que o usuário concorda com a informação divulgada, não há como saber sem informações adicionais quais as reais motivações que o levaram a concordar com tal ato ou mesmo o que ele realmente pretendeu quando “curtiu” a publicação em questão.

Por fim, sem dúvida é uma época na qual os meios virtuais estão sendo supervalorizados. É óbvio que o mundo virtual propicia enormes vantagens, como o aprendizado por EaD (Ensino a Distância), realização de tarefas mais rapidamente, compartilhamento de conhecimento, comunicação com parentes e amigos de forma instantânea ainda que estejam separados por enormes distâncias etc. No entanto, nem tudo deve ser

considerado como algo sério, pelo contrário, há situações nas quais deve-se levar em conta o aspecto informal, principalmente o propiciado pelas redes sociais, nas quais a maioria das pessoas vencem barreiras de inibição por justamente não haver qualquer contato entre os integrantes. Em que pese tais novas tecnologias serem usadas para a realização de inúmeras atividades, inclusive comerciais, a ampla maioria dos atos praticados não devem ser levados a sério. Tais tecnologias ainda são muito recentes e, portanto, os usuários também não estão totalmente acostumados com as práticas comportamentais admitidas, sendo que sequer existe uma regra específica, apenas o moralmente aceitável perante a sociedade – o que já é por si só um grande problema, em virtude da forte miscigenação e pluralidade cultural presente na Internet –, assim, só pode haver atuação do poder judiciário nos casos em que restar configurado, com certeza, toda a carga subjetiva necessária para que seja possível realizar a condenação do agente que infringiu alguma lei.

REFERÊNCIAS

ACLU. **Brief of Facebook, inc. as amicus curiae in support of plaintiff-appellant Daniel Ray Carter, Jr. and in support of vacatur**. Appeal from the United States District Court for the Eastern District of Virginia, No. 4:11-cv-00045-RAJ-TEM. Disponível em: <https://www.aclu.org/files/assets/bland_v._roberts_appeal_-__facebook_amicus_brief.pdf>. Acesso em: 15 ago 2015.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Malheiros Editores Ltda. São Paulo: 2009.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

Associação Nacional Dos Magistrados da Justiça do Trabalho. **XVI Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho**. Disponível em: <www.conamat.com.br /tesesaprovadasconamat.asp>. Acesso em: 15 ago 2015.

CONESA, Fugencio Madrid. **Derecho a la intimidad, informática y Estado de Derecho**. Valencia: Universidad de Valencia, 1984.

GAJDA, Amy. What if Samuel D. **Warren hadn't married a senator's daughter?: uncovering the press coverage that led to "the right to privacy"**. Michigan: Michigan State Law Review, 2008.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**, Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre; Editor Sérgio Antônio Fabris, 1991.

HOUAISS, Antonio. VILLAR, Mauro de Salles. MELLO FRANCO, Francisco Manoel de. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2004.

HUBMANN, Heinrich. **Das Persönlichkeitsrecht**. Köln-Münster: Bohlau-Verlag, 1953.

KOSINSKI, Michal. STILLWELL, David. GRAEPEL, Thore. Private traits and attributes are predictable from digital records of human behavior. **Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America**. Disponível em <http://www.pnas.org/content/early/2013/03/06/1218772110.full.pdf+html>. Acesso em 15 ago 2015.

LA CUEVA, Pablo Lucas Murillo de. **El derecho a la autodeterminación informativa**. Madrid: Editora Tecnos S/A, 1990.

LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución**. Madrid: Editora Tecnos S/A, 2010.

MENDES, Gilmar. Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gonet Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito e Jornalismo**, São Paulo: Ed. Verbatim, 2011.

ROSEN, Jeffrey. WITTES, Benjamin. **Constitution 3.0: freedom and technological change**. Washington: Brookings Institution Press, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Jurisdição e Direitos Fundamentais: anuário 2004-2005**. AJURIS. v. I. Tomo II. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**, 5ª Ed., São Paulo: Editora Saraiva.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 23ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

United States Court of Appeals for the Fourth Circuit. **No. 12-1671**. Disponível em: <http://www.ca4.uscourts.gov/Opinions/Published/121671.P.pdf>. Acesso em 15 de ago 2015.

United States Court of Appeals for the Fourth Circuit. **No. 12-1671**. Disponível em: <http://legaltimes.typepad.com/files/usca4-facebook.pdf>. Acesso em 15 de ago 2015.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Preconceito e Dano Moral. Ser chamado de homossexual não configura injúria, difamação e/ou dano moral**. In: GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida (org.). Responsabilidade Civil II, 2º Vol., São Paulo: Ed. Fiuza, 2013, pp. 257-287.

WARREN, Samuel Dennis. BRANDEIS, Louis Dembitz. **The Right to Privacy**. Havard Law Review. Vol. IV. December 15, 1890. Nº 5. Disponível em: <http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy_brand_warr2.html>. Acesso em: 15 de ago 2015.