

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO E INOVAÇÃO**

Marina Giovanetti Lili Lucena

A TUTELA JURÍDICA DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NO BRASIL:

Conceito e aplicação no STJ e STF

**Juiz de Fora
2018**

Marina Giovanetti Lili Lucena

A TUTELA JURÍDICA DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NO BRASIL:

Conceito e aplicação no STJ e STF

Dissertação apresentada ao Programa de Pós- Graduação *Stricto Sensu* em Direito e Inovação, da Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito. Linha de pesquisa Direito Humanos e Inovação.

Orientador: Prof. Dr. Denis Franco Silva.

Coorientador: Prof. Dr. Sérgio Marcos Carvalho de Ávila Negri.

**Juiz de Fora
2018**

Ficha catalográfica elaborada através do programa de geração automática da Biblioteca Universitária da UFJF, com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

Lucena, Marina Giovanetti Lili.

A tutela jurídica do direito ao esquecimento no Brasil : conceito e aplicação no STJ e STF / Marina Giovanetti Lili Lucena. -- 2018.
146 f.

Orientador: Denis Franco Silva

Coorientador: Sérgio Marcos Carvalho de Ávila Negri

Dissertação (mestrado acadêmico) - Universidade Federal de Juiz de Fora, Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2018.

1. Direito ao esquecimento. 2. Privacidade. 3. Informação. 4. Rede de dados. I. Silva, Denis Franco, orient. II. Negri, Sérgio Marcos Carvalho de Ávila, coorient. III. Título.

Marina Giovanetti Lili Lucena

A TUTELA JURÍDICA DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NO BRASIL:

Conceito e aplicação no STJ e STF

Dissertação apresentada ao Programa de Pós- Graduação *Stricto Sensu* em Direito e Inovação, da Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Aprovada em: 04/03/2018

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Denis Franco Silva (Orientador)
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Dr. Sérgio Marcos Carvalho de Ávila Negri (Coorientador)
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof^a. Dra. Elizabete Rosa de Mello
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Dr. Sérgio Vieira Branco Júnior
Grupo IBMEC

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos aqueles que contribuíram, em maior ou menor medida, para a elaboração desse trabalho.

Aos professores Denis Franco Silva e Sérgio Marcos Carvalho de Ávila Negri, pela imprescindível orientação e pelas valiosas sugestões.

À CAPES, pelo apoio financeiro de valor inestimável para a continuidade dessa pesquisa.

À Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF), pelo suporte e ensinamentos desde a graduação.

Ao programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito e Inovação da UFJF.

À Università degli Studi di Camerino (UNICAM) e à professora Maria Cristina de Cicco, por terem despertado em mim, definitivamente, o amor à pesquisa e ao direito ao esquecimento.

Aos meus amigos, pela presença, ainda que não física, nos melhores e piores momentos. Vocês são meu suporte e sou grata por ter encontrado pessoas tão especiais ao longo do caminho.

Por fim, agradeço à minha família, pelo apoio e amor incondicionais. Reconheço e sou grata pela compreensão e pela confiança que depositam em mim e nas minhas escolhas, desde sempre.

“Una memoria es una invitación a la intimidad de otra persona.”

Isabel Allende

RESUMO

Na contemporaneidade, os indivíduos estão inseridos na sociedade da comunicação, caracterizada pelo enorme fluxo de informações disponibilizadas e transmitidas pelo mundo inteiro, sem barreiras temporais ou territoriais. O desenvolvimento da internet propiciou a formação de redes de dados mais amplas e acessíveis. Nesse contexto, é comum a utilização de dados pertencentes ao passado do indivíduo, o qual muitas vezes já está, por ele, superado. O assunto do presente trabalho abarca instituto apto a proteger a pessoa humana e o seu livre desenvolvimento na sociedade atual, qual seja, o direito ao esquecimento. A questão cerne é se essa rede de dados pode armazenar informações em um espaço de tempo indefinido e, também, se esses dados podem ser republicados a qualquer tempo. O direito ao esquecimento visa coibir a veiculação de informações pretéritas, que digam respeito a questões privadas da pessoa, a partir de alguns critérios. Este trabalho investigou como o direito ao esquecimento vem sendo disciplinado no Brasil. Analisou-se o conceito em tela de acordo com os fundamentos jurídicos brasileiros contemporâneos, conceituando-o com base na doutrina e jurisprudência pátrias. Foram analisados os critérios normalmente utilizados para propiciar sua aplicação, bem como sugeridos outros que sejam aptos a justificar a sua aplicação nos casos concretos. O estabelecimento de critérios se mostra de extrema relevância para permitir a aplicação justa e equilibrada desse direito, sem prejudicar a liberdade de expressão ou a memória nacional.

Palavras-chave: Direito ao esquecimento. Privacidade. Informação. Rede de dados.

ABSTRACT

Nowadays individuals are embedded in the communication society, which is characterized by the enormous flow of information made available and transmitted worldwide, without temporal or territorial barriers. The development of the Internet has fostered the formation of broader and more accessible data networks. In this context, the use of old data from an individual's past is not unusual, a past which is often overcome. The aim of this paper encompasses an institute capable of protecting the human person and their free development in today's society, namely, the right to be forgotten. The question to be posed is whether this data network can store information over an indefinite period of time and whether that data can be republished at any time. This right is aimed at preventing the disclosure of past information that concerns a person's private affairs, in the presence of certain criteria. The purpose of this work is to investigate how the right to be forgotten has been regulated in Brazil. Therefore, it will be analyzed according to the present Brazilian legal grounds for its protection. Then it will be conceptualized based on the country's doctrine and jurisprudence. The commonly used criteria to provide its enforcement will also be analyzed, as well as others that may be used to justify its enforcement in specific cases. Setting criteria is extremely relevant to allow a fair and balanced enforcement of this right, without harm to freedom of expression or national memory.

Keywords: Right to be forgotten. Privacy. Information. Data Network.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABERT	Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão
ABRAJI	Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo
AgRg	Agravo Regimental
ADI / ADIn	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ANEL	Associação Nacional dos Escritores de Livros
ANERJ	Associação Nacional de Editores de Revista
ANJ	Associação Nacional de Jornais
Art.	Artigo
CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CE	Conselho da Europa
CF	Constituição Federal
CJF	Conselho da Justiça Federal
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
GDPR	Regulamentação Geral de Proteção de Dados da União Europeia
HC	<i>Habeas Corpus</i>
IBCCRIM	Instituto Brasileiro de Ciências Criminais
IBDCIVIL	Instituto Brasileiro de Direito Civil
INSPER	Instituto de Ensino e Pesquisa
ITS RIO	Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro
L.	Lei
Ltda.	Limitada
MCI	Marco Civil da Internet
Min.	Ministro
MP	Ministério Público
n.	Número
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
p.	Página
PL	Projeto de Lei

RE	Recurso Extraordinário
Resp	Recurso Especial
RHC	Recurso em <i>Habeas Corpus</i>
RMS	Recurso em Mandado de Segurança
S.A.	Sociedade Anônima
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça
UE	União Europeia

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 CONTEXTO HISTÓRICO E TEÓRICO DE DESENVOLVIMENTO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO.....	15
2.1 DIREITOS DA PERSONALIDADE.....	15
2.1.1 Direito à privacidade	19
2.1.2 Direito à honra.....	22
2.1.3 Direito à imagem.....	24
2.1.4 Direito ao nome e à identidade pessoal	27
2.1.5 Direito autônomo ou concretização do direito à privacidade?	29
2.2 SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E SURGIMENTO DA INTERNET	31
2.3 CASOS PARADIGMÁTICOS	34
2.3.1 Caso Lebach	38
2.3.2 Caso <i>Google Spain</i>	39
3 DIREITO AO ESQUECIMENTO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	41
3.1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	42
3.1.1 Dignidade da Pessoa Humana	42
3.1.2 <i>Habeas Data</i>	53
3.2 LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL	54
3.2.1 Código de Defesa do Consumidor.....	55
3.2.2 Marco Civil da Internet	56
3.2.3 Lei de Acesso à Informação	57
3.2.4 Projetos de Lei.....	58
4 DIREITO AO ESQUECIMENTO NA DOUTRINA BRASILEIRA	60
4.1 CRÍTICAS AO DIREITO AO ESQUECIMENTO	60
4.2 A QUESTÃO DA MEMÓRIA	64
4.2.1 Memória e esquecimento	64
4.2.2 Memória coletiva e individual.....	67
4.3 CONCEITO DOUTRINÁRIO	70
4.3.1 Enunciados do CJF.....	73
4.3.2 Desindexação	76
4.4 CRITÉRIOS SUGERIDOS	78
4.4.1 Razoável lapso temporal	80
4.4.2 Ausência de interesse público	81
4.4.3 Potencial dano	84
4.4.5 Preservação da memória.....	85

4.4.6 Veracidade da informação.....	85
4.4.7 Análise da forma da rememoração.....	86
4.4.8 Preservação, no maior âmbito possível, dos direitos da personalidade.....	87
5 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DIREITO AO ESQUECIMENTO	91
5.1 CASO CHACINA DA CANDELÁRIA	93
5.2 CASO AIDA CURI.....	102
5.3 CASO CORONEL USTRA	108
5.4 CASO ATENTADO DE GUARARAPES.....	111
5.5 CASO <i>GOOGLE BRASIL</i>	115
5.6 DIFERENCIAÇÃO ENTRE MÍDIA TELEVISIVA E INTERNET.....	120
5.7 OS INFORMATIVOS DE JURISPRUDÊNCIA.....	122
6 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DIREITO AO ESQUECIMENTO.....	124
6.1 RECURSO EXTRAORDINÁRIO CASO AIDA CURI E CONSEQUENTE AUDIÊNCIA PÚBLICA.....	124
6.2 BIBLIOGRAFIA, LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA	130
7 CONCLUSÃO	136

1 INTRODUÇÃO

Recentemente tem se tornado mais disseminada a discussão, no mundo jurídico, relativa à utilização de informações pessoais antigas. O aumento do interesse nesses dados ocorre no mundo atual fortemente influenciado pelo uso da tecnologia. O desenvolvimento de tecnologias de comunicação e informação, principalmente no que tange à internet, possibilitou a formação de redes de dados ilimitadas e, em muitos casos, de acesso público.

Uma característica das sociedades contemporâneas é o chamado superinformacionismo, a busca e a exposição constante a um volume crescente de informações, com maior velocidade. Diante desse contexto inovador, questiona-se qual o sentido e alcance normativo do direito à privacidade e em que dimensões esse se manifesta?

A imposição de uma nova realidade fática, marcada pelas facilidades de armazenar, compartilhar e acessar informações, afeta a própria noção de tempo lógico. Isso ocorre em razão da dificuldade de classificação de dados em passados ou atuais, considerando que todos são armazenados e podem ser sempre lembrados. Ganha destaque a ideia do “direito ao esquecimento” no que se refere a informações antigas.

Atualmente, informações e imagens pretéritas podem ser utilizadas a qualquer tempo, sem o consentimento ou mesmo o conhecimento do titular do dado. Nesse contexto, o presente trabalho busca perquirir se o mecanismo de proteção da privacidade, comumente chamado de direito ao esquecimento, encontra respaldo no ordenamento jurídico pátrio atual, a despeito da não existência de legislação específica. Em outras palavras, se essa rede quase infinita de dados pode armazenar informações em um espaço de tempo indefinido e, também, se esses dados podem ser republicados a qualquer tempo, sem o consentimento do titular.

Nesse contexto tecnológico, percebe-se o surgimento de fenômeno social relacionado com a tensão entre as dimensões pública e privada. A internet, maior instrumento de conectividade mobilizado pela sociedade de informação constituída no século XXI, propicia situações nas quais há uma maior ingerência na privacidade individual. Essa ferramenta, popularizada pelo barateamento dos computadores e dos planos de conexão, permite a criação de um banco de dados permanente. Nesses bancos de dados, há informações, pessoais e públicas, que podem ser disponibilizadas e acessadas por qualquer usuário dessa tecnologia.

Apresenta-se, assim, a relevância do direito ao esquecimento e de uma reflexão sobre se os dados podem ser armazenados por tempo indeterminado. Haveria, para além de um direito do indivíduo a ser deixado sozinho, um direito a ser esquecido?

É válido um exemplo trazido por Anna Masera e Guido Scorza (2016) para esclarecer, desde logo, qual discussão será abordada com relação ao direito ao esquecimento. M.B. foi um terrorista na juventude. Anos depois, tornou-se professor universitário. No entanto, nas pesquisas *online* sobre seu nome, sempre se vinculava o seu passado. Conseqüentemente, ele era sempre visto socialmente na perspectiva antiga, como um terrorista. Em 2012, M.B. ingressou com pedido em um centro de arquivos italianos sobre terrorismo, solicitando que fosse cessada a divulgação dos dados que o retratavam como brigadista, já que essa vinculação trazia sentido negativo ao seu nome e à sua pessoa. Essa vinculação a fatos que ocorreram há mais de 30 anos era violadora de direitos, segundo M.B. Até mesmo porque ele já havia cumprido a pena imposta e já tinha saldado sua dívida com a sociedade (MASERA; SCORZA, 2016, p. 69-70). Logo, a discussão visa estabelecer se dados do indivíduo podem ser mantidos indefinidamente e, além disso, se poderão ser redivulgados.

O intuito desse direito, portanto, é “a proteção temporal das informações, que, em virtude da sua falta de utilidade e contemporaneidade, se insere em campo de proteção individual” (MARTINEZ, 2014, p. 94). As citadas falta de atualidade e contemporaneidade, dentre outras, podem ser vistas como requisitos para a aplicação do direito ao esquecimento, o que será analisado ao longo deste trabalho.

Paira sobre o direito ao esquecimento grande divergência doutrinária. Os autores discordam sobre temas que vão desde a sua existência e proteção pelo ordenamento pátrio até a definição de seu conceito. Em razão disso, o objetivo geral deste trabalho é analisar a existência do direito ao esquecimento no Brasil. O intuito é delimitar o conceito e os critérios de aplicação desse direito, em parte da doutrina e nos tribunais superiores brasileiros, o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Tratar do direito ao esquecimento atualmente no Brasil é um grande desafio, o qual esse trabalho busca, em parte, enfrentar. A presente pesquisa se justifica precisamente nesse contexto de grandes incertezas com relação ao significado, alcance, aplicabilidade e efetividade do direito ao esquecimento hoje.

Muitos pesquisadores chegam a negar a existência de tal direito, principalmente em razão da possibilidade de limitação de liberdades comunicativas que a aplicação do direito ao esquecimento possa vir a engendrar. Defende-se que, muitas vezes, os impedimentos que são vinculados à existência do direito ao esquecimento não se justificam, já que não se relacionam ao âmbito de atuação no qual ele efetivamente pretende se inserir.

Há desacordo também com relação ao campo de aplicação do direito ao esquecimento. Por vezes ele é aplicado a programas televisivos, revistas e jornais, enfim, à mídia impressa e

audiovisual. Em outros casos, se aplica à internet, principalmente no que tange a desindexação (desvinculação de um nome a um termo na pesquisa do buscador). Na internet esse direito ganha contornos totalmente novos, se tornando ainda mais difícil sua efetividade com relação à aplicação técnica da exclusão ou desvinculação.

Confunde-se muito a exclusão de fatos e dados isolados com a exclusão da história nacional. A adoção do direito ao esquecimento não significa o apagamento de fatos e eventos que compõem a memória nacional. Portanto, não pode ser interpretado como uma modalidade de censura e cerceamento de informações de interesse coletivo. Qualquer tentativa nesse sentido deve ser rechaçada, pois em nada contribuirá para a construção de uma sociedade democrática e informada. O que se pretende com a utilização desse direito é apenas preservar a intimidade do indivíduo, ameaçada por uma sociedade na qual tudo se vê, se sabe e se divulga.

A amplitude do direito em tela ocorre ainda em razão da variabilidade de sua aplicação. Ele pode ser aplicado ao acusado de crime; à pessoa condenada que já pagou pelo seu crime; à vítima do delito. Pode ser mobilizado por pessoas consideradas anônimas ou famosas. Por fim, além dos titulares das informações, tal direito abarca os familiares que desejam preservar a memória de titular falecido.

Existentes tantas dificuldades e desafios com relação ao direito ao esquecimento, é cabível o questionamento da necessidade desse direito. Trazer conceitos, análises e critérios com relação a ele é trabalhoso. Um trabalho necessário, porém. A grande capacidade de armazenamento de dados antigos traz a necessidade de analisar a aplicação desse direito, que é um dos instrumentos capazes de efetivar a tutela da pessoa e de sua personalidade na sociedade informacional. O Direito e o Judiciário não podem se furtar desse trabalho e estudo. Todos os desafios com relação a esse direito podem e devem ser superados, inclusive com análises interdisciplinares com a Comunicação Social e Informática.

Esse trabalho está estruturado a partir de uma revisão bibliográfica que possibilitará o desenvolvimento de uma pesquisa qualitativa. Será empregada metodologia dedutiva, já que através das fontes bibliográficas, em conteúdo analisado de forma indireta, visa-se chegar à conclusão sobre o conceito e os critérios para aplicação do direito ao esquecimento no Brasil atualmente.

Inicialmente, é abordado o contexto de surgimento do direito ao esquecimento. Para entender as circunstâncias que propiciaram seu maior desenvolvimento na atualidade, serão exploradas as características da sociedade da informação, com destaque para o surgimento e ampliação do uso da rede de computadores.

Em razão de tal direito ser enquadrado, majoritariamente, como um direito da personalidade, será analisado o desenvolvimento dessa categoria, englobando motivação e momento histórico. Serão ainda examinados alguns direitos da personalidade em espécie, intitulados direitos morais. O enfoque particularizado desses direitos se justifica porque uma das questões iniciais do direito ao esquecimento diz respeito à análise da sua autonomia ou de seu enquadramento em outro direito da personalidade, a privacidade. Em razão disso, será abordado, brevemente, o desenvolvimento do direito à privacidade, desde a sua origem, como *the right to be let alone* de Warren e Brandeis, para o direito à autodeterminação informativa na sociedade da vigilância, descrito por Stefano Rodotà (2008).

O trabalho pretende concretizar análise sobre o direito ao esquecimento no âmbito brasileiro, de acordo com doutrina e jurisprudência nacionais. Por isso, as referências de outros países são pontuais, utilizando apenas exemplos da União Europeia, cujo modelo se assemelha ao brasileiro. Sua legislação, com relação à proteção de dados, é mais avançada, podendo orientar a normatização no Brasil. Assim, são analisados dois casos paradigmáticos ocorridos na Alemanha e Espanha.

Apesar do direito ao esquecimento ser assunto atual no meio jurídico pátrio, não há uma lei que regule expressamente esse direito. No entanto, argumenta-se que, a despeito da lacuna legislativa, sua existência e proteção podem ser inferidas a partir do ordenamento pátrio, como forma de concretizar a proteção da pessoa na atualidade. Para isso, são consideradas fontes diretas, como a Constituição Brasileira de 1988, incluindo a análise necessária da dignidade da pessoa humana. Serão abarcadas também as legislações infraconstitucionais atuais, que aplicam formas jurídicas de esquecimento, quais sejam: o Código de Defesa do Consumidor, Marco Civil da Internet e Lei de Acesso à Informação. Por fim, serão ainda citados projetos de lei que visam à proteção desse direito ou à proteção de dados, no geral.

Trata-se ainda do direito ao esquecimento na doutrina brasileira, enfrentando os argumentos normalmente apresentados para demonstrar que esse direito não existe no ordenamento pátrio. Uma das maiores críticas com relação a ele diz respeito à sua imprecisão. Conseqüentemente, são abordados os conceitos normalmente elencados pela doutrina, incluindo seu reconhecimento doutrinário nas jornadas de direito civil promovidas pelo Conselho da Justiça Federal. Além disso, são enumerados os critérios que se consideram mais importantes para concretizar a aplicação do direito a ser esquecido nos casos concretos.

Por fim, restou delineada a previsão desse direito nas decisões constantes em nossos Tribunais Superiores, o STJ e o STF. O objetivo era o de analisar a aceitação do direito ao

esquecimento na jurisprudência nacional, bem como os argumentos utilizados para justificar a sua aplicação. O STJ tem, até o momento de elaboração desse trabalho, 5 (cinco) decisões que tratam efetivamente do direito ao esquecimento. O STF ainda não julgou nenhuma ação, mas apresenta posicionamento semelhante sobre temas, além de haver realizado, em meados de 2017, audiência pública acerca da aceitação do direito ao esquecimento na esfera cível.

Com isso pretendeu-se, ao final do trabalho, chegar a conclusões com relação a três aspectos principais. O primeiro é a análise se o direito ao esquecimento se sustenta como direito da personalidade autônomo no nosso ordenamento ou se na verdade se apresenta como desenvolvimento do direito à privacidade. Posteriormente, com a análise de doutrina e jurisprudência nacionais, o intuito é visualizar quais são as características para que o direito ao esquecimento exista com essa denominação. Por fim, busca-se estabelecer os critérios para sua aplicação. O objetivo principal do presente trabalho, portanto, é estabelecer, com base na doutrina e julgamentos já realizados em âmbito nacional, qual é a definição, o sentido e o alcance do direito ao esquecimento hoje no Brasil.

2 CONTEXTO HISTÓRICO E TEÓRICO DE DESENVOLVIMENTO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

O direito ao esquecimento é normalmente classificado pela doutrina como espécie de direito da personalidade. Por isso, foi realizada análise dessa categoria, incluindo seu contexto de desenvolvimento. Após, foi definido se o melhor enquadramento do direito ao esquecimento é como direito da personalidade autônomo ou se ele deve ser visualizado como forma de manifestação da privacidade.

O direito ao esquecimento não é construção recente, apesar de sua aplicação ter sofrido modificações qualitativas e quantitativas nos últimos anos. Por essa razão ele foi analisado no contexto social e tecnológico que propiciou seu desenvolvimento, bem como a partir de julgados paradigmáticos sobre o tema.

2.1 DIREITOS DA PERSONALIDADE

Os direitos da personalidade se configuram como uma categoria, denominada direitos subjetivos¹, que buscam precipuamente a proteção do indivíduo enquanto pessoa. Assim, todas as pessoas são titulares de personalidade², tida como a “[...] suscetibilidade de ser titular de direitos e obrigações” (DE CUPIS, 2008, p. 19). No ordenamento brasileiro, a personalidade jurídica é tratada no art. 2º do Código Civil³. Aos indivíduos, dotados de personalidade, o ordenamento jurídico concede a chamada capacidade de direito, ou seja, a condição estática do sujeito que titulariza direitos e deveres no ordenamento jurídico brasileiro.

Podem ser conceituados como “[...] aqueles direitos que constituem o *minimum* necessário e imprescindível ao conteúdo da personalidade, sendo próprios da pessoa em si, como ente humano existente desde o seu nascimento” (DE FARIAS, 2008, p. 119).

¹ Para Pierlingieri, “o direito subjetivo é, afirma-se usualmente, o poder reconhecido pelo ordenamento a um sujeito para a realização de um interesse próprio do sujeito” (2007, pg. 120). Afirma ainda que, apesar de ter sido elaborado para suprir o interesse individual, deve cumprir a função de solidariedade social (2007, p. 121). De Cupis também se atenta para a fisionomia necessariamente social que deve nortear a aplicação dos direitos subjetivos (2008, p. 22).

² De Cupis argumenta ainda que a personalidade é o pressuposto e fundamento dos direitos e obrigações jurídicas (2008, p. 21).

³ Art. 2º, CC: A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

A proteção conferida pelos direitos de personalidade se estende a todas as pessoas, sem distinção de qualquer natureza⁴. Emana do próprio indivíduo, simplesmente por ser pessoa. Tais direitos recebem essa denominação porque visam defender a pessoa, em seus valores essenciais. De Cupis argumenta que esses direitos têm especial função, já que constituem o mínimo essencial para que a pessoa exista como tal, sendo a “[...] medula da personalidade” (2008, p. 24).

Tal categoria de direitos se origina da dignidade da pessoa humana, princípio balizador do nosso ordenamento jurídico e que coloca a pessoa no centro do ordenamento, presente na Constituição Brasileira, artigo 1º, III⁵. Assim, a pessoa não pode ser instrumentalizada, pensamento já presente desde Kant⁶, sendo um fim em si mesma. A questão referente à dignidade da pessoa humana será abordada com mais ênfase no capítulo 3.

A doutrina⁷ costuma dividir os direitos da personalidade nos seguintes aspectos: físicos, morais e intelectuais. Seriam aspectos da vida essenciais ao indivíduo, sem os quais sua personalidade restaria esvaziada. Os físicos seriam aqueles com relação ao direito ao próprio corpo, incluindo sua disposição e modificação. Os morais abarcariam questões como a liberdade, recato, honra, imagem e identidade pessoal. Ainda existiria a categoria dos direitos intelectuais, que diriam respeito à liberdade criativa e de criação dos autores e inventores de todo o gênero. Desde já importa esclarecer que o enfoque do presente trabalho permitirá somente a análise dos direitos de cunho moral.

Os direitos da personalidade, portanto, buscam concretizar a proteção mais ampla possível da pessoa humana. Protegem os “elementos intrínsecos à pessoa como tal, em toda a sua complexidade natural e histórica, racional e emocional, [...] fundamentais para garantir a felicidade humana” (MELLO, 2006, p. 73). Assim, servem para fazer cessar e coibir ações contra a pessoa, sejam elas originárias do Estado ou de particulares.

⁴ Essa aplicação dos direitos da personalidade a todos os indivíduos concretiza o princípio da igualdade, estabelecido no *caput* do artigo 5º. Significa que todos, pela simples condição de seres humanos, são titulares dos direitos da personalidade, independentemente de quaisquer características.

⁵ Art. 1º, CF: 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.

⁶ Immanuel Kant, durante sua obra, trata do conceito de imperativos categóricos. Logo, há “a exigência de que o ser humano jamais seja visto, ou usado, como um meio para atingir outras finalidades, mas sempre seja considerado como um fim em si mesmo. Isto significa que todas as normas decorrentes da vontade legisladora dos homens precisam ter como finalidade o homem, a espécie humana enquanto tal. O imperativo categórico orienta-se, então, pelo valor básico, absoluto, universal e incondicional da dignidade humana.” (DE MORAES, 2006, p. 12).

⁷ A doutrina mais tradicional, a exemplo de Adriano De Cupis, já traz essa divisão, que permanece até hoje, como é perceptível através da obra de Francisco Amaral (2008, p. 283). Ainda é perceptível essa divisão em Costa Júnior (2007, p. 58/59), que trata dos direitos de personalidade em sua natureza moral e física, ocorrendo a proteção no aspecto mais amplo da personalidade.

No entanto, apesar de se tratar de categoria de aceitação pacífica e com ampla aplicação pela jurisprudência, os direitos de personalidade se configuram como construção teórica recente, pautando-se como conquista da ciência jurídica moderna (AMARAL, 2008, p. 290). Seu desenvolvimento ocorreu principalmente após a Segunda Guerra Mundial, sobretudo porque, durante a guerra, as legislações existentes não foram suficientes para impedir as graves violações de direitos humanos que ocorreram. O positivismo jurídico e a vontade de criar teorias puras, sem elementos externos ao direito, acabaram justificando ações que não se preocupavam com a ética ou a proteção do ser humano. Ao contrário, justificaram a perseguição a alguns segmentos da sociedade, como os judeus, que eram tidos como inferiores, não detentores de direitos.

Assim, o pós-guerra configurou-se como momento histórico de reconstrução, em todos os sentidos. Rodotà identifica esse período como constitucionalização da pessoa, ou seja, a inserção da pessoa nos ordenamentos (BUCAR; TEIXEIRA, 2016, p. 97). As modificações surgiram no intuito de evitar que a vida humana seja diminuída para se submeter à lógica de mercado, da tecnologia e da ciência.

Na reconstrução, as sociedades se preocupavam em formular ordenamentos jurídicos nos quais a pessoa tivesse relevância central. A pessoa foi colocada no centro dos ordenamentos para que tivesse sempre sua dignidade respeitada. As exigências éticas exigiram que esses direitos da personalidade fossem positivados⁸, com certo grau de generalidade (DE CUPIS, 2008, p. 27). Pode-se notar essa tendência, por exemplo, na Declaração Universal dos Direitos Humanos⁹, de 1948.

As Constituições e os ordenamentos nacionais também se preocuparam em traduzir essas mudanças no interior de seus sistemas normativos jurídicos. No Brasil, essa modificação se concretizou na Constituição Federal Brasileira de 1988, tida como “Constituição Cidadã”. Como já dito, a Lei Maior traz o princípio da dignidade humana como balizador, que deve orientar todo o nosso ordenamento.

A modificação supracitada englobou também o direito privado. Nesse período ganhou importância a despatrimonialização do direito civil, o qual passou a se preocupar mais com os valores existenciais, principalmente no que tange o livre desenvolvimento da pessoa

⁸ Um exemplo dessa normatização é o Código Civil italiano, publicado em 1942. No Livro Primeiro, que trata das pessoas e das famílias, traz o Título Primeiro, que trata das pessoas físicas. Os artigos 5 a 10 trazem previsões expressas com relação à proteção da pessoa, no que tange ao próprio corpo, nome e imagem. Esse Estado, que era autoritário, trouxe previsões expressas objetivando realizar a proteção da pessoa (DE CUPIS, 2008, p. 28).

⁹ Essa tendência se torna clara já no preâmbulo da Declaração, e se concretiza no artigo 1º, que prevê que “**Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos**. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade” (grifo nosso).

(PERLINGIERI, 2007, p. 33). Esses processos de modificação do Direito Civil, incluindo a constitucionalização e a personificação, são essenciais para que a pessoa passasse a integrar o centro das preocupações. Nesse sentido, “A personalidade e seus vários aspectos, como o nome, a honra, imagem e outros, acabaram sendo compreendidos pelo direito civil do modo que ele então poderia conceber: como direitos subjetivos da pessoa que, caso ofendidos, ensejariam uma reparação” (DONEDA, 2006, p. 80).

Ainda no Brasil, o antigo Código Civil, de 1916, não tinha previsão específica e organizada com relação à proteção dos direitos de personalidade (MELLO, 2006, p. 87). Havia, no máximo, normatizações esparsas com relação a esses direitos.

O Código Civil de 2002 trouxe evoluções na temática de proteção de direitos individuais. O Capítulo II do Livro I dedica-se diretamente à proteção desses direitos, especificamente entre os artigos 11 e 21. O rol de direitos da personalidade previsto é limitado até mesmo em razão do Código ter sido elaborado durante a década de 70, sem que fosse possível prever as mudanças científicas e tecnológicas que aconteceriam nos próximos anos.

Sobre a necessária elasticidade dos direitos da personalidade, se manifesta Pierlingieri: “O juiz não poderá negar tutela a quem peça garantias sobre um aspecto da sua existência que não tem previsão específica, porque aquele interesse já tem uma relevância ao nível do ordenamento e, portanto, uma tutela também em via judicial” (2007, p. 156).

A proteção conferida à pessoa com os direitos da personalidade pretende-se que seja a mais ampla possível. Isso significa que são objeto de proteção não somente aspectos patrimoniais, que dizem respeito a questões econômicas, mas também e, principalmente, questões existenciais, que se referem aos direitos mais íntimos, com relação aos sentimentos e pensamentos do indivíduo.

O CC/2002 privilegia a perspectiva existencialista, em detrimento de questões meramente patrimoniais. A tutela também ocorre de maneira ampla, tanto em relação a atos estatais, quanto em relação à ação de entes privados que venham a prejudicar o indivíduo. Ela ocorre de forma repressiva, preventiva e inibitória (CORDEIRO; PAULA NETO, 2015, p. 11).

Feita essa consideração preliminar e geral acerca dos direitos da personalidade, passa-se agora à análise de alguns dos direitos da personalidade em espécie. Em razão da sua abrangência, serão abordados somente os direitos que realizam a proteção da pessoa no aspecto moral, que tangenciam com maior frequência a temática do direito ao esquecimento, por vezes se confundindo com ele. O estudo em separado desses direitos auxiliará no

enquadramento do direito ao esquecimento como forma específica do direito à privacidade, modo de proteção de dados ou como direito da personalidade autônomo.

2.1.1 Direito à privacidade

Sabe-se que o catálogo de direitos dogmaticamente reconhecidos em um ordenamento varia continuamente, conforme o contexto histórico, social, político e tecnológico. Assim, além da permanente criação de novos direitos, ocorre também o desenvolvimento e redefinição de direitos já previstos, que vão modificando seu âmbito de proteção conforme as circunstâncias. É o que ocorre de maneira significativa com o direito à privacidade.

Inicialmente, deve-se ressaltar que o direito à vida privada como direito autônomo é recente, ocorrendo principalmente nos fins do século XIX e ganhando repercussões cada vez maiores com o desenvolvimento da tecnologia no mundo (DOTTI, 1980, p. 27).

No seu marco inicial, a privacidade é desenvolvida como direito da classe burguesa, então emergente na sociedade. Isso significa que é em razão do individualismo e da necessidade dos burgueses de se isolar que se origina o desenvolvimento da privacidade (DONEDA, 2006, p. 128). Consequentemente, tinha relação intrínseca com o direito à propriedade privada, ou seja, a esfera privada que exclui a participação dos demais.

Considera-se como marco jurídico para compreensão da ideia de privacidade a concepção de Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis, dois então advogados que publicaram o artigo **The right to privacy**, em 1890, na Harvard Law Review. Os autores argumentavam que a privacidade deveria ser expandida para abarcar também os bens intangíveis, produtos de processos da mente e trabalhos de literatura e arte (WARREN, BRANDEIS, 1890, p. 195). As pessoas deveriam ter um espaço de liberdade para existir, onde a imprensa ou terceiros não pudessem penetrar. Os sentimentos, pensamentos e ações mais íntimas do indivíduo deveriam permanecer somente para si e com quem ele escolhesse compartilhar. Os autores defendiam, à época, a necessidade de um direito à privacidade, de permanecer só, uma esfera pessoal de relação do indivíduo com ele mesmo.

Ao analisarem decisões judiciais da corte norte-americana, indicaram a existência de um direito geral relativo à privacidade para pensamentos, emoções e sensações, que devem receber a mesma proteção quando exteriorizados através da escrita, ação, conversas, atitude ou expressão facial (WARREN, BRANDEIS, 1890, p. 206).

Assim, inicialmente a privacidade era entendida como algo excludente, ou seja, a determinação de um espaço individual para ser livre, no qual o indivíduo deveria ser deixado

em paz (RODOTÀ, 2012, p. 320). Um “direito a ser deixado sozinho”, reproduzia a noção de propriedade, e, conseqüentemente, de espaço de exclusão dos demais. Portanto, percebe a privacidade como a esfera da intimidade que exclua formas de ingerências exteriores por parte do Estado ou de outros indivíduos. Até então vigorava a ideia de que o isolamento seria suficiente para propiciar as condições favoráveis ao desenvolvimento livre do indivíduo.

No entanto, com o tempo desenvolveu-se definição mais relacional da privacidade, do indivíduo nas suas ligações com os outros. Aliás, para o desenvolvimento da personalidade são essenciais as relações sociais estabelecidas pela pessoa. Ela deve ser protegida como o ser social que é (RODOTÀ, 2012, p. 149). Passa a vigorar entendimento mais amplo, social e dinâmico da privacidade, segundo o qual o indivíduo se realiza também a partir da construção das relações sociais. Torna-se importante analisar seu desenvolvimento na relação com os demais.

O aprimoramento tecnológico possibilitou novas formas e modalidades de interações entre as pessoas, que podem se comunicar apesar da distância física. Além disso, desenvolve-se a internet 2.0, marcada pela utilização das redes sociais (RODOTÀ, 2012, p. 319). Através delas as pessoas constroem o perfil que gostariam de ver exposto ao mundo, e através dele se expressam.

Os dados postados pelos indivíduos nas redes sociais (como *Facebook*, *Instagram* e o antigo *Orkut*) trazem perspectiva inovadora com relação à proteção de dados pessoais, já que, nesses casos, são os próprios usuários que disponibilizam informações por livre e espontânea vontade. Além disso, há a coleta invisível de dados dos usuários. Poucos usuários se atentam para a invasão da privacidade que isso causa e, mais que isso, para as conseqüências negativas que essa exposição exacerbada pode trazer em seu futuro.

Deve-se estabelecer que essa coleta, autorizada momentaneamente para o uso de uma rede social ou cadastro em um site, por exemplo, não significa a alienação do dado pessoal. Nesses casos, a pessoa concorda somente com uso específico, imediato da informação. Quem a recebeu não se torna proprietário desse dado, podendo utilizá-lo em outros contextos ou mesmo aliená-lo (SCHREIBER, 2014, p. 141). Essa lógica patrimonialista dos dados pessoais deve ser rechaçada.

A identidade *online*¹⁰ é o que os outros, a sociedade sabe de cada um de nós. Assim, o controle desses dados é o que possibilita a livre construção da identidade e personalidade

¹⁰ A proteção dos dados pessoais segue na União Europeia alguns princípios, a exemplo da necessidade; finalidade; pertinência e proporcionalidade (RODOTÀ, 2012, p. 159). Tais princípios também são referenciados por Masera e Scorza (2016, p. XIV).

atualmente. A privacidade nessa nova conotação deve assegurar a autonomia decisional, ou seja, que a pessoa tenha controle sobre seu corpo virtual, de modo a poder desenvolver sua identidade pessoal (MARINI, 2005, p. 412).

Atualmente há a necessidade de estar presente nas redes sociais, de ser visto. Até mesmo porque é a existência pública, exteriorizada através desses perfis, que traz sentido à nossa existência privada. A identidade individual através das relações sociais só se realiza plenamente através da comunicação (RODOTÀ, 2012, p. 322).

Somam-se a isso os enormes bancos de dados criados e disponibilizados com facilidade através da internet. Assim, o direito à privacidade foi se gradativamente modificado, passando a ser necessário que haja controle do indivíduo sobre as informações disponibilizadas sobre si mesmo, para que ele possa ser visto pela sociedade a partir da construção livre de sua personalidade.

É válido citar as palavras de Rodotà sobre a temática do desenvolvimento da privacidade e dos conceitos existentes:

La privacy, infatti, è stata costruita come un dispositivo ‘escludente’, come uno strumento per allontanare lo sguardo indesiderato. Ma l’analisi delle sue definizioni mostra anche le sue progressive trasformazioni, che hanno fatto emergere un diritto sempre più finalizzato a rendere possibile la libera costruzione della personalità, l’autonomo strutturarsi dell’identità, la proiezione nella sfera privata dei principi fondamentali della democrazia. L’originaria definizione della privacy come ‘diritto a essere lasciato solo’ non è stata cancellata, ma fa parte di un contesto via via arricchito da diversi punti di vista. [...] privacy come il diritto di controllare l’uso che altri fanno delle informazioni che mi riguardano. Successivamente la privacy viene anche considerata come ‘tutela delle scelte di vita contro ogni forma di controllo pubblico e di stigmatizzazione sociale’, ‘rivendicazione delle limitazioni che impediscono a ciascuno di essere semplificato, oggettivato e valutato fuori contesto’ e, più direttamente, proprio come ‘libertà da vincoli irragionevoli alla costruzione della propria identità’. [...] la privacy viene inoltre definita come ‘diritto di mantenere il controllo sulle proprie informazioni e di determinare le modalità di costruzione della propria sfera privata e, in definitiva, come ‘il diritto di scegliere liberamente il proprio modo di vivere’. (2012, p. 320-321).

Esse contexto permite uma reinvenção ainda mais ampla da noção de privacidade. O direito que antes se referia somente a questões como proteção da casa e de interceptações de cartas, hoje abarca fenômenos de observância de massa (MASERA; SCORZA, 2016, p. 36). A vulnerabilidade social aumenta de forma exponencial, já que esses bancos de dados, construídos sob a alegação de segurança ou de conforto para o cliente, podem realizar verdadeiras agressões aos indivíduos (RODOTÀ, 2012, p. 339).

A privacidade, portanto, não abarca mais somente a exclusão do outro. Passa a ser o direito de saber por quais espaços nossas informações circulam, bem como de se opor à interferência de outros. Logo, importa o conhecimento da existência e localização dos dados

do indivíduo (RODOTÀ, 2012, p. 394) e, mais que isso, a possibilidade de excluir dados falsos, corrigir os inexatos e completar os incompletos.

No Brasil, o direito à privacidade está protegido tanto em nível constitucional quanto no Código Civil. A Constituição prevê, no artigo 5º, inciso X, que “ 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”. O Código Civil prevê a proteção da vida privada no artigo 21, o qual estabelece 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.”. Da leitura desses artigos se percebe que o termo “privacidade” não é o mais utilizado pela nossa legislação. Porém, é utilizado no presente trabalho em razão da sua grande aceitação na nossa doutrina.

Deve-se salientar ainda que parte da doutrina, com a qual se concorda, refere-se à privacidade como gênero, do qual a intimidade é espécie¹¹. Assim, a intimidade seria termo mais restrito, que faz referência a questões ainda mais pessoais, interiores do indivíduo. O termo intimidade “aparenta referir-se a eventos mais particulares e pessoais, a uma atmosfera de confiança” (DONEDA, 2006, p. 109). Assim, a título de exemplo, questões do âmbito profissional diriam respeito à privacidade, e tópicos relacionados à conduta sexual do indivíduo tratariam da sua intimidade.

Quando se trata do direito à privacidade, é relevante ainda esclarecer que a proteção ocorre em duas vias. Inicialmente, não se permite que sua privacidade seja violada e, posteriormente, independentemente da forma de obtenção do dado, coíbe-se que ele seja divulgado. A proteção do mesmo direito subjetivo abrange, assim, a invasão e a divulgação não autorizada (COSTA JÚNIOR, 2007, p. 27).

Nacionalmente, a proteção de dados é bastante incipiente na legislação, que parece tratar apenas das questões de violação mais tradicionais da privacidade, a exemplo da invasão de domicílio ou exposição de imagens privadas. Porém, é discutida e aplicada pela jurisprudência. A doutrina majoritária também passa a entender que, atualmente, a defesa da privacidade se concretiza na tutela dos dados pessoais.

2.1.2 Direito à honra

¹¹ Esse entendimento da intimidade como parte mais restrita da privacidade tem origem francesa (DOTTI, 1980, p. 67).

É essencial tratar do direito à honra quando o assunto é a proteção dos direitos da personalidade no aspecto moral. Para Adriano De Cupis, honra seria o direito à dignidade pessoal (2008, p. 150).

A honra está prevista no ordenamento brasileiro como um direito autônomo da personalidade, estabelecido no artigo 5º, X, CF. É referenciada, ainda que de modo confuso, no artigo 20 do Código Civil de 2002. Em razão da importância desse direito, a proteção da honra realiza-se também através do Código Penal¹².

A proteção da honra é comumente dividida pela doutrina em dois aspectos essenciais: a honra objetiva e a honra subjetiva. A primeira seria aquela que tem relação com a fama, a respeitabilidade, a reputação que o indivíduo goza no meio social em que vive. Em outras palavras, significa o modo como o sujeito é visto e valorizado na sociedade. A segunda varia de acordo com a pessoa, por isso chamado subjetivo. Significa a visão que cada um tem de si mesmo, a sua autoavaliação e autoavaliação, a dignidade de cada um diante dos próprios olhos. Portanto a honra, em seu sentido global, significa a dignidade do sujeito na visão da sociedade e na própria visão (DE CUPIS, 2008, p. 122).

No que tange o aspecto objetivo da honra, sua relevância é importante quando consideramos o indivíduo um ser social, integrado na sociedade. Como já explicitado quando do tratamento da privacidade, a pessoa não pode mais ser considerada somente como ser solitário, mas deve ser percebida na sua integração e relacionamento com os demais cidadãos. Assim, a forma como o indivíduo é visto socialmente interfere em todos os aspectos da sua vida, a exemplo das relações familiares, de amizade, as oportunidades de emprego, aceitação em negócios jurídicos como venda, aluguel de imóveis, dentre outros exemplos.

A forma como o cidadão é visto, e o acesso a dados que sejam desatualizados, imprecisos, e que não mais retratem quem o indivíduo é, pode ser extremamente prejudicial ao seu desenvolvimento nos mais diversos aspectos. Até mesmo porque, no que tange o direito ao esquecimento e a divulgação de dados pretéritos, “[...] a opinião pública é bastante sujeita à recepção das insinuações e aos ataques de toda a espécie produzidos contra a honra pessoal; assim também o sentimento da própria dignidade é diminuído, ferido pelos atos referidos” (DE CUPIS, 2008, p. 121).

¹² A proteção da honra é tão relevante que acontece no ordenamento brasileiro também na esfera penal. Nesse sentido, o Código Penal Brasileiro trata dos crimes de calúnia (imputar publicamente a alguém falsamente fato tido como crime); difamação (imputar publicamente a alguém fato ofensivo à sua reputação) e injúria (ofender a dignidade ou o decoro de alguém, diretamente) nos artigos 138, 139 e 140, respectivamente.

Independentemente de suas ações ao longo da vida, o indivíduo continua detentor de seu direito à honra. Nesse sentido, não é aceita a questão da análise da veracidade¹³ como justificativa para a ofensa. Em outras palavras, ainda que o fato imputado seja verdadeiro, se desonroso, cabe punição do ofensor (por meio de indenização, retratação ou qualquer outra estipulada pelo ordenamento).

No caso de morte do titular do direito à honra, entende-se pela proteção da memória da pessoa falecida, com o ajuizamento de ação através dos herdeiros, autorizada pela literalidade do artigo 12, parágrafo único do Código Civil¹⁴. Ademais, é possível que, além da honra da pessoa falecida, haja violação reflexa aos direitos da personalidade dos herdeiros, que poderiam, nesse caso, pleitear o ressarcimento em nome próprio.

2.1.3 Direito à imagem

O direito à imagem pessoal também deve ser referenciado quando o assunto é o direito ao esquecimento. A sociedade atual é marcada por uma grande cultura da imagem, das representações visuais. Por isso mesmo pode ser intitulada como sociedade imagética (ALMEIDA JÚNIOR, 2013, p. 159). A captação e divulgação das imagens são facilitadas pelo desenvolvimento da tecnologia, com dispositivos fotográficos cada vez menores e com maior qualidade, a exemplo das câmeras dos celulares.

Percebe-se, no mundo *online*, a transição entre registros escritos e imagens. Mesmo a escrita torna-se, cada vez mais, imagética (BRANCO, 2017, p. 45). A sociedade submete-se ao excesso de imagens, e “[...] tão dependentes nos tornamos de nossas fotografias que passou a ser inimaginável uma reconstrução de nossa vida sem nos socorrermos das imagens” (BRANCO, 2017, p. 50). Além disso, têm-se as diversas redes sociais, nas quais é exigido foto de perfil para que a pessoa seja identificada pelos outros usuários, além daquelas que são focadas somente no compartilhamento de imagens.

Assim, há a grande identificação do indivíduo, de sua identidade pessoal, com a imagem que é disponibilizada na sociedade. A imagem também serve “[...] para individualizar a pessoa e para a distinguir das outras” (DE CUPIS, 2008, p. 180), sendo ainda atributo

¹³ Mesmo no âmbito penal, a exceção da verdade só caberá como regra no crime de calúnia. Nesse caso, concede-se essa opção, que é a “faculdade atribuída ao suposto autor do crime de calúnia de demonstrar que, efetivamente, os fatos por ele narrados são verdadeiros, afastando-se, portanto, com essa comprovação, a infração penal a ele atribuída” (GRECO, 2012, p. 414).

¹⁴ Art. 12, CC: 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.

relevante da identidade pessoal. É válido ainda salientar que o direito à imagem não se concretiza somente na proteção da fotografia, mas engloba quaisquer outros tipos de manifestações da imagem do sujeito, a exemplo de vídeos, pinturas, esculturas (DE CUPIS, 2008, p. 144) ou mesmo da voz da pessoa (DE CUPIS, 2008, p. 155).

Pode ser dividida em imagem-atributo, sendo aquela pela qual a pessoa é vista e reconhecida no meio social; e a imagem-retrato, que se baseia nas características físicas individuais, seu aspecto fisionômico. A imagem-atributo tem importância renovada no presente trabalho, já que sua lesão ocorre quando a imagem da pessoa se dá de maneira deformada, ou seja, “[...] não condizente com a identidade que o sujeito constrói socialmente” (DE MORAES, KONDER, 2012, p. 207). Isso significa que a imagem pode ser também violada pelo uso de informações que não se coadunam com a representação social do indivíduo, o que pode ser causado pelo uso de imagens do passado. Logo, pode haver a aplicação do direito ao esquecimento.

Seu tratamento ocorre no ordenamento brasileiro através do confuso artigo 20¹⁵ do Código Civil, que expõe quando o juiz deverá coibir a utilização da imagem do indivíduo. Encontra ainda tutela constitucional, prevista no já citado artigo 5º, X, que indica a inviolabilidade da imagem da pessoa, sendo possível a indenização por dano moral e/ou material em caso de violação.

Tem relação estreita com o direito à honra, examinado no item anterior. Essa relação ocorre principalmente porque há questionamentos, por parte da doutrina, com relação à autonomia do direito a imagem. Apesar da falta de consenso, o melhor entendimento é aquele que compreende o direito à imagem como autônomo¹⁶. Isso porque as violações a esse direito podem acontecer independentemente da violação a outros direitos da personalidade, a exemplo da honra. Nesse sentido também aponta o artigo 20 do Código Civil, indicando que pode ocorrer violação ainda no caso da exploração comercial da imagem¹⁷.

¹⁵ Tal artigo já foi objeto de discussão no STF quando do julgamento da possibilidade de publicação de biografias não autorizadas, a ADI 4815. Até mesmo porque o complexo artigo 20 trazia grande indeterminação com relação ao limite para exibição de imagem, escritos e outros direitos da pessoa sem a autorização do titular, o que trazia grandes dúvidas e limitações ao direito fundamental à liberdade de expressão.

¹⁶ Nesse sentido também se encontra o ordenamento italiano, já que “o direito à imagem não é absorvido pelo direito à honra, intervindo o ordenamento jurídico contra as abusivas exposições ou publicações, mesmo se não se ofende o decoro ou a reputação. Por consequência, segundo o nosso direito, no bem do resguardo está compreendida genericamente a subtração da imagem pessoal ao conhecimento do público” (DE CUPIS, 2008, p. 142).

¹⁷ O STJ também já se manifestou seguindo essa linha de pensamento. A Súmula 403 estipula que “Independente de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais.”

No sentido da autonomia do direito à imagem também se posiciona a maioria da doutrina brasileira, concretizada no Enunciado 587 da VII Jornada de Direito Civil, a qual estabeleceu que:

[...] o dano à imagem restará configurado quando presente a utilização indevida desse bem jurídico, independentemente da concomitante lesão a outro direito da personalidade, sendo dispensável a prova do prejuízo do lesado ou do lucro do ofensor para a caracterização do referido dano, por se tratar de modalidade de dano *in re ipsa* (BRASIL, CJF, 2015, não paginado).

O direito à imagem também se relaciona, em muitos casos, com a proteção da privacidade. Nesse sentido, como já salientado, o cidadão deve possuir uma esfera de sua vida que não seja objeto de vigilância ou interferência por parte de terceiros. Assim, quando as imagens são obtidas violando esse espaço de privacidade, o dano a esses dois direitos da personalidade é configurado.

Por óbvio, a vida em sociedade impõe a exposição do indivíduo, principalmente em se tratando de ambientes públicos, a exemplo de praças, ruas, shoppings, dentre outros. Mas, mesmo nesses casos, a abertura da privacidade é limitada. A autorização, nesses casos, é para que um número limitado de pessoas tenha acesso àquela imagem de forma momentânea.

O direito à imagem, como acontece com alguns direitos da personalidade, pode ser objeto de disposição em alguns casos. Assim, é comum que haja a cessão para fins de publicidade, participação em *realitys show* e outros, com vistas ao recebimento de contraprestação pecuniária. Essa cessão é possível desde que seja realizada de maneira momentânea e determinada, não podendo ser entendida de maneira ampliada.

Com relação à imagem, importa ainda que a sua utilização ocorra sempre de acordo com o seu contexto de captação, para que não haja danos ao titular. Isso pode ocorrer se ele for representado de maneira inexacta¹⁸, a exemplo de corte na imagem ou de divulgação sem esclarecer o momento no qual a imagem foi captada. “O uso de imagens descontextualizadas, mesmo que sem propósitos alheios de ofensa à pessoa, invariavelmente configurará uma violação aos direitos da personalidade” (ALMEIDA JÚNIOR, 2013, p. 166).

Além disso, mesmo que se preserve o contexto original, vale a análise sobre a real necessidade de reutilização de imagem antiga. Essas imagens são armazenadas em diversos

¹⁸ Esse uso irregular da imagem é denominado pela doutrina norte-americana como *false light*, ou luz falsa. Isso ocorre quando, através do uso da imagem fora do contexto em que ela foi captada, cria-se falsa imagem para a pessoa. Exemplo marcante é o de um homem negro, cuja imagem caminhando pela Quinta Avenida, foi utilizada para ilustrar reportagem do *The New York Times Magazine* sobre a classe média negra norte-americana, em relação aos movimentos do direito civil. A reportagem afirmava que era comum que essas pessoas se esquecessem dos problemas da comunidade negra, se preocupando com seu bem-estar material. O homem ajuizou ação por *false light*, ao entender que a reportagem o representava de modo diverso ao que ele tem convicções (ALMEIDA JÚNIOR, 2013, p. 167/168).

bancos de dados e, com os novos recursos tecnológicos, o acesso a elas é facilitado. Nesse sentido, fica clara:

[...] a importância de se assegurar ao retratado a possibilidade de manter o controle sobre suas imagens de arquivo, em virtude dos riscos que tal imagem pode causar à identidade pessoal que, dinâmica que é, pode não mais corresponder à individualidade externada na época em que a imagem foi colhida (ALMEIDA JÚNIOR, 2013, p. 175).

Deve-se considerar que a passagem do tempo dificulta o uso de imagens antigas, pois, com o decorrer do tempo, o direito à imagem tende a prevalecer sobre o direito à liberdade de informação. Importante estabelecer que o tempo não enfraquece a proteção da imagem da pessoa, mas, ao contrário, deve fortalecer os mecanismos para evitar usos que sejam danosos ao indivíduo. É o chamado uso das imagens de arquivo, que deve sempre proteger os direitos da personalidade do titular. O retratado deve exercer controle sobre suas imagens antigas, já que elas trazem riscos à identidade pessoal construída posteriormente. A identidade, sendo dinâmica, pode ter se alterado de forma significativa após a captação da imagem (ALMEIDA JÚNIOR, 2013, p. 175).

De Cupis se refere à existência de um direito ao resguardo, tido como “[...] o modo de ser da pessoa, que consiste na exclusão do conhecimento pelos outros daquilo que somente se refere a ela” (2008, p. 139). Tal direito, como gênero, teria como espécie mais importante o direito à imagem. Uma manifestação do direito ao resguardo de grande relevância para o presente trabalho é a junção dos acontecimentos que permeiam toda a sua vida. Nesse sentido:

[...] a pessoa tem direito a conservar a discrição mesmo em torno dos acontecimentos e do desenvolvimento da sua vida. Experiências, lutas, paixões pessoais, estão-lhe intimamente ligadas, não podendo, por isso, conceder-se livre acesso à curiosidade do público. Aquele que deixou uma parte de si mesmo em certos acontecimentos, é naturalmente levado a considerá-los incluídos na sua esfera de reserva pessoal, e a não tolerar indiscrições alheias. A tendência manifesta do direito para conferir tutela ao bem do resguardo pessoal, faz com que esta aspiração possa considerar-se acolhida pela ordem pública (DE CUPIS, 2008, p. 156).

Assim, compreende-se que a vida do indivíduo é sua, e deve ser objeto do seu controle, de modo que intromissões alheias devem ser restringidas, principalmente em se tratando de dados pretéritos. Se isso ocorrer, em razão da difusão instantânea e veloz das divulgações, é difícil que ocorra reparação efetiva, para o mesmo público.

2.1.4 Direito ao nome e à identidade pessoal

Cabe, no presente momento, realizar análise quanto ao nome e à identidade pessoal, direitos da personalidade também reconhecidos pelo ordenamento brasileiro. O nome é o

signo distintivo, forma pela qual o indivíduo é reconhecido na sociedade a qual integra. O nome é elemento essencial da identidade pessoal¹⁹, através do qual o indivíduo se afirma como pessoa e evita a confusão com os demais (DE CUPIS, 2008, p. 179/180).

Atualmente o direito à identidade pessoal é o reconhecimento, como fundamental, do direito de transparência de todos os tratamentos realizados sobre os dados pessoais; assim como o direito a se opor a tais tratamentos, inclusive em razão da incompatibilidade com a identidade real do indivíduo, com o modo pelo qual ele se apresenta ao mundo (MASERA; SCORZA, 2016, p. 51).

A própria questão da identidade se torna mais complexa na internet. Isso porque, no mundo *online*, é possível que haja multiplicação de identidades (perfis diferentes em diferentes redes). Além disso, há a questão da sobreposição da imagem real àquela virtual, já que a segunda pode possuir maior tempo de sobrevivência (MASERA; SCORZA, 2016, p. 44) e é mais acessível para maior número de pessoas.

A previsão do direito ao nome se encontra no Código Civil, entre os artigos 16 e 19, inclusive. A proteção do nome abarca o prenome, sobrenome e pseudônimo. Sua utilização deve ocorrer com vistas à proteção da pessoa. Assim, o nome não pode ser empregado em publicação que o exponha ao desprezo público, vinculando-se aqui à questão da honra. Mesmo que não haja intenção difamatória, o nome deve ser protegido de publicações que causem problemas ao seu titular (art. 17, CC/02). Ademais, para que o nome seja empregado em propaganda comercial, é necessária a autorização expressa do titular (art. 18, CC/02). O nome é direito relevante e personalíssimo, de modo que sua utilização para fins lucrativos só pode ocorrer quando houver autorização nesse sentido.

A relevância do direito ao nome é majorada no contexto tecnológico que hoje vivemos. Basta o nome do indivíduo para que possa ser realizada pesquisa *online* sobre ele, na qual serão trazidas inúmeras informações. Os dados disponibilizados não sofrem qualquer limitação temporal, permanecendo nos mecanismos de busca *online*, ainda que não mais correspondam à situação atual da pessoa.

Atualmente, uma das facetas mais exigidas do direito ao esquecimento é a desindexação nos provedores de busca. Isso significa que, muitas vezes, o que o indivíduo requer é que seu nome seja desvinculado de um adjetivo, de uma caracterização que não mais

¹⁹ É importante perceber a importância do nome enquanto instrumento utilizado com grande frequência para identificar os indivíduos na sociedade. Não obstante essa importância, a identificação é ainda mais relevante, haja vista o Enunciado 287 da IV Jornada de Direito Civil, o qual prevê que “A publicidade que divulgar, sem autorização, qualidades inerentes a determinada pessoa, ainda que sem mencionar seu nome, mas sendo capaz de identificá-la, constitui violação a direito da personalidade.”

o representa. Há casos bastante conhecidos nesse sentido no Brasil, a exemplo do caso de Xuxa Meneghel²⁰.

A facilidade em realizar busca *online* propicia sua utilização em várias situações, desde a análise do candidato antes da contratação pela empresa até o início de um relacionamento amoroso. Na verdade, a doutrina ainda discute e diverge com relação ao enquadramento da desindexação como uma das formas de direito ao esquecimento, o que se examinará no capítulo 4.

2.1.5 Direito autônomo ou concretização do direito à privacidade?

Já se realizou análise de alguns dos direitos da personalidade e demonstrou-se que há certa similaridade entre eles. Nesse sentido, é comum que a ofensa direta a um deles acabe causando lesão a outro, a exemplo da violação à imagem, que gera prejuízos à honra do titular.

O direito ao esquecimento é enquadrado como um dos direitos da personalidade. No entanto, permanece o questionamento, por parte da doutrina, com relação à sua autonomia ou não. Logo, questiona-se se esse direito deve ser entendido como integrante do direito à privacidade ou em categoria própria.

Há quem defenda que o direito ao esquecimento se configura como novo direito da personalidade. Consequentemente, seria um direito independente, não devendo ser enquadrado como vertente de quaisquer dos direitos da personalidade analisados (MARTINEZ, 2014, p. 80). Para Martinez, o direito ao esquecimento diria respeito somente à proteção de dados pretéritos, enquanto a privacidade diria respeito aos dados contemporâneos (2014, p. 83). Argumenta assim que “[...] o direito ao esquecimento merece ser considerado como um direito da personalidade autônomo, constituindo um prolongamento da personalidade humana, em razão da existência de seus contornos próprios” (MARTINEZ, 2014, p. 83).

²⁰ Xuxa é uma conhecida apresentadora, dedicada principalmente ao público infantil. Em 1982, ela participou de um filme intitulado “Amor, estranho amor” no qual aparecem cenas de cunho erótico entre a apresentadora e uma criança. Com a difusão da internet, as imagens do filme foram parar na rede. Consequentemente se tornou comum que em sites de busca, a exemplo do *Google*, aparecessem notícias vinculando o nome de Xuxa à pedofilia, em razão do filme gravado décadas atrás. Em 2010, Xuxa ingressou com ação buscando tutela inibitória para que o *Google* não mostrasse mais resultados quando se buscasse uma vinculação de seu nome à prática de atos de pedofilia. A 1ª Vara Cível do Rio de Janeiro concedeu tutela liminar. A decisão foi impugnada pelo *Google* por meio de Agravo de Instrumento, e o Tribunal de Justiça do Rio reformou parcialmente a liminar, restringindo-a a determinadas fotos, mas não excluindo os resultados da pesquisa na internet. O *Google* ingressou com Recurso Especial (RESp. 1.316.921 – RJ), e a liminar foi totalmente cassada pelo Superior Tribunal de Justiça em 2012. Nesse caso, o STJ deu prioridade ao direito à informação da coletividade.

No entanto, o presente trabalho entende que o direito à privacidade engloba e se concretiza na atualidade através da proteção dos dados pessoais. Essa proteção, ampla, pode ocorrer com relação às informações atuais ou pretéritas. Quando se refere aos dados do passado, pode ocorrer o direito ao esquecimento.

Dito de outra forma, o direito à privacidade sofreu grande reestruturação desde sua criação. Uma das facetas mais conhecidas desse direito atualmente é a proteção de dados pessoais. O direito ao esquecimento, por sua vez, configura forma específica de proteção de dados, qual seja, a proteção de dados antigos, que não mais se coadunam com a personalidade atual do cidadão. Nesse sentido,

[...] apesar da nomenclatura distinta, deveria estar circunscrito ao direito de privacidade, sendo um aspecto dele. Afinal, se até mesmo dados que pouco ou nada revelam sobre seu titular são objeto de proteção pelo direito de privacidade, com igual razão devem ser tutelados, sob o mesmo direito, dados pretéritos que podem vir a causar dano ao titular caso sejam revelados tempos depois (BRANCO, 2017, p. 171).

Logo, a proteção da privacidade hoje, na sociedade da informação, se configura como a proteção de dados pessoais. Esse direito se pretende, na atualidade, como forma do indivíduo construir sua própria esfera privada (DONEDA, 2006, p. 24). A disciplina da proteção de dados pessoais tem relação de continuidade com a privacidade (DONEDA, 2006, p. 204).

Consequentemente, a proteção da privacidade é ampliada, abarcando o “[...] controle sobre a circulação de suas informações pessoais e de determinar como a sua esfera privada deve ser construída” (DE TEFFÉ, BARLETTA, 2016, p. 255). Nesse sentido também aponta Schreiber, para quem a privacidade transcende a esfera privada para abarcar os dados pessoais do titular (2014, p. 139).

Relevante, ainda, o Enunciado nº 404 da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, segundo o qual:

A tutela da privacidade da pessoa humana compreende os controles espacial, contextual e temporal dos próprios dados, sendo necessário seu exposto consentimento para tratamento de informações que versem especialmente o estado de saúde, a condição sexual, a origem racial ou étnica, as convicções religiosas, filosóficas e políticas (BRASIL, CJF, 2011, não paginado).

Esse Enunciado tem grande utilidade para esclarecer a tendência da doutrina, qual seja, a de adotar a privacidade, na atualidade, como protetora dos dados pessoais, especialmente quando se tratarem dos chamados dados sensíveis, que são aqueles particularmente pessoais, que podem causar lesões graves e discriminações sociais ao indivíduo.

O direito ao esquecimento, assim, “[...] incorpora uma expressão do controle temporal de dados, que preenche com o fator cronológico a atual tríade de ferramentas protetivas da privacidade, complementada pelos controles espacial e contextual” (BUCAR, 2013, p. 7).

Dessa forma, entende-se que o direito ao esquecimento é dotado de peculiaridades que o caracterizam. No entanto, elas não se constroem de modo a organizar um direito dotado de autonomia. Esse direito decorre da proteção de dados pessoais, tratando de forma específica da proteção de dados antigos. Como consequência, encontra-se também como corolário do direito à privacidade. A lesão ao direito ao esquecimento será sempre consequência da lesão à privacidade, podendo causar danos reflexos a outros direitos, a exemplo da violação a imagem ou ao nome.

2.2 SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E SURGIMENTO DA INTERNET

O direito ao esquecimento não é um tema novo, existindo antes mesmo da internet. Casos que tratam do direito ao esquecimento ocorrem há algumas décadas, como se verá no caso Lebach. No entanto, o assunto não era muito focado em razão de sua ocorrência esparsa.

A vinculação do direito ao esquecimento com a internet é justificada em razão da amplitude que a tal ferramenta vem dando ao problema. Com a rede de computadores, o direito ao esquecimento tende a se expandir. Na sociedade de informação e com o acúmulo de dados, o assunto tem sua importância renovada e os casos se tornam mais comuns. Essa mudança na sociedade ocorreu principalmente nas últimas décadas.

Na contemporaneidade, o aprimoramento tecnológico permite que as informações sejam divulgadas e difundidas quase simultaneamente ao seu acontecimento, por todo o mundo. Essa é a chamada sociedade da informação²¹, na qual dados são facilmente obtidos e armazenados, sem fronteiras físicas ou temporais. Ademais, essa sociedade sofre grande influência dos meios de comunicação de massa, além das redes sociais.

A sociedade da informação é um fenômeno do período classificado como pós-moderno, fase cujo início pode ser tido como as duas últimas décadas do século passado. Esse período é marcado por “[...] mudanças havidas na sociedade, na economia e na vida das pessoas, todas elas derivadas ou associadas a alterações nas forças produtivas, em razão de inovações tecnológicas ou na supervalorização da informação” (CONSALTER, 2017, p. 166).

²¹ Nesse sentido se posicionam Maser e Scorza (2016, p. 14), por exemplo.

A globalização²² e o desenvolvimento de tecnologias dos mais variados tipos propiciaram a transformação da sociedade de forma antes inimaginável. Tanto é assim que se considera que o mundo atual é marcado pela tecnociência (RODOTÀ, 2012, p. 7). A revolução tecnológica ocasionou conflitos sociais antes não conhecidos. Assim, o homem se torna “senhor e escravo da tecnologia” (DOTTI, 1980, p. 28).

Há algumas invenções de extrema relevância para a presente análise, a exemplo da internet, que teve seu desenvolvimento ao longo da segunda metade do século XX e possibilita o acesso a número infinito de dados. Instrumento muito utilizado para acessar essas informações são os mecanismos de busca *online*. Apesar do seu extremo desenvolvimento nos dias atuais, é incerto dizer que essa tecnologia tenha atingido seu ápice. A internet se aprimora cada vez mais, de maneiras diversas, alcançando público cada vez maior. Essa rede possibilita o armazenamento de dados, imagens e informações de forma ampla. Sendo assim, “a internet não esquece” (SCHREIBER, 2013a, p. 466).

A memória *online* não encontra barreiras físicas ou temporais, sendo “[...] a memória expandida que a internet proporciona, ao mesmo tempo colossal e fluida” (BRANCO, 2017, p. 12). A memória na internet é assim caracterizada porque é ilimitada e, simultaneamente, está sempre em construção, com novos sites, cancelamentos e reiterações de informações já disponibilizadas. É sua característica própria, ainda que eventualmente não se atente para isso, a capacidade de edição do conteúdo nela constante.

É possível excluir propositalmente determinado conteúdo. É possível editar a postagem, remover a foto, reescrever o texto, apagar os comentários. Nada na internet está condenado à permanência (embora seja, contraditoriamente, muito difícil deletar em definitivo conteúdo que terceiro esteja determinado a fazer circular pela internet (BRANCO, 2017, p. 57).

Deve-se salientar que o direito ao esquecimento teve seus casos de aplicação majorados em razão da criação de diversos bancos de dados *online*. Cada um desses bancos “consiste, basicamente, em um conjunto de informações organizadas segundo uma determinada lógica” (DONEDA, 2006, p. 158). Eles podem conter número indeterminado de informações e possuir sistemas internos que fazem leituras específicas desses dados. É possível, inclusive, que agreguem outros bancos de dados. A questão crucial para o presente trabalho é analisar quem terá acesso a quais informações individuais, e em quais condições isso irá ocorrer.

Como consequência, os grupos de poder detentores da informação se ampliam sobremaneira. Antes, somente os Estados tinham condições de coletar dados dos indivíduos,

²² A globalização é bastante enfocada por Rodotà, em sua obra *Il diritto a avere diritti*, por se tratar de fenômeno relevante, que alterou o mundo e as relações de poder nele estabelecidas.

muitas vezes sob o argumento da segurança nacional. Com o desenvolvimento tecnológico, porém, vários grupos se tornaram capazes de armazenar dados, criando mais núcleos detentores de informações pessoais.

A internet propiciou relevante alteração das relações de poder existentes. Os provedores de busca, a exemplo do *Google*, o mais conhecido deles, se transformaram em potência transnacional. Seu poder pode ser considerado superior ao de muitos Estados nacionais. O site está presente cotidianamente na vida de milhões de pessoas, que entram e se movem no mundo digital com naturalidade (RODOTÀ, 2012, p. 416/417).

O incremento tecnológico também afetou imensamente os meios de comunicação, possibilitando a troca de informações entre pessoas, mesmo que distantes fisicamente. Essa alteração propiciou o desenvolvimento das redes sociais, que atingem número expressivo de indivíduos.

Nesse mundo cada vez mais conectado, alerta-se para a construção do corpo eletrônico²³, o conjunto de nossas informações pessoais contidas em determinado banco de dados, que coexiste com nosso corpo físico (RODOTÀ, 2005b, p. 25). Assim, além do nosso corpo físico, já tutelado pelo ordenamento, mereceria tutela também a nossa representação feita no mundo *online*. Nesse mesmo sentido, com relação a grande incidência das redes sociais atualmente, alerta-se para a construção da chamada “identidade virtual”²⁴. Essa identidade pessoal é construída através das imagens, vídeos e fragmentos que estão disponibilizados na rede.

Esse corpo eletrônico construído através da tecnologia é o que permite que a pessoa seja reconhecida pelos outros indivíduos da sociedade, reconhecimento esse que é feito pelos dados que são disponibilizados (RODOTÀ, 2012, p. 159). Tanto é assim que o direito à privacidade hoje, como visto, se manifesta pelo direito à proteção dos dados pessoais, que pode ser entendido como fundamental.

Logo, quando os dados se eternizam em determinados bancos de dados, o indivíduo tem o risco de perder o controle sobre seus dados e sobre si mesmo, sua personalidade. Até mesmo porque a pessoa construída no mundo virtual pode sofrer recortes, modificações e interferências de terceiros, o que causa a fragmentação da identidade individual (RODOTÀ, 2012, p. 172).

A identidade e a biografia criadas *online* podem ser completamente irreconhecíveis

²³ É importante considerar que Rodotà é contrário ao reducionismo exacerbado, que limita o ser humano aos seus dados. Os dados constituiriam parte essencial do indivíduo, mas, ainda assim, há inúmeras outras características e fatores que são importantes, como a biografia e a biologia do ser humano.

²⁴ Nesse sentido Costa (2013, p. 192) e Martínez (2014, p. 57).

para o próprio titular dos dados. O perigo é que, com esses fragmentos, acaba-se perdendo a estrutura narrativa da vida do indivíduo (BRANCO, 2017, p. 59). Com relação à transformação ocorrida na sociedade também se manifesta Danilo Doneda:

[...] o que hoje destaca a informação do seu significado histórico é a maior desenvoltura na sua manipulação, desde sua coleta e tratamento até os meios para sua comunicação. O vetor que faz a diferença é exatamente o tecnológico: ao se incrementar a capacidade de armazenamento e comunicação de informações, cresce também a variedade de maneiras pelas quais a informação pode ser organizada (2006, p. 153).

A sociedade da superinformação traz uma mudança de perspectiva temporal. A internet, ao contrário do ser humano, não propicia o esquecimento. Possibilita, ao contrário, a rememoração permanente. Desse modo, as tecnologias trazem um impacto relevante na vida dos cidadãos, o que destaca a importância do presente estudo. A forma como o armazenamento é realizado, bem como a definição de critérios para o uso de dados individuais, são essenciais para concretizar a proteção da privacidade e de outros direitos da personalidade.

2.3 CASOS PARADIGMÁTICOS

Com relação aos casos paradigmáticos, cabe esclarecer que os aqui mencionados ocorreram na União Europeia. Como já dito, o presente trabalho realiza análise do direito ao esquecimento no Brasil. As referências externas, de outros países, se limitam às ocorridas nos países da Europa. Isso ocorre porque o Brasil e os países europeus integram o modelo romano-germânico, tendo similaridades com relação ao modo de elaboração de leis e formas de julgamento.

Ademais, o tratamento do direito ao esquecimento e da proteção à privacidade, como gênero, ocorre de modo bastante diverso dependendo da tradição jurídica. Doneda (2006, p. 221/226) afirma que há dois modelos centrais, o dos Estados Unidos da América e o da União Europeia. Debate-se atualmente em que sentido o Brasil caminhará quando o assunto é privacidade e proteção de dados.

Nos Estados Unidos²⁵, a liberdade individual, com destaque para a de expressão, é cultural e historicamente valorizada. A própria base jurídica, amparada no sistema do

²⁵ Deve-se ainda notar que nesse país o *right to privacy* é dotado de grande amplitude, diferente do que ocorre hoje no Brasil. Sob esse signo são abarcados direitos como “a tranquilidade no próprio lar, o controle sobre informações pessoais, o controle sobre o próprio corpo, a liberdade de pensamento, o controle sobre a vigilância, a proteção da reputação, a proteção contra averiguações e interrogatórios abusivos, o planejamento familiar, a educação dos próprios filhos, o aborto, a eutanásia, entre outros.” (DONEDA, 2006, p. 164).

Common Law, apresenta diferenças essenciais com relação ao nosso sistema, já que naquele país as decisões são baseadas, em grande parte, na jurisprudência. Sua jurisprudência com relação à proteção da privacidade oscila bastante, até mesmo depois do importante *Right to Privacy* de Warren e Brandeis. Essa oscilação ocorre também em razão do sistema federativo norte-americano, que propicia legislações e decisões diversas em cada Estado.

Doneda afirma que a Corte costuma realizar proteção de dados pessoais com base na expectativa de privacidade daquele que revela seus dados (2006, p. 290). Nesse país, a privacidade é entendida de forma mais ampla, abarcando questões sobre disposição do próprio corpo, por exemplo, já que o entendimento que prevalece é o de privacidade relacionado à liberdade e autonomia individual.

Na União Europeia há um modelo central, em razão do direito comunitário, que é transportado para as legislações internas de cada país. Esse modelo é benéfico porque se adequa mais facilmente às necessidades de proteção de dados no mundo *online*, já que a coleta e tratamento de dados podem ser facilmente realizados além das fronteiras de determinado Estado Nacional (DONEDA, 2006, p. 229). Consequentemente, o modelo de proteção da privacidade da Europa é mais próximo da concepção utilizada no Brasil do que a prevalecente nos Estados Unidos da América.

Cabe trazer breve análise com relação a alguns diplomas existentes em âmbito europeu. A Europa não se manteve imune às mudanças tecnológicas e suas consequências na sociedade. Em 2014 o Conselho Europeu, em uma de suas Recomendações, estipulou claramente que os Estados-membros deveriam garantir, a cada um de seus cidadãos, os direitos humanos e as liberdades fundamentais estabelecidas. Além disso, previu que essa obrigação fosse válida também no contexto da proteção de dados na internet (MASERA; SCORZA, 2016, p. 76).

Essa proteção deve abarcar vasta gama de direitos, incluindo a liberdade de expressão, o acesso à informação, o direito à vida privada e a proteção dos dados pessoais. A proteção desses direitos, no mundo físico ou virtual seria essencial para a concretização verdadeira da democracia na sociedade europeia.

A Comissão para revisão da Diretriz Europeia de Proteção de Dados define direito ao esquecimento como “[...] o direito de indivíduos de terem seus dados não mais processados e deletados quando não são mais necessários para propósitos legítimos” (COSTA, 2013, p. 199-200).

Normativa relevante é a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. O artigo 1º dessa Normativa traz a dignidade do ser humano como direito inviolável. O artigo 7º prevê

o respeito pela vida privada e familiar. Ainda mais relevante é o artigo 8º, que traz previsão expressa com relação à proteção de dados pessoais, como direito autônomo.

Protecção (sic) de dados pessoais

1. Todas as pessoas têm direito à protecção (sic) dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito.
2. Esses dados devem ser objecto (sic) 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 (sic).
3. O cumprimento destas regras fica sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade independente (UNIÃO EUROPEIA, 2000, p. 10).

Havia a Diretiva 95/46 do Conselho da Europa (CE), Regulamento Geral sobre a Protecção de dados, que fazia referência ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação da informação. Nela há previsão do direito ao acesso dos próprios dados (artigo 12º). O artigo 14º traz a possibilidade do indivíduo não consentir o acesso a determinados dados próprios.

A Regulamentação Geral de Protecção de Dados da União Europeia (GDPR), 2016/679 vem substituir a Diretiva de 1995 e foi publicada em 27 de abril de 2016. Será aplicável a partir de 25 de maio de 2018. O artigo 17 dessa Diretiva é bastante relevante:

Artigo 17.º

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; 4.5.2016 L 119/43 Jornal Oficial da União Europeia;
 - b) O titular retira o consentimento em que se baseia o tratamento dos dados nos termos do artigo 6.o, n.o 1, alínea a), ou do artigo 9.o, n.o 2, alínea a) e se não existir outro fundamento jurídico para o referido tratamento;
 - c) O titular opõe-se ao tratamento nos termos do artigo 21.o, n.o 1, e não existem interesses legítimos prevalecentes que justifiquem o tratamento, ou o titular opõe-se ao tratamento nos termos do artigo 21.o, n.o 2;
 - d) Os dados pessoais foram tratados ilicitamente;
 - e) Os dados pessoais têm de ser apagados para o cumprimento de uma obrigação jurídica decorrente do direito da União ou de um Estado-Membro a que o responsável pelo tratamento esteja sujeito;
 - f) Os dados pessoais foram recolhidos no contexto da oferta de serviços da sociedade da informação referida no artigo 8.o, n.o 1.
2. Quando o responsável pelo tratamento tiver tornado públicos os dados pessoais e for obrigado a apagá-los nos termos do n.o 1, toma as medidas que forem razoáveis, incluindo de carácter técnico, tendo em consideração a tecnologia disponível e os 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.
3. Os n.os 1 e 2 não se aplicam na medida em que o tratamento se revele necessário:
 - 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.o, 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, 2016, não paginado).

Na Itália, em específico, a proteção de dados ocorre como modo de concretizar a esfera privada, se configurando como direito autônomo (BUTTARELLI, 2005, p. 247). Essa proteção se configura através do Código em matéria de proteção de dados pessoais italiano. Tal Código, promulgado em 2003, traz inúmeras previsões com relação aos dados pessoais, incluindo conceitos. A título de exemplo, há o artigo 4, A, que define “tratamento” e traz a possibilidade de cancelamento de dados. Ademais, o artigo 26 faz referência à proteção dos dados sensíveis.

A **Dichiarazione dei diritti in internet**, publicada em 2015, apresenta previsões relevantes. O artigo 5.1 prevê que toda pessoa tem direito à proteção dos dados pessoais, em razão da proteção da privacidade, identidade e dignidade. O artigo 6 indica o direito à autodeterminação informativa. O artigo 9 traz previsão bastante interessante com relação ao direito à identidade, inclusive na rede. O artigo 11 expressa a previsão do direito ao esquecimento, da seguinte forma:

1. Ogni persona ha diritto di ottenere la cancellazione dagli indici dei motori di ricerca dei riferimenti ad informazioni che, per il loro contenuto o per il tempo trascorso dal momento della loro raccolta, non abbiano più rilevanza pubblica.
2. Il diritto all’oblio non può limitare la libertà di ricerca e il diritto dell’opinione pubblica a essere informata, che costituiscono condizioni necessarie per il funzionamento di una società democratica. Tale diritto può essere esercitato dalle persone note o alle quali sono affidate funzioni pubbliche solo se i dati che le riguardano non hanno alcun rilievo in relazione all’attività svolta o alle funzioni pubbliche esercitate.
3. Se la richiesta di cancellazione dagli indici dei motori di ricerca dei dati è stata accolta, chiunque può impugnare la decisione davanti all’autorità giudiziaria per garantire l’interesse pubblico all’informazione. (ITALIA, 2015, p. 13).

Pode-se citar ainda a Diretiva 2002/58/CE, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrônicas. De modo exemplificativo, com relação aos dados de tráfego, o artigo 6.2 dispõe que “[...] podem ser tratados dados de tráfego necessários para efeitos de faturação (sic) dos assinantes e de pagamento de interligações. O referido tratamento é lícito apenas até final do período durante o qual a factura (sic) pode ser legalmente contestada ou o pagamento reclamado.”. Logo, também traz previsão de limitação temporal para o tratamento de determinados dados.

Como se percebe, o direito ao esquecimento é previsto diretamente em algumas normativas. Os dispositivos trazem previsão com relação à proteção de dados, estabelecendo um lapso temporal a partir do qual esse direito poderia ser aplicado.

Por fim, são citados dois casos principais, um ocorrido há décadas, o que demonstra a existência do direito ao esquecimento mesmo antes da internet. O segundo, bem mais recente, data de 2014, e trouxe a temática do direito ao esquecimento efetivamente para a pauta jurídica mundial.

2.3.1 Caso Lebach

Um dos casos mais citados pela doutrina para introduzir o tema do direito ao esquecimento é o conhecido como Lebach, que aconteceu na Alemanha e foi julgado pelo Tribunal Constitucional Alemão.

O caso se inicia quando ocorre uma chacina de quatro soldados alemães, em 1969. Um dos acusados foi condenado a seis anos de reclusão pelo crime. Dias antes de sair da prisão, determinado canal de televisão decidiu produzir documentário retratando a chacina dos soldados, constando imagens e nomes dos acusados, incluindo o que estava prestes a retornar para o convívio social. Além disso, o programa incluía outros detalhes, como a opção sexual do condenado (BRANCO, 2017, p 124). Esse indivíduo, conseqüentemente, ajuizou ação pretendendo que o programa não fosse exibido, já que essa exposição traria prejuízos.

A ação foi rejeitada em primeiro grau, bem como na corte de apelação, chegando ao Tribunal Constitucional Alemão. O mesmo decidiu pela predominância da tutela do direito à privacidade e da ressocialização do condenado, em relação ao direito à liberdade de informação. A ponderação levou em consideração quatro fatores: que se tratava de informação televisiva repetida; o fato de ser delito grave; que não havia interesse atual da informação e, por fim, que a transmissão traria riscos à ressocialização do autor (SCHREIBER, 2013b, p. 15).

A transmissão ainda foi proibida em razão da menção ao nome e exibição da fisionomia do autor (BRANCO, 2017, p 124), o que violava seus direitos da personalidade. O Tribunal entendeu, portanto, que a personalidade deve ser protegida. Conseqüentemente, deve haver critérios temporais para a exploração do criminoso, especialmente quando houver danos à sua ressocialização.

Como se percebe, o caso não utiliza o termo “direito ao esquecimento”, mas se trata da mesma ideia de proteção da personalidade do indivíduo, para que ele não seja constantemente alvo de penas de qualquer natureza, em razão de fatos pertencentes ao passado.

O caso em epígrafe ocorreu antes da explosão da internet, se tratando da exploração da pessoa pelos meios de comunicação tradicionais, como televisão. Há casos semelhantes na jurisprudência brasileira, intitulados Chacina da Candelária e Aida Curi, que são analisados no Capítulo 4, e que o referenciam de forma direta. O próximo caso, no entanto, é mais atual, tendo aplicação no mundo *online*.

2.3.2 Caso *Google Spain*

Mario Costeja González é reconhecido como o homem que busca o esquecimento, mas que encontrou a fama eterna (MASERA; SCORZA, 2016, p. 74). Trata-se de um dos exemplos mais referenciados na atualidade para corroborar a existência do direito ao esquecimento, bem como a sua aplicação nos provedores de busca *online*.

A história tem início em 1998, quando Mario teve o apartamento em seu nome levado à hasta pública em razão de débito com o fisco espanhol, o que foi noticiado pelo jornal *La Vanguardia*. Para sua surpresa, em 2008, ao pesquisar seu nome no *Google*, um dos resultados mais visíveis trazia a versão digital do anúncio legal, realizado pelo jornal.

No decorrer desse período Mario tinha saldado sua dívida com o erário, tornando-se cidadão modelo (MASERA; SCORZA, 2016, p. 75). O problema era que essa mudança em seu comportamento e personalidade não tinha nenhum destaque nas pesquisas sobre seu nome no *Google*. Mario era sempre lembrado e rememorado pelo breve momento no qual enfrentou problemas econômicos, o que prejudicava suas relações pessoais e mesmo as profissionais, já que é comum que, antes de qualquer contratação, seja realizada busca *online* com o nome da pessoa.

Consequentemente, González procurou inicialmente o *Google*, solicitando que fosse realizada a desindexação do seu nome ao mencionado anúncio, restituindo seu anonimato. O *Google* respondeu afirmando que o usuário deveria pedir ao jornal, fonte do anúncio, o que foi feito. O jornal disse que não poderia fazer nada, já que se tratava apenas da versão digitalizada do anúncio que havia na versão impressa do jornal. González então apresentou recurso à Agência Espanhola de Proteção de Dados. O caso chegou até a Corte de Justiça da União Europeia.

Em 2014, restou decisão inovadora da Corte com relação ao direito ao esquecimento *online*. Ficou estabelecido que “[...] todo cidadão da União Europeia tem o direito de requerer, diretamente ao *Google* – assim como, naturalmente, a qualquer outro gestor de motor de busca – de promover a desindexação de qualquer conteúdo que diga respeito a ele”²⁶. Essa retirada poderia ocorrer em notícias publicadas em quaisquer sites, ainda que não haja outra razão, além do tempo decorrido, para que a retirada seja realizada (MASERA; SCORZA, 2016, p. 75-76).

Tal decisão, que concretiza a existência e a aplicação do direito ao esquecimento, tem validade no âmbito da União Europeia. Desse modo, corrobora as legislações já citadas existentes nesses ordenamentos com relação à proteção de dados pessoais, incluindo como um de seus mecanismos mais atuantes a aplicação do direito ao esquecimento.

Deve-se, no entanto, esclarecer que essa decisão, mesmo em âmbito europeu, foi vista com desconfiança e críticas por parte de alguns juristas em razão da dúvida que pode surgir com relação ao limite do direito ao esquecimento. Ademais, ao permitir que o *Google* julgue quais decisões irá retirar, a decisão se torna privatizada, sem critérios pré-fixados e sem a análise do Judiciário.

O Brasil, com legislação bastante aquém nessas temáticas (conforme será analisado no próximo capítulo), pode se basear nessa decisão para elaborar normativas modernas e protetivas aos cidadãos, as quais poderão embasar decisões semelhantes em âmbito nacional.

²⁶ “Ogni cittadino dell’Unione Europea há diritto a chiedere, direttamente a *Google* – così come, naturalmente, ad ogni altro gestore di un motore di ricerca -, di deindicizzare ogni contenuto che lo riguardi” (MASERA; SCORZA, 2016, p. 75/76).

3 DIREITO AO ESQUECIMENTO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Deve-se salientar que há uma natural indisposição da sociedade com relação à regulamentação da internet. Questiona-se se, por razões de características tais como sua mobilidade e mutabilidade, ela poderia ser normatizada (RODOTÀ, 2012, p. 378). A internet é considerada como a terra da liberdade, e qualquer imposição de regras nesse ambiente seria problemática. No entanto, a realidade mostrou a necessidade de tratamento desse assunto.

A liberdade total na internet, bem como em qualquer outro ambiente, acaba tornando-a uma terra sem lei, na qual predomina a vontade do mais forte²⁷. Assim, o usuário teria sempre que ceder às vontades dos sites, lojas *online* e provedores de busca, por exemplo. Nesse sentido, Rodotà esclarece que a liberdade não pode ser interpretada como ausência de regras, mas como a presença de legislação capaz de propiciar efetivamente a proteção dos direitos individuais (RODOTÀ, 2005a, p. 118).

Argumenta-se ainda que, da forma como funciona hoje, o mundo virtual se apresenta como menos democrático que a nossa sociedade real. Os gestores do mundo *online* administram os sites, com relação à publicação e retirada de conteúdos, de forma autoritária (MASERA; SCORZA, 2016, p. 65). Na rede mundial de computadores, os usuários não têm qualquer poder de manifestação e controle.

Stefano Rodotà, durante toda a sua obra, advoga pela necessidade de criação de legislação que abarque o mundo virtual. Para ele é chegado o tempo de elaboração da *Internet Bill of Rights*, uma constituição para a internet que traga as garantias constitucionais para os direitos da rede e na rede (RODOTÀ, 2012, p. 417). Defende o autor que essa legislação deve ser criada para abarcar as invasões estatais, mas também contra os senhores das informações, que têm enorme poder sobre nossa vida atualmente. Importante notar que essa normatização não tem o intuito de limitar a liberdade na rede, mas sim de permitir o seu desenvolvimento contínuo. Nesse sentido, a legislação elaborada deve, em regra, abarcar cláusulas gerais e abertas, além de princípios. Eles seriam aptos a abarcar a flexibilidade típica do mundo *online*.

²⁷ Esse entendimento não significa, no entanto, que a internet é sempre problemática e causadora de violações às liberdades individuais. A internet propiciou uma verdadeira redistribuição de poderes, já que é possível que qualquer pessoa com acesso a ela produza conteúdo. A própria estrutura traz facilidade antes inimaginável na busca de informações. Além disso, no mundo atual a internet pode ser considerada como bem comum mundial, utilizada a serviço das pessoas (MASERA; SCORZA, 2016, p. XII).

3.1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Para analisar a existência do direito ao esquecimento no Brasil, essencial é a referência à Lei Maior. A Constituição Federal brasileira de 1988 é conhecida popularmente como a Constituição Cidadã. Essa denominação ocorre em razão da importância do seu nascimento e das previsões contidas nesse diploma normativo.

O Brasil viveu momentos de instabilidade política e regimes ditatoriais, como o Estado Novo e a Ditadura Militar, durante o século XX. No final da década de 80, intensificou-se a luta e o debate em prol de eleições diretas e de um regime democrático para o Brasil, o que deveria ser concretizado por meio de uma nova Constituição. Foi promulgada a Carta Magna brasileira em outubro de 1988, que visava restituir a democracia e iniciar uma sociedade cujo centro fosse o ser humano.

Em razão desse processo de redemocratização, pode-se afirmar que a Constituição foi pioneira no ordenamento jurídico brasileiro no que tange à disciplina dos direitos fundamentais. Nesses termos, é imperioso reafirmar que um dos fundamentos centrais da nova ordem jurídica constituída após a Constituição brasileira de 1988 é a dignidade da pessoa humana, referenciada no artigo 1º, III.

Deve-se ainda salientar a proibição de penas de caráter perpétuo constante no artigo 5º, XLVII, “b”. Essa previsão traz questões como a regenerabilidade e a dignidade da pessoa. Após o cumprimento da pena, a pessoa deve ser reintegrada à sociedade da forma mais ampla possível. Trata da aplicação de penas proporcionais, salientando que a pessoa não pode ser eternamente punida por algo.

Ainda que a aplicação do artigo seja direcionada ao âmbito penal, trata-se de previsão interessante, já que, mesmo no direito penal, *ultima ratio* do nosso ordenamento, não se aceitam penas perpétuas. Consequentemente, em âmbito cível, é menos justificável que a pessoa seja infinitamente punida por crime. A punição é ainda menos justificada quando não houver crime pretérito ou quando se tratar da vítima de delito. A punição, nesses casos, deve ser entendida em sentido amplo, abarcando não somente penalidades aplicadas por delitos, mas qualquer forma de violação de direitos.

3.1.1 Dignidade da Pessoa Humana

A dignidade da pessoa humana é fundamento primordial da República Federativa do Brasil, segundo a Constituição Nacional. Aparece também no já referenciado art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

No entanto, a dignidade humana não é produção da Constituição, sendo por meio dela respeitada e protegida. Logo, a Lei Maior consagra esse princípio, já existente, proclamando-o como princípio fundamental na nova ordem constitucional democrática (DE MORAES, 2006, p. 14).

Como já tratado com relação ao desenvolvimento dos direitos da personalidade, o século XX protagonizou a chamada revolução da dignidade (RODOTÀ, 2012, p. 183). Essa revolução colocou a dignidade da pessoa humana no centro dos ordenamentos nacionais e dos tratados internacionais de proteção de direitos humanos. A pessoa torna-se necessariamente vinculada à sua dignidade, que deve ser respeitada pelos indivíduos e pelo Estado. Logo, o homem deve existir na sua dimensão de *homo dignus* (RODOTÀ, 2012, p. 188).

A Constituição apresenta hierarquia superior no ordenamento jurídico, de modo que os princípios nela constantes, a exemplo da dignidade da pessoa humana, se tornam normas diretivas, que devem basear todo o sistema, incluindo o direito privado (DE MORAES, 2006, p. 3). De tal modo, deve ser tido como valor de máxima relevância e base do ordenamento jurídico pátrio. É um princípio que deve orientar todos os níveis, desde a feitura das leis, passando por sua aplicação e interpretação.

Pode-se considerar que a dignidade da pessoa humana positiva valor jurídico, reconhecido pela Constituição, e é núcleo fundamental do sistema brasileiro (AMARAL, 2008, p. 287). Mais do que isso, pode-se sustentar que a dignidade se apresenta como uma supernorma, além dos direitos fundamentais, devendo se integrar com princípios já consolidados em lógica de indivisibilidade (RODOTÀ, 2013, p. 13).

É certo que a dignidade é conceito complexo, de difícil determinação, marcado pela sua polissemia. No entanto, sua flexibilidade também é vista como algo positivo, pois somente assim esse princípio poderá trazer respostas mais adequadas à dinâmica social de constantes modificações e incertezas (RODOTÀ, 2012, p. 191). Além disso, apesar de sua imprecisão conceitual, se apresenta como um dos grandes consensos teóricos existentes, reconhecendo o ser humano como crucial na atualidade (MARTINEZ, 2014, p. 13).

Através da dignidade passa-se da categoria de sujeito de direito para a categoria de pessoa, mais eficiente para evidenciar a vida individual, ao mesmo tempo em que trata da imersão do indivíduo nas relações sociais (RODOTÀ, 2013, p. 4). “A dignidade é o reconhecimento da humanidade profunda das pessoas, de sua liberdade de se autodeterminar,

protegido de qualquer imposição externa, ainda que sob a justificativa de ‘faremos o que é melhor para você’²⁸ (RODOTÀ, 2011, p. 11).

Para concretizar a dignidade humana, Maria Celina Bodin de Moraes (2006, p. 18/51) propõe a sua divisão em alguns corolários. O primeiro deles é o da igualdade, o qual engloba a igualdade formal e a substancial. Nesse sentido, o ordenamento deve conferir tratamento igualitário a todas as pessoas, a não ser que exista situação fática de desigualdade que justifique o tratamento diverso. Isso porque a dignidade humana também busca concretizar a tutela dos grupos mais vulneráveis (DE MORAES, 2006, p. 15).

O segundo corolário é o da proteção à integridade psicofísica do indivíduo, que serve à garantia de inúmeros direitos da personalidade. Engloba o bem-estar psicofísico e social da pessoa, visando à proteção do direito à saúde da forma mais ampla possível.

Posteriormente se refere à liberdade. Nesse sentido:

O princípio da liberdade individual se consubstancia, hoje, numa perspectiva de privacidade, de intimidade, de livre exercício da vida privada. Liberdade significa, cada vez mais, poder realizar, sem interferências de qualquer gênero, as próprias escolhas individuais, mais, o próprio projeto de vida, exercendo-o como melhor convier (DE MORAES, 2006, p. 43).

Por fim, deve-se salientar o corolário da solidariedade, principalmente no sentido social, de coexistência humana. Logo, o exercício do direito do indivíduo se limita também no respeito aos interesses do outro, da coletividade. Assim, há o reconhecimento de que todos são iguais e detentores de direitos na ordem social.

A dignidade pode ser vista sob o viés de não instrumentalização do indivíduo, ou seja, a não aceitação da pessoa como meio. Isso se concretiza na irredutibilidade da pessoa à dimensão do mercado, bem como no respeito à sua autonomia (RODOTÀ, 2013, p. 8). Trata-se do “[...] valor-síntese que reúne as esferas essenciais de desenvolvimento e realização da pessoa humana” (SHREIBER, 2014, p. 8).

É interessante ainda notar que é comum na doutrina brasileira o pensamento de que a dignidade da pessoa humana tem como consequência, nas relações privadas, a predominância da situação subjetiva existencial em lugar da situação jurídica patrimonial (DE ANDRADE, 2006, p. 106). Em um contexto marcado pelo avanço técnico, torna-se essencial pensar em formas de proteção que enfoquem as pessoas, além da razão meramente tecnológica (RODOTÀ, 2012, p. 70).

²⁸ “La dignità è il riconoscimento dell’umanità profonda delle persone, della loro libertà di determinarsi, al riparo da qualsiasi forma di imposizione esterna, anche giustificata con l’argomento ‘facciamo il tuo bene’”.

Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana também deve abarcar a questão da mutabilidade do ser humano, ou seja, o entendimento de que não é razoável que o indivíduo esteja sempre vinculado ao seu passado. A pessoa, por sua natureza, se transforma durante toda a sua vida, não devendo ser perpetuamente julgada e punida.

Tratar da dignidade da pessoa humana significa também valorizar a liberdade do indivíduo, para que ele se manifeste na sociedade da maneira que considerar a mais adequada. A liberdade, como direito do indivíduo²⁹, tem conceito semelhante ao adotado na sociedade, da ausência de impedimentos. Assim, o cidadão pode agir conforme a sua vontade, desde que sua ação esteja dentro dos limites legais. Mais que isso, configura-se como “[...] indiscriminada ausência de obstáculos ao exercício da sua atividade, apta a satisfazer aquilo que, na linguagem corrente, pode chamar-se a necessidade de fazer o que melhor lhe parecer e lhe agradar”. (DE CUPIS, 2008, p. 104).

A autodeterminação informativa é central para concretizar a revolução da dignidade estipulada por Rodotà (2012, p. 14 e 194). Isso porque se deve construir o contexto mais livre possível, de modo que as decisões das pessoas retratem somente suas escolhas individuais, sem interferências externas³⁰. A vida de cada um é sempre uma construção, sendo sempre modificada conforme as circunstâncias e passagem do tempo.

3.1.1.1 Livre desenvolvimento da personalidade e autodeterminação informativa

O direito ao esquecimento se encontra como a proteção temporal de dados. Em outras palavras, as escolhas pessoais devem ser protegidas após certo período de tempo. Se isso não ocorre, a história individual é predeterminada, sempre vinculada ao passado (BUCAR, 2013, p. 9-10). Ganha relevância, nesse sentido, o livre desenvolvimento da personalidade e a autodeterminação informativa.

A noção de livre desenvolvimento da personalidade estava presente desde a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 1776, trazendo a noção ocidental de busca de felicidade (MELLO, 2006, p. 77). Também estava presente na Constituição Alemã de 1949, que dispõe no artigo 2º sobre esse direito; além da previsão da dignidade da pessoa humana como direito fundamental no artigo 1º, §1º (DE ANDRADE, 2006, p. 103).

²⁹ De Cupis considera ainda que o direito à liberdade é um direito inato e essencial, já que existe somente pelo pressuposto da personalidade (2008, p. 115).

³⁰ Para Rodotà, vida digna é um processo que envolve a liberdade de escolha do indivíduo, além da atuação daqueles que devem construir as condições necessárias para que o indivíduo goze dessa liberdade (2012, p. 209).

No pós-Guerra, as Constituições, a exemplo da italiana e da alemã, passaram a tratar do direito à livre construção da personalidade do indivíduo. Assim, tornou-se clara a relação estabelecida entre a existência do indivíduo, sua liberdade, dignidade e o desenvolvimento mais livre possível da sua personalidade (RODOTÀ, 2012, p. 156/158).

Como já afirmado, a privacidade foi um dos direitos da personalidade que sofreu maiores transformações ao longo do tempo. Nesse sentido, hoje, tal direito abarca não somente a concepção tradicional de reserva, isolamento, mas sim “[...] a construção de uma esfera pessoal na qual seja possível uma liberdade de escolha e, conseqüentemente, o desenvolvimento da personalidade” (DONEDA, 2006, p. 144).

O autodesenvolvimento da personalidade é a forma do indivíduo de decidir livremente sobre a própria vida. Há um dever público, bem como dos entes privados, de construir contexto no qual as decisões individuais sejam efetivamente livres (RODOTÀ, 2013, p. 11). Isso se concretiza na liberdade do indivíduo de se autodeterminar, não sendo constantemente prejudicado ou lembrado de ações e fatos do seu passado.

Há um nexó inseparável entre liberdade, dignidade e a construção livre da personalidade (RODOTÀ, 2013, p. 8). A pessoa deve ser livre para construir seu próprio projeto de vida, da maneira que lhe convier. Por óbvio, essa construção, seguindo os preceitos da solidariedade social, deve respeitar os outros membros da sociedade.

Na sociedade tecnológica, a livre construção da personalidade está diretamente atrelada às informações pessoais que são disponibilizadas e que podem ser conhecidas pelos demais membros da sociedade. Conseqüentemente, ganha relevância a noção de autodeterminação informativa. Entende-se por esse postulado que “[...] toda pessoa tem direito a controlar a representação de si mesma que é construída a partir de seus dados pessoais. É direito de toda pessoa exigir que tal representação reflita a realidade, impedindo que seu uso assumam caráter discriminatório” (SCHREIBER, 2014, p. 141). Assim, a pessoa deveria saber onde seus dados estão; quais os tratamentos realizados por esses dados, quem tem acesso a eles; por quanto tempo ocorrerá esse armazenamento; qual é o uso que esse dado terá, dentre outros direitos.

Conforme alerta Rodotà, com o desenvolvimento das tecnologias da informação e da comunicação, a vida do indivíduo é cada vez mais observada, caracterizando a sociedade da vigilância (RODOTÀ, 2008, p. 113). Deve-se coibir a existência dessa sociedade, baseada na classificação e na seleção social (RODOTÀ, 2008, p. 234).

No que tange a segurança, é necessário que haja um equilíbrio entre privacidade e coleta de dados para questão de defesa nacional (RODOTÀ, 2014, p. 93). O problema é que,

sob o argumento da segurança e da luta contra o terrorismo se multiplicam as formas de controle social. A vigilância, antes excepcional, se torna cotidiana, com todos os cidadãos suspeitos (RODOTÀ, 2005b, p. 26). Isso significa que, sob o argumento defesa, não podem ser colhidos todos os dados de todos os indivíduos, mas somente que, havendo provas que demonstrem a necessidade de coleta de determinada informação, ela seja feita pela via judicial. É o que ocorre no Brasil, atualmente, através da autorização para o fim do sigilo bancário ou telefônico, por exemplo.

Essa autodeterminação pode ser visualizada através de princípio bastante utilizado para a proteção de dados pessoais na União Europeia, qual seja, o Princípio da Finalidade, que consiste no conhecimento, por parte do titular, de como seus dados pessoais serão utilizados. Mais que isso, significa que deve ser estabelecido o tempo de conservação das informações coletadas (RODOTÀ, 2008, p. 104). No Brasil, por vezes é conhecido como princípio da especificação de propósitos, mas tem o mesmo significado, qual seja, informar ao titular qual é o objetivo com a coleta de dados, não os utilizando para finalidade diversa (SCHREIBER, 2014, p. 160).

Há décadas Renè Ariel Dotti alerta para a liberdade do indivíduo como o poder de autodeterminação, a possibilidade do indivíduo de escolher o próprio caminho, dentro dos limites postos pela lei e pelo direito (1980, p. 3).

Com o desenvolvimento da tecnologia e o uso constante dos computadores para as atividades diárias, inúmeras informações sobre os usuários se acumulam em diversos perfis. Informações de localização do indivíduo, dos números de documentos em aplicativos; os consumos mais comuns através dos cadastros de fidelidade são só alguns exemplos. Assim, se forma a identidade dispersa do indivíduo, dissipada em diversos bancos de dados. Rodotà já advertia em 1997 sobre a existência de indivíduos múltiplos, com várias identidades (MASERA; SCORZA, 2016, p. 47).

Na era digital, a identidade de cada indivíduo aumenta, se flexibiliza e se torna fluida. Isso porque novos dados podem ser sempre acrescentados na versão *online* da identidade. Além disso, pode haver inúmeras versões sobre o mesmo fato, algumas delas até mentirosas. Pode-se pensar, por exemplo, a respeito do site *Wikipedia*, no qual pessoas constroem perfis de outros, que são aceitos como verdade absoluta pela sociedade. Essa identidade é construída externamente, por terceiros, e é extremamente mutável e não necessariamente verdadeira.

A criação de perfis é uma das modificações mais relevantes da privacidade individual na nova sociedade da informação. O perfil se constitui em representação virtual da pessoa, o corpo eletrônico virtual. Com os dados do que o indivíduo já realizou no passado busca-se,

principalmente através dos algoritmos, prever comportamentos futuros. Essas condutas são extremamente violadoras da liberdade individual, já que a liberdade de escolha é, muitas vezes, restringida, partindo-se do pressuposto que a pessoa sempre agirá de maneira semelhante. Consequentemente a internet e o mundo virtual, além de não possibilitarem que as informações pessoais compartilhadas sejam apagadas, restringe a possibilidade de começar de novo.

Aliás, muitas vezes essas informações são coletadas em razão do uso de determinados serviços *online*. Essa coleta é supostamente autorizada quando o indivíduo aceita os termos e condições³¹ dos sites ou aplicativos. Essa aceitação é obrigatória, pois, caso contrário, ele não poderá fazer uso desses dispositivos e espaços virtuais. Além do mais, as cláusulas são marcadas pela falta de clareza. Defende-se que o consentimento deve ser consciente, não meramente um obrigatório clicar e aceitar (SCHULMAN, 2016, p. 349).

Segundo Rodotà, a necessidade de aceitação para o uso do serviço viola direitos fundamentais do indivíduo (MASERA; SCORZA, 2016, p. VI). Ademais, muitas vezes não percebe-se o quanto a privacidade individual está sendo violada com essa reunião de dados e, mesmo que exista essa consciência, ela é aceita, para que os indivíduos possam se utilizar do serviço.

Com esses dados é possível, através das escolhas feitas no passado, estabelecer com certo grau de acerto as escolhas que serão feitas pelo indivíduo no futuro, o que é realizado de forma automática pelos chamados algoritmos. Esses elementos são extremamente relevantes porque os dados pessoais são preciosos para as mais diversas empresas, que almejam obter mercado consumidor; e para os Estados, sob a alegação de segurança nacional. A autodeterminação impõe limites a esse tratamento automático, realizado pelos algoritmos.

Rodotà critica que haja atualmente tamanha confiança na matemática e nos algoritmos, já que se permite que eles façam categorizações dos indivíduos, principalmente com base em critérios econômicos, a exemplo do bom ou mau pagador. Essa inserção da pessoa em categorias e sua redução a um perfil promovem novas discriminações, transformando a pessoa em uma abstração (RODOTÀ, 2012, p. 403).

A polêmica se estende também às redes sociais, tão utilizadas no cotidiano atual. Percebeu-se que os usuários não tem quase nenhum controle sobre os dados que

³¹ Com relação à problemática da violação dos direitos da personalidade quando os dados dos indivíduos são coletados e guardados para uso posterior recomenda-se o documentário intitulado *Terms and conditions may apply*. O documentário, traduzido para o português como “Sujeito a termos e condições” e disponibilizado no Youtube no link <<https://www.youtube.com/watch?v=ncouFwTR6Og>> (acesso em 02/08/2017) traz vários exemplos de como nossos dados, a exemplo de nome, localização e histórico de compras são recolhidos e posteriormente utilizados, seja sob o argumento da segurança nacional ou para embasar futuras compras.

disponibilizam. Esses dados são coletados, com ou sem sua autorização, e utilizados para experimentos dos mais diversos tipos (BRANCO, 2017, p. 141), incluindo para a realização de anúncios direcionados nessas redes sociais, de acordo com o interesse do indivíduo.

O armazenamento e utilização de alguns dados se tornam ainda mais caóticos dependendo da natureza desses dados. Rodotà se refere aos dados sensíveis³², que seriam aqueles com grande potencial discriminatório, já que extremamente pessoais, a exemplo de opiniões políticas e religiosas, dados médicos ou informações genéticas. Seriam vistos como o núcleo duro da privacidade (RODOTÀ, 2008, p. 78). A utilização desses dados traz riscos mais concretos ao indivíduo, bem como à sua condição de igualdade na sociedade democrática.

O acesso aos dados de forma desregulada, principalmente os sensíveis, pode causar violações à igualdade, em razão da discriminação que o indivíduo pode sofrer. A sociedade deve ser livre e permitir a construção livre do indivíduo, e não se demonstrar como sociedade da vigilância, da classificação, da seleção social (DE TEFFÉ, BARLETTA, 2016, p. 256).

Deve ser ainda salientado que mesmo a análise de um dado, de maneira isolada, pode ser extremamente prejudicial ao indivíduo. A pessoa é ente complexo, formado por uma infinidade de informações. Um único dado, como uma dívida em determinado momento de dificuldades financeiras, não pode ser responsável pela mácula eterna ao seu nome.

A questão da coleta de dados se torna ainda mais grave porque, como dito, tais dados são recolhidos por diversos bancos de dados, públicos e privados, de vários tipos diferentes. Essa utilização desmedida dos dados da pessoa deve ser contida, sendo necessária a criação de medidas de proteção (MASERA; SCORZA, 2016, p. XIV).

Esse constante recolhimento de dados ocasiona a perda de controle do indivíduo sobre os próprios dados. A reação jurídica para isso é a possibilidade de ser informado acerca da localização de seus dados, por quais espaços circulam e acessá-los, além de saber quem os detêm.

Desse modo, a autodeterminação informativa³³ da pessoa se torna um dos pilares do direito à livre construção da personalidade. A pessoa, soberana sobre seu corpo físico, deve

³² Sobre o tema, Doneda (2006, p. 162) tem posicionamento bastante interessante. Acredita o autor que mesmo dados tidos inicialmente como não sensíveis podem causar grandes danos ao indivíduo, a depender do tratamento realizado. Assim, além da natureza do dado, deve ser observado o uso que é conferido ao mesmo, já que o uso indevido pode ensejar práticas discriminatórias.

³³ A proteção de dados do indivíduo, principalmente no que tange à proteção dos dados sensíveis, é assunto de grande relevância atualmente, para o qual a doutrina vem se dedicando. Nesse sentido é o Enunciado 404 da V Jornada de Direito Civil, que afirma: “A tutela da privacidade da pessoa humana compreende os controles espacial, contextual e temporal dos próprios dados, sendo necessário seu expresso consentimento para tratamento

ter essa autonomia também com relação aos seus dados, podendo governar suas próprias informações (RODOTÀ, 2012, p. 164). Uma das consequências do direito à privacidade, como autodeterminação informativa, é o direito ao esquecimento. Ele tenta coibir que uma pessoa seja permanentemente lembrada por fatos pretéritos, independentemente de sua veracidade.

A passagem do tempo pode tornar obsoletos alguns dados e informações, que não mais correspondem à atual identidade do indivíduo. Consequentemente, há o direito a atualizá-los, de acordo com as transformações da identidade, corrigi-los ou eliminar os dados pretéritos. A vinculação a determinada identidade do passado constitui impedimento para que a pessoa se desenvolva (MARINI, 2005, p. 409). A internet, com a multiplicação de identidades, acaba renovando o direito ao esquecimento.

O direito ao esquecimento serviria então, como forma de limitação do direito à informação, impedindo a divulgação de informações inexatas ou antigas, contidas em bancos de dados diversos, a exemplo da internet. Assim, traria um novo nível de garantia, com relação à permanência de informações já disponibilizadas (RODOTÀ, 2012, p. 404).

O controle de dados pessoais possibilita que a pessoa não seja permanentemente julgada e lembrada por fatos que não se constituem mais como parte de sua essência, de sua identidade. Somente sendo lembrada por quem realmente é, poderá expressar livremente seu modo de ser atual; se manifestar conforme sua vontade. A pessoa deve poder controlar os dados que são expostos, de acordo com os critérios que serão posteriormente analisados, para que a sua imagem exteriorizada corresponda àquela que a pessoa faz de si mesma. Ela deve ser responsável pela sua biografia *online*, e não conceder poderes para que terceiros o façam. Até mesmo porque, como já dito, é comum que esse perfil seja o único conhecido pela sociedade. A autodeterminação, aliás, se refere ao projeto de vida realizado ou buscado por determinada pessoa (RODOTÀ, 2012, p. 272). A biografia conhecida do indivíduo, assim como sua vida, deve ser estabelecida por ele mesmo.

Nesse sentido é ainda mais presente a necessidade subjetiva do esquecimento, ou seja, de não permanecer prisioneiro do passado, de perseguir mudanças, de não ser reconhecido por aquilo que se foi antes (RODOTÀ, 2012, p. 305). A identidade do indivíduo é, portanto, um processo. Não se concretiza somente pela acumulação de dados, histórias e outras informações, mas, principalmente, se dá pela seleção, eliminação dos dados inadequados (RODOTÀ, 2012, p. 306).

de informações que versem especialmente o estado de saúde, a condição sexual, a origem racial ou étnica, as convicções religiosas, filosóficas e políticas.”.

A questão da permanência de informações já disponibilizadas passa a ser essencial. Assim, da mesma maneira que o acesso da pessoa à internet é um direito, a saída dela também deve ser entendida de maneira similar (RODOTÀ, 2012, p. 394). Inclusive, pode-se considerar que a segurança do usuário na internet é pré-condição essencial da sua liberdade (MASERA; SCORZA, 2016, p. 83). Nesse contexto ganha importância a noção de um direito a ser esquecido.

Il diritto all'oblio si presenta come diritto a governare la propria memoria, per restituire a ciascuno la possibilità di reinventarsi, di costruire personalità e identità affrancandosi dalla tirania di gabbie nelle quali una memoria onnipresente vuole rinchiudere tutti. Il passato non può essere trasformato in una condanna che esclude ogni riscatto (RODOTÀ, 2012, p. 406).

Resumindo, o livre desenvolvimento da personalidade, bem como a autodeterminação, se concretizam no poder do indivíduo de construir sua própria vida. O direito ao esquecimento é instrumento útil e efetivo para essa tarefa.

3.1.1.2 Cláusula geral de tutela da pessoa

Como uma das principais decorrências da dignidade da pessoa humana, existe a cláusula geral de tutela da pessoa. Isso porque, através dela visa-se concretizar tutela realmente efetiva da dignidade. Os direitos da personalidade devem ser protegidos, independentemente de sua previsão expressa em diploma normativo.

A doutrina majoritária entende que o rol de direitos é somente exemplificativo, existindo outros, ainda que não previstos de forma expressa na legislação³⁴. Considera-se que existe, no ordenamento pátrio, cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana (TEPEDINO, 2008, p. 54).

Essa cláusula significa que os direitos existentes na ordem jurídica brasileira devem sempre ser desenvolvidos e atualizados para conferir a proteção mais ampla à pessoa. “Não há mais, de fato, que se discutir sobre uma enumeração taxativa ou exemplificativa dos direitos da personalidade, porque se está em presença, a partir do princípio constitucional da dignidade, de uma cláusula geral de tutela da pessoa humana” (DE MORAES, 2006, p. 51).

Os direitos da personalidade existem justamente para salvaguardar a pessoa e sua dignidade, sendo desnecessário criar novos sempre que houver modificações sociais, tecnológicas ou científicas. Tais mudanças são comuns e podem ocorrer de maneira gradual ou abrupta. É preciso advertir que, devido ao seu ritmo, o legislador nem sempre consegue

³⁴ A pluralidade dos direitos da personalidade é ainda defendida por Adriano De Cupis, para quem tais direitos declaram bens distintos (2008, p. 33).

acompanhá-las de forma eficiente. Não há, atualmente, a pretensão de completude do ordenamento. No contexto atual, o mito positivista da completude do sistema não mais se sustenta (PALAZZO, 2005, p. 114).

Não há número determinado de situações subjetivas tuteladas. A dignidade e a personalidade humanas devem ser visualizadas como valores (DE MORAES, 2006, p. 54), de modo que a proteção precisa ser, sempre, a mais ampla possível, de acordo com os demais valores constitucionais. Logo, “[...] como não haveria uma previsão em *numerus clausus* dos direitos da personalidade, o direito geral da personalidade se faria valer para além de uma previsão normativa específica” (DONEDA, 2006, p. 90).

Branco também argumenta no sentido de que a inexistência da previsão do direito ao esquecimento no Código Civil não significa um obstáculo à sua proteção. Isso porque, em razão da cláusula de proteção, “[...] toda a emanção da personalidade deve ser resguardada, independentemente de expressa previsão legal” (2017, p. 131). Os direitos deveriam ser interpretados e ampliados para concretizar a dignidade da melhor forma possível. Ainda nesse sentido é o Enunciado 274 do CJF, que dispõe:

Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, inc. III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação (BRASIL, CJF. 2009, não paginado)

Da exposição realizada conclui-se que a personalidade deve ser analisada como um valor, e não um direito. Configura-se o suporte para as situações existenciais protegidas pelo ordenamento, tornando a tutela inevitavelmente mutável. Logo, para tutelar a pessoa sem limitações, os direitos da personalidade devem ser flexíveis, realizando formas de proteção até então atípicas. Os direitos da personalidade devem, necessariamente, possuir caráter aberto, para que concretizem de forma efetiva a proteção da pessoa, abarcando a variedade de situações que podem se desenvolver na prática (PERLINGIERI, 2007, p. 155/156). Assim,

A ideia de um direito geral de personalidade corresponde à percepção da natureza ilimitada e ilimitável da personalidade humana, não sendo possível prefigurar as inesgotáveis manifestações da subjetividade humana em um catálogo infenso à dinâmica temporal e espacial do contexto cultural geral (MELLO, 2006, p. 88).

Nesse sentido é que se afirma que a tutela da personalidade é dotada de elasticidade. Deve-se proteger a dignidade humana em todas as situações jurídicas, sejam elas previstas ou não. O desenvolvimento da informática possibilitou novas e diversas ingerências na esfera

privada do indivíduo. Consequentemente, necessárias serão novas e diferentes formas de proteção para que essas violações cessem.

Ademais, o catálogo de direitos que existe no nosso ordenamento está sempre sendo ampliado e modificado. Nesse sentido, é inteligente pensar no estabelecimento de princípios e cláusulas abertas, que possam ser concretizadas pelos juízes diante das circunstâncias do caso concreto (RODOTÀ, 2012, p. 68). Rodotà segue essa linha de pensamento em razão da necessidade de uma disciplina jurídica que seja elástica suficiente para se adaptar às mudanças que ocorrem na sociedade.

3.1.2 *Habeas Data*

O *Habeas Data* é um instrumento previsto no art. 5º, LXXII, CF, que dispõe:

LXXII - conceder-se-á *habeas data*:

- a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;
- b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

Presente também na Lei nº 9.507/97, que “[...] regula o direito de acesso à informações e disciplina o rito processual do *habeas data*.” Foi inicialmente concebido como mecanismo de proteção dos indivíduos e dos direitos individuais, em face do arbítrio estatal existente no período ditatorial, que vigorou no Brasil até a década de 80. Sua constituição tem, assim, relevante caráter histórico. Pode ser descrito como

[...] instituto destinado a assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público e para permitir a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo de modo sigiloso. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 642).

Trata-se de remédio ajuizado quando o cidadão visa conhecer ou retificar dados pessoais, existentes em entidades públicas ou mesmo geridos por pessoas privadas com função pública. Desse modo, seu âmbito de atuação tornou-se restrito principalmente por dois motivos: primeiro por se tratar somente de bancos de dados governamentais ou de caráter público³⁵; segundo por se referir apenas ao conhecimento ou retificação desses dados.

³⁵ Isso porque “no *habeas data* são legitimados passivos quaisquer órgãos públicos, pessoas ou entidades de natureza privada que conservem registros ou dados públicos, em todo âmbito e poder, bastando para tanto que as informações arquivadas possam ser acessadas por terceiros” (MARTINEZ, 2014, p. 106). O âmbito dos legitimados passivos, como se percebe, é bastante restrito.

Pode ser entendido como modificação do conhecido *Habeas corpus*, significando para além da questão da liberdade do corpo, o direito de controlar seus próprios dados. É um remédio específico, elaborado para um momento histórico específico, o contexto pós-ditadura, no qual aconteceram violações de direitos individuais no Brasil.

Além disso, é criticável que o Brasil tenha inovado quando da criação do *Habeas data*, sendo seguido por outros Estados da América Latina. Rodotà chega a alertar para a utilidade de construção desse instrumento (RODOTÀ, 2005a, p. 122). No entanto, o pioneirismo não se perpetuou e o Brasil não editou lei de proteção de dados até hoje.

É razoável considerar que é necessário um alargamento desse instituto para abarcar dados privados, e também para haver possibilidade de arquivamento ou exclusão de determinados dados. Em razão desse âmbito limitado, o *Habeas Data* não é, na forma atual, remédio suficiente à proteção do direito ao esquecimento.

3.2 LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

A despeito da lacuna legislativa, é possível fazer referência, em busca da tutela jurídica de tal direito, à legislação infraconstitucional existente que corrobora a existência desse instituto. Em nível constitucional, existe o *Habeas data*, já referenciado, como instrumento de proteção de dados.

O Direito tende a buscar a estabilização de algumas situações jurídicas, trazendo segurança jurídica e previsibilidade. Logo, o nosso ordenamento traz hipóteses da perda do direito em razão do decurso do tempo.

Insta salientar que a legislação penal também se refere, em alguns momentos, à questão do esquecimento, ainda que de forma indireta. Um dos exemplos é a prescrição, “[...] uma das situações em que o Estado, em virtude do decurso de certo espaço de tempo, perde seu *ius puniendi*.” (GRECO, 2011, p. 705).

Tem-se ainda o instituto da reincidência, tratado nos artigos 63 e 64 do Código Penal³⁶. O Código de Processo Penal também traz previsão marcante no artigo 748, CPP, o qual estabelece que “[...] a condenação ou condenações anteriores não serão mencionadas na

³⁶ Art. 63 - Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior. Art. 64 - Para efeito de reincidência: I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação; II - não se consideram os crimes militares próprios e políticos.

folha de antecedentes do reabilitado, nem em certidão extraída dos livros do juízo, salvo quando requisitadas por juiz criminal”.

Sem adentrar nas especificidades da questão penal, que não são objeto de estudo no presente trabalho, é interessante analisar o fundamento desses artigos. Eles existem com o intuito de proibir as penas de caráter perpétuo, vedadas pelo nosso ordenamento. Ademais, visam propiciar a ressocialização da pessoa condenada, que já cumpriu a sua pena. Essas medidas, proporcionais, possuem o objetivo de concretizar o princípio da igualdade e a dignidade da pessoa humana. Dessa forma, todos são tratados de maneira semelhante, ainda que a pessoa tenha cometido um delito.

Por fim, o Código Civil brasileiro não conta com nenhuma previsão com relação à proteção de dados ou ao direito ao esquecimento, até mesmo por razões históricas. Os artigos que tratam sobre os outros direitos da personalidade, relevantes para o presente estudo, já foram citados.

Passa-se a analisar as demais legislações que referenciam, ainda que de forma indireta, a questão da proteção de dados no Brasil. Salienta-se que, nestes casos, as legislações não são enfocadas na proteção de dados, mas orientadas antes “[...] pela lógica de seus específicos campos do que por uma estratégia baseada na tutela integral da personalidade através da proteção dos dados pessoais” (DONEDA, 2006, p. 28).

3.2.1 Código de Defesa do Consumidor

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) é a Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, elaborada com o intuito de proteger o consumidor. Trata-se da primeira legislação infraconstitucional a se preocupar com a proteção da privacidade (BRANCO, 2017, p. 147). Nesse sentido, é o artigo 43 que dispõe sobre o banco de dados e cadastros dos consumidores.

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.

§ 1º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos.

O que esse artigo estabelece, de grande relevância, é a limitação temporal de 5 (cinco) anos para que haja a permanência de informação desabonadora do consumidor nos cadastros, sendo vedada a sua utilização posterior. Nesse sentido:

Da parte do consumidor, existe o interesse em estabelecer limites à esta utilização de forma que não perca sua efetiva liberdade de escolha e não seja discriminado como

consumidor, além de todas as outras consequências alheias a mera relação de consumo que podem advir (DONEDA, 2006, p. 338).

Logo, existe prazo de cobrança para o credor, o qual, quando não observado, causa a prescrição da dívida. O consumidor inadimplente, conseqüentemente, não pode ser reconhecido como tal, de modo que essa informação, do passado, não o prejudique e impeça o acesso a novo crédito (BRANCO, 2017, p. 147).

Apesar de o artigo ser resumido e limitado à lógica de proteção do consumidor, sua previsão de proteção de dados pessoais é interessante. O próprio prazo temporal estipulado advoga em favor da proteção de dados antigos, o que dá base ao direito ao esquecimento.

3.2.2 Marco Civil da Internet

O Marco Civil da Internet (MCI) é a legislação brasileira elaborada com o intuito de nortear o uso da internet no país. Trata-se da Lei 12.965, de 23 de abril de 2014. Sua ementa esclarece que essa lei estabelece os princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil. Relevante ainda notar que a doutrina estrangeira (MASERA; SCORZA, 2016, p. 91) chega a afirmar o pioneirismo brasileiro, que seria o único país a enfrentar a questão da Constituição para a Internet, tão referenciada por Stefano Rodotà.

Ao tratar dos direitos e garantias dos usuários, a lei traz uma previsão interessante com relação à proteção de dados pessoais.

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

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.

O dispositivo prevê que os dados pessoais, fornecidos com determinada finalidade na internet, podem ser permanentemente excluídos após o fim da relação entre as partes. São interessantes ainda as previsões constantes no artigo 8º, que garante o direito à privacidade. Os artigos 10, 11 e 16 também trazem previsões de proteção dos dados pessoais, com respeito à privacidade dos usuários.

Antes do MCI, o entendimento que predominava na jurisprudência brasileira era o de que os provedores de conteúdo deveriam ser responsabilizados após serem comunicados da informação, danosa ao indivíduo, divulgada *online*. Conseqüentemente, após notificados, o conteúdo divulgado deveria ser excluído, sob pena da responsabilização desses provedores. A notificação poderia ser inclusive extrajudicial, e o STJ adotava como parâmetro o prazo de 24 horas para a retirada (MARTINEZ, 2014, p. 137-138).

Essa situação foi modificada após os artigos 18 e 19 do MCI, que judicializaram a questão.

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 indisponibilização 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 (grifo nosso).

Como consequência, na atualidade, somente pela via judicial se poderá discutir com relação ao conteúdo divulgado, não sendo possível a mera notificação ao provedor³⁷. “A responsabilização do provedor de conteúdo somente ocorrerá de forma subsidiária e se, após ter sido devidamente intimado a indisponibilizar o conteúdo, não o fizer dentro de seus limites técnicos” (CONSALTER, 2017, p. 285). Essa medida privilegia a liberdade de expressão, podendo causar danos intensos ao indivíduo que tem dados divulgados, causando-lhe violações graves.

3.2.3 Lei de Acesso à Informação

A Lei de Acesso à Informação, n. 12.527/11, busca fortalecer a transparência dos órgãos públicos, trazendo mais participação popular aos atos estatais. Assim, há uma atuação mais democrática do ente público, já que as informações públicas devem ser, na maior parte

³⁷ Entretanto, visando coibir os casos de *revenge porn* no Brasil, o legislador se preocupou com a previsão de um artigo específico sobre isso, que é o art. 21 do MCI. Ele prevê a possibilidade de responsabilização subsidiária do provedor no caso de, após ser notificado sobre “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”, não tornar o conteúdo indisponível.

dos casos, disponibilizadas para a população. Dessa forma, a regra passou a ser a de publicidade das informações relativas à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios. Somente excepcionalmente as informações são consideradas sigilosas e a elas os cidadãos não terão acesso.

É interessante notar que, nessa lei, também se estabelece proteção aos dados individuais, como se percebe do art. 31: “O tratamento das informações pessoais deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais”. Portanto, o que se percebe é que tal lei, assim como a Constituição e o ordenamento pátrio, de forma geral, visa proteger as informações pessoais, para que não haja uma violação capaz de provocar lesões individuais. Assim, apesar de não haver previsão expressa do direito ao esquecimento, tal normativa corrobora a proteção das informações individuais e pode ser interpretada e aplicada no sentido de contemplar também referido direito.

3.2.4 Projetos de Lei

A dificuldade do Brasil em lidar com o direito ao esquecimento ocorre também em razão da ausência de legislação específica sobre o tema. O país não conta sequer com lei específica para a proteção de dados. As proteções que existem hoje são esparsas e específicas, como se demonstrou nos itens anteriores.

No entanto, deve-se ressaltar que há alguns Projetos de Lei sobre o assunto em tramitação. Somente para verificação das proposições, realizou-se busca no site da Câmara dos Deputados por “direito ao esquecimento”, no qual foram encontradas algumas proposições.

O primeiro Projeto é de 2014, o PL 7.881/2014, do então Deputado Eduardo Cunha. Contava com apenas um artigo, que determinava “[...] é obrigatória a remoção de links dos mecanismos de busca da internet que façam referência a dados irrelevantes ou defasados sobre o envolvido”. O projeto, extremamente resumido, trata de forma abrangente de “dados irrelevantes ou defasados”, o que é excessivamente perigoso à liberdade de expressão.

O mais recente, 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”.

Há ainda o PL 1676/2015, que “[...] tipifica o ato de fotografar, filmar ou captar a voz de pessoa, sem autorização ou sem fins lícitos, prevendo qualificadoras para as diversas formas de sua divulgação e dispõe sobre a garantia de desvinculação do nome, imagem e

demais aspectos da personalidade, publicados na rede mundial de computadores, internet, relativos a fatos que não possuem, ou não possuem mais, interesse público”.

Cita-se, por fim, o relevante PL 215/15, que vem passando por modificações ao longo do tempo e que visa punir “[...] os crimes contra a honra praticados nas redes sociais”.

4 DIREITO AO ESQUECIMENTO NA DOUTRINA BRASILEIRA

No presente capítulo é analisada a contribuição da doutrina brasileira com relação ao direito ao esquecimento. Assim, são exploradas algumas das críticas normalmente atribuídas à existência desse direito, relacionadas principalmente à proteção da liberdade de expressão e à memória nacional.

Posteriormente é analisada a doutrina mais especializada sobre direito ao esquecimento no Brasil atualmente. A partir dela são enumerados os conceitos normalmente atribuídos a esse direito. Ademais, são analisados os critérios adotados com relação à sua aplicação. Objetiva-se, com isso, obter informações que levem à sistematização do direito a ser esquecido em âmbito nacional.

4.1 CRÍTICAS AO DIREITO AO ESQUECIMENTO

Como visto ao longo deste trabalho, o direito ao esquecimento consubstancia o enfrentamento de dois direitos concretos, a liberdade de expressão e a proteção da privacidade do indivíduo. Logo, há o enfrentamento entre a exposição de dados pretéritos, seja pelos provedores de busca ou pela mídia; e a proteção da personalidade do indivíduo. Os dois direitos são previstos constitucionalmente, tendo status constitucional (art. 5º, IX, X, XIV; art. 220, CF).

Desde logo salienta-se a literalidade do art. 220, §1º, o qual estabelece que “[...] nenhuma lei conterà 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.”. Consequentemente, os direitos da personalidade são previstos como forma de limitar a liberdade de expressão (DE FARIAS, 2008, p. 141).

O conflito entre liberdade de expressão e os direitos da personalidade não é recente. Desde o início da atividade de imprensa, através da publicação de jornais e revistas, se discute sobre os limites dessa atividade, ou seja, até que ponto é válida a intromissão na privacidade do indivíduo para a divulgação de notícias. Porém, na sociedade da informação, que tudo recorda, o embate se intensifica e “[...] as evidências do passado, conforme têm sido expostas atualmente, acabam por promover mais um *round* do clássico conflito jurídico, que vem há décadas sendo delineado e discutido” (BRANCO, 2017, p. 123).

É relevante tratar do significativo direito à liberdade de expressão. Sua positivação constitucional no Brasil ocorreu após regime ditatorial, que perdurou de 1964 até 1985, e

restringiu e aniquilou diversas garantias fundamentais. Trata-se do momento histórico pós-Ditadura. Consequentemente, foi conferida, com razão, grande valorização a esse direito. Sua limitação pode ser possibilitada pela aplicação do direito ao esquecimento, tornando árduas as tarefas de estudá-lo e inseri-lo na legislação.

A liberdade de expressão é atualmente concretizada em inúmeras situações através da liberdade de imprensa, mobilizada pelos diferentes meios de comunicação: audiovisuais (televisão e plataformas *online*); impressos (jornais e revistas, por exemplo) ou na internet, através dos portais de notícias ou dos provedores de busca, dentre outros exemplos.

Essa liberdade tem existência e importância incontestáveis. No Brasil, como mencionado, encontra-se previsto na CF. Internacionalmente, esse direito também é visto com grande relevância, como se percebe a partir da sua previsão no artigo 19³⁸ da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

É inquestionável o valor da liberdade de imprensa, já que a informação é mecanismo essencial para que o cidadão esteja inteirado do que ocorre na vida pública, bem como dela participe (PERLINGIERI, 2007, p. 186). Conexo ao direito da mídia de informar está o relevante direito da comunidade a ser informado. Isso significa que esse direito, protagonizado pelos meios de comunicação, também concretiza direito de extrema relevância para a coletividade como um todo.

Apesar de se tratar de direito primordial no ordenamento pátrio, o que não se questiona, ele está sujeito a limitações. Com relação à necessidade de imposição de limites ao exercício desse direito:

Não se venha alegar que, com isto, as pilastras da democracia estarão ameaçadas. Constitui lugar-comum a enunciação de que uma coletividade está ameaçada quando se viola a liberdade de imprensa. Mas o exercício abusivo dessa liberdade produz consequências não menos chocantes que aquela violação (COSTA JÚNIOR, 2007, p. 83).

É essencial perceber que nenhum dos direitos assegurados pela ordem constitucional é absoluto. Desse modo, o exercício da liberdade de expressão pode ser limitado, principalmente em razão de outros direitos relevantes.

Nesse sentido, defende-se a necessidade de imposição de limites ao exercício da liberdade de expressão, que teria limites de diversas naturezas, “[...] expressos ou implícitos, internos ou externos, legais ou judiciais, definidos *a priori* ou *a posteriori*” (DE MORAES, KONDER, 2012, p. 3), sendo necessário averiguar, nos casos concretos, se esse direito

³⁸ “Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; esse direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.”

ultrapassou algum limite, saindo da esfera de licitude. O direito à liberdade de expressão tem extrema relevância, mas a imposição de limites não busca aniquilá-lo. Ao contrário, busca preservar direitos fundamentais na maior medida possível. Os abusos devem ser coibidos, como ocorre em todos os direitos tutelados.

Daniel Sarmento se manifestou contrariamente à adoção do direito ao esquecimento no nosso ordenamento, no parecer intitulado “Liberdades comunicativas e ‘direito ao esquecimento’ na ordem constitucional brasileira” (2016). Tal parecer foi realizado em resposta à consulta feita pela Rede Globo S/A sobre a constitucionalidade desse direito, em razão das decisões do STJ nos casos Aida Curi e Chacina da Candelária.

No parecer em tela, para tratar da colisão entre o direito ao esquecimento e as liberdades de expressão e imprensa, Sarmento argumenta sobre a posição preferencial dessas liberdades quando em confronto com os direitos da personalidade (2016, p. 19). Entretanto, esse não parece ser o melhor entendimento no nosso ordenamento. O direito ao esquecimento, como manifestação da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação, também tem base constitucional. Ademais, a doutrina da posição preferencial tem origem no direito norte-americano, que apresenta diferenças significativas com relação ao modelo brasileiro.

O entendimento da necessidade de ponderação em caso de conflitos entre direitos da personalidade é corroborado pelo Enunciado nº 274 da IV Jornada de Direito Civil do CJF (2006), já referenciado. Nele é esclarecido que, em caso de conflitos, nenhum direito deve prevalecer aos demais, já que possuem a mesma hierarquia.

Em se tratando de direitos de mesmo status constitucional, não deve haver um afastamento prévio de um dos direitos. A questão deve ser analisada por meio da ponderação e da proporcionalidade. Consequentemente, a melhor solução posta pela doutrina é a ponderação entre os direitos envolvidos, além da observação de alguns critérios, os quais deverão ser analisados em cada caso concreto.

Ao argumentar em favor da liberdade de imprensa como favorecedora da sociedade e não dos meios de comunicação (SARMENTO, 2016, p. 19), deixa-se de considerar que o lucro com a divulgação de informações desmedidas, que não se revestem de interesse público, é dessas empresas. A sociedade, ao contrário, é privada de notícias realmente relevantes para ser bombardeada com informações pessoais, muitas vezes baseadas no sensacionalismo. Sabe-se que sempre que determinado dado é salientado na mídia, outro deixa de ser noticiado. Com a divulgação de informações sem importância, quem perde é a sociedade.

Não se discute se a liberdade de expressão é essencial para as sociedades democráticas (SARMENTO, 2016, p. 22), o que é claro até mesmo pela proteção constitucional que esse

direito recebe. No entanto, reafirma-se, isso não significa que esse direito seja ilimitado. Como qualquer outro direito na nossa ordem constitucional, trata-se de direito que contém limites.

Questão ainda extremamente problemática é a visão de Sarmento de que ao direito da personalidade, em caso de violação, basta a reparação *a posteriori*, a exemplo do direito de resposta e da responsabilização (2016, p. 29). Já se expressou algumas vezes a questão da insuficiência desses recursos para conter violações à pessoa. Após o acesso ou divulgação, as medidas tornam-se somente compensatórias, causando grandes danos.

Ademais, a não previsão expressa desse direito (SARMENTO, 2016, p. 29) não significa que ele não exista ou não seja protegido, de forma implícita, no nosso ordenamento. Sobre a proteção implícita pela cláusula geral de tutela da pessoa, já se discorreu no presente trabalho.

O maior problema do Parecer, em termos argumentativos, é a generalização que ele engendra, como se o direito ao esquecimento fosse banir a liberdade de expressão, ou como se ele ocorresse em casos de interesse público. Não é essa a pretensão desse direito, nem o que se defende. Não se pretende com ele criar restrições fortes às liberdades comunicativas, mas somente proteger da maneira mais ampla possível a pessoa.

Mesmo assim, Sarmento trata da existência desse direito, argumentando que existe espaço apto para sua existência e proteção.

Existe, contudo, um **espaço legítimo para que ele seja protegido**, que não envolve risco tão significativo para estes bens jurídicos essenciais. Trata-se do campo da **proteção dos dados pessoais despidos de interesse público**, especialmente – mas não exclusivamente - no âmbito da informática. (2016, p. 43, grifo nosso).

[...]

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.

A proteção de dados pessoais – por vezes também chamada de autodeterminação informativa - exprime uma visão mais moderna, dinâmica e relacional da privacidade, que se afasta da sua ótica estritamente individualista, subjacente, por exemplo, a ideia do “direito de ser deixado só” (*right to be let alone*), de que falavam Samuel Warren e Louis Brandeis, no primeiro texto doutrinário sobre o direito à vida privada (2016, p. 45, grifo nosso).

Como se percebe, mesmo quem é, à primeira vista, expressamente contrário ao direito ao esquecimento, manifesta que há campo de proteção de dados pessoais que deve ser analisado e protegido. Sarmento também expõe nesse trecho que a ausência de interesse

público é um dos critérios para a aplicação desse direito aos casos concretos. Expõe, ainda, que os desafios para a implementação desse direito são de natureza técnica, ou seja, sua operacionalização e efetividade, principalmente na internet. No campo jurídico, sua existência e adequação ao ordenamento pátrio, desde que pautada em critérios válidos, não é questionada.

Quem defende o direito ao esquecimento não pensa em aplicá-lo sem limites, indiscriminadamente, em todos os casos. Trata-se de direito que tem, ainda na sua criação, natureza esporádica. Logo, é bastante claro que o direito o esquecimento deve ser ponderado com outros direitos, a exemplo da informação e da liberdade de expressão (MASERA; SCORZA, 2016, p. XIV).

Não havendo critério que estabeleça a prioridade de algum desses direitos, “[...] a jurisprudência guia-se, principalmente, pelos princípios da unidade da constituição, da concordância prática e da proporcionalidade, articulados pela doutrina” (DE FARIAS, 2008, p. 156). Para auxiliar o jurista nessa tarefa, a doutrina também costuma estabelecer critérios de aplicação do direito ao esquecimento, os quais são analisados no item 4.4.

4.2 A QUESTÃO DA MEMÓRIA

Ao tratar do direito ao esquecimento, é inevitável abordar a questão da memória. A constante retomada do passado, facilitada pelos meios tecnológicos, tornaram mais comuns os casos de direito ao esquecimento. Ademais, a proteção da memória coletiva é um dos argumentos utilizados pelos juristas com o intuito de limitar a aplicação do direito ao esquecimento.

4.2.1 Memória e esquecimento

Memória e esquecimento são indissociáveis (BRANCO, 2017, p. 12). Desse modo, tratar de direito ao esquecimento é referenciar de forma direta a questão da memória. Podemos conceituar memória resumidamente como a “[...] propriedade de conservar certas informações” (LE GOFF, 1984, p. 11).

A vida e a memória humanas sempre foram baseadas no esquecimento, ou seja, na permanência do fato antigo no passado, sem constantes rememorações. Até mesmo porque “[...] passamos todo o tempo de nossa existência selecionando o que deve ser conservado e o que deve ser posto na lata de lixo” (BRANCO, 2017, p. 24).

Não existe contradição entre lembrar e esquecer, pois os dois atos fazem parte do mesmo processo e, em realidade, são fenômenos complementares, pois é no processo de formulação de novas memórias em que se observa o constante e necessário esquecimento de outras (MARTINEZ, 2014, p. 62).

Inclusive o esquecimento tem relevante papel psicológico, sendo benéfico que o indivíduo selecione as memórias que devem ser mantidas e as que devem ser descartadas. O esquecimento possibilita ainda que cada indivíduo perdoe, esqueça e siga em frente.

O ser humano, consciente de sua mortalidade, muitas vezes tenta deixar, ainda em vida, comprovações de sua existência terrena. Por isso, muitas vezes se propõe que o indivíduo, para ter uma vida plena, deve plantar uma árvore, escrever um livro e ter um filho, o que seria a perpetuação, respectivamente, do ambiente onde vive, do seu pensamento e de sua própria matéria (BRANCO, 2017, p. 20).

Assim, as pessoas escolhem guardar algumas informações pessoais por meio de textos, fotos ou arquivos audiovisuais (BRANCO, 2017, p. 24). No entanto, como as informações eram pessoais, sempre foi possível que o indivíduo tivesse o controle e pudesse apagar o que não mais lhe representasse. Como exemplo, o indivíduo possuía controle sobre seus diários, podendo inutiliza-los; assim como poderia modificar ou apagar imagens constantes nos álbuns de família. Nesse sentido:

Enquanto os registros da memória foram coletados em meios analógicos, era possível exercer sobre eles um controle quase absoluto. [...] era normalmente possível manter um controle razoável sobre as pessoas a quem se daria o direito de compartilhar a memória. O mesmo pode ser dito sobre o momento em que se decidisse pôr fim àquelas lembranças. [...] Com o advento dos suportes digitais, tudo mudou (BRANCO, 2017, p. 28-29)

Historicamente, a realidade sempre foi a de escolha do indivíduo de apagar questões do passado e seguir em frente. No entanto, a memória digital vem contrariar essa lógica, fazendo com que a sociedade atual perca a capacidade de esquecer. A cibernética enriqueceu a própria noção de memória, ampliando-a de forma exponencial e mudando a forma como ela é entendida. A memória humana seria de curto ou longo prazo, enquanto a memória eletrônica seria eterna, com capacidade ilimitada.

A esta primeira distinção na duração entre memória humana e memória eletrônica, é necessário acrescentar 'que a memória humana é particularmente instável e maleável [...], enquanto que a memória das máquinas se impõe pela sua grande estabilidade [...], com uma facilidade de evocação até então desconhecida.' (LE GOFF, 1984, p. 41).

Em tempos anteriores, se fosse divulgada em sua comunidade uma informação que desagradasse ao indivíduo, mudar-se resolveria o seu problema (BRANCO, 2017, p 125). Ele poderia facilmente desligar-se de seu passado e começar uma nova vida. Isso porque a

circulação de dados era mais restrita e possivelmente, não ultrapassaria as fronteiras da região onde esse indivíduo vivia anteriormente.

Atualmente, no entanto, o deslocamento para outro local não é mais garantia de uma nova vida, já que os dados *online* podem ser acessados e conhecidos por qualquer pessoa. A busca *online* pelo indivíduo se tornou comum no começo de qualquer relacionamento, seja no trabalho, amizade ou amoroso. Por isso, hoje se enfrenta questões novas na sociedade, já que registros do passado podem gerar consequências posteriores, mesmo quando o fato já teria sido esquecido pela mente humana (COSTA, 2013, p. 185).

Deve-se ainda abordar um fenômeno particular e frequente na atualidade, qual seja, a constante retomada da memória. “Assim sendo, atualmente as pessoas são instigadas à constante exposição e ao permanente resgate de fatos e atos pretéritos, dando a impressão de que é pecaminoso esquecer o que quer que seja” (CONSALTER, 2017, p. 170). Trata-se, nesse sentido, da emergência da memória como uma das preocupações centrais no Ocidente, a partir principalmente do século XX (HUYSSSEN, 2000, p. 9). É a intitulada “[...] globalização da memória” (HUYSSSEN, 2000, p. 12), na qual se almeja trazer sempre o passado para o presente.

Chega-se assim a considerar que “[...] a memória se tornou uma obsessão cultural de proporções monumentais em todos os pontos do planeta” (HUYSSSEN, 2000, p. 16). O autor exemplifica sua tese a partir da questão do Holocausto, assunto continuamente retomado em diversas pautas da atualidade, abordando a mercadorização e a espetacularização que esse evento conserva (HUYSSSEN, 2000, p. 21). Para Andreas Huyssen, a constante retomada do passado é utilizada incontáveis vezes pela mídia com fins econômicos, com o compartilhamento de traumas para saciar os consumidores de memória (HUYSSSEN, 2000, p. 22). A obsessão da sociedade com o passado faz com que ele venda e se torne rentável para a mídia, de forma geral.

Desse modo, um dos grandes problemas é o de utilização da memória não com fins informativos ou educacionais, mas com intuito de angariar recursos financeiros pela sua divulgação. Isso porque a memória se tornou um produto da sociedade de consumo (LE GOFF, 1984, p. 44). Ela é explorada nos mínimos detalhes, já que vende bem. Até mesmo porque o interesse da memória coletiva e da história se expande cada vez mais, abarcando não somente acontecimentos famosos, mas havendo interesse por todos os homens (LE GOFF, 1984, p. 99).

Ao tratar da enorme velocidade das mudanças na era tecnológica, Andreas Huyssen expõe sua hipótese para a fixação da sociedade com o passado:

[...] precisa-se da memória e da musealização, juntas, para construir uma proteção contra a obsolência e o desaparecimento, para combater a nossa profunda ansiedade com a velocidade de mudança e o contínuo encolhimento dos horizontes de tempo e de espaço (HUYSEN, 2000, p. 28).

Na atualidade, um dos grandes problemas existentes é a chamada publicização da vida privada, sendo que “[...] o deslocamento do conteúdo privado para acesso público tem sido marca constante da cultura contemporânea” (BRANCO, 2017, p. 40). Trata-se de reflexo do interesse do público, seguido da conveniência dos mais diversos meios de comunicação, de trazer informações privadas do indivíduo ao conhecimento geral e, com isso, auferir lucro. Essa publicização, a “intimidade aberta ao público” (BRANCO, 2017, p. 32), se concretiza também através da exposição cada vez mais comum dos indivíduos nas redes sociais, que permite a exposição de imagens, dados, escritas e textos para o grande público.

Assim, a constante retomada ao passado pode ser vista como forma de confortar os indivíduos na sociedade atual, cada vez mais tecnológica e marcada pela instabilidade e rapidez. Nesse contexto é que ganha relevância o direito ao esquecimento, propiciando que informações que pertençam ao passado ali permaneçam.

4.2.2 Memória coletiva e individual

No já citado parecer **Liberdades comunicativas e "direito ao esquecimento" na ordem constitucional brasileira** (2016), Sarmiento argumenta que o esquecimento pode ser utilizado como mecanismo de manipulação da memória coletiva. Discute a questão da censura e da problemática em se proibir a veiculação de notícias referentes aos políticos (2016, p. 5). Para isso, argumenta que a democracia pressupõe a divulgação plena de informações (2016, p. 6). Expõe ainda sua preocupação com relação à questão da memória, já que seria necessário rememorar para construir a história (2016, p. 12). Afirma, enfim, que “[...] a universalização do direito ao esquecimento é o potencial aniquilamento da memória coletiva” (2016, p. 15).

Para responder a essas questões, é importante salientar que o direito ao esquecimento não se pretende como forma de alterar, manipular ou excluir a memória coletiva, criada em um Estado, por exemplo. Essa memória pertence ao povo. Consequentemente, os eventos históricos, nacionais ou mundiais, devem ser preservados. A mera pretensão de esquecê-los é, além de violadora de direitos, inviável. Assim é que “[...] tratando-se de fatos de inegável interesse público e importância histórica para o seu povo, o direito ao esquecimento tende a ceder espaço, ressaltando-se os excessos cometidos na difusão de informações históricas” (CORDEIRO, PAULA NETO, 2015, p. 18).

Nesse sentido se desenvolve a questão do direito à verdade, no que diz respeito ao conhecimento da verdade histórica e preservação da memória nacional. Esse é, inclusive, ponto comumente abordado por aqueles que se dizem contrários à aplicação do direito ao esquecimento.

É certo que os casos de graves violações de direitos humanos devem ser discutidos, até mesmo com fins de restituir a dignidade das vítimas e familiares. Tanto é assim que inúmeros países, após passarem por períodos ditatoriais, realizaram investigações através de Comissões³⁹, para apurar os crimes cometidos. As Comissões da Verdade buscam desvendar o que realmente ocorreu nos momentos de ditadura, averiguar as vítimas, crimes e responsabilidades. No Brasil não foi diferente. Em 2011, através da L. 12.528, foi criada a Comissão Nacional da Verdade, com o intuito de examinar os crimes cometidos durante a nossa ditadura, de 1946 até 1988.

Ainda assim, o Brasil utilizou-se de mecanismos ora de preservação, ora do esquecimento para atingir o mesmo resultado, qual seja, a reconciliação nacional. Tanto é assim que foi instituída a chamada Lei de Anistia. Essa lei, de nº 6.683/1979, foi instituída no Brasil no final do regime ditatorial, tentando trazer conciliação e pacificação à sociedade brasileira.

A necessidade de apuração desses fatos, no entanto, não pode se confundir com uma obsessão da verdade, que buscaria uma suposta verdade universal em todos os casos. Isso significa que a sociedade hoje, com grande fluxo de informações, é marcada pela multiplicidade de verdades (RODOTÀ, 2012, p. 221). Esse direito à verdade, portanto, não seria absoluto, no sentido de poder apurar todos os indivíduos e todas as informações, mas deve ser ponderado com outros interesses relevantes na sociedade democrática.

Stefano Rodotà argumenta com relação ao direito geral à verdade, do Estado contra os cidadãos⁴⁰ (RODOTÀ, 2012, p. 223). Para ele, essa cessão total dos direitos do indivíduo em prol dos outros e do Estado seria, essa sim, típica de um estado totalitário. A necessidade de informação, de verdade, não impõe uma necessidade total de verdades, que imporá aos indivíduos a necessidade de se expor total e completamente em público.

³⁹ A busca da verdade e apuração de crimes não poderia ser confiada à instituições estatais já existentes, que poderiam ter sido responsáveis pelo cometimento dos crimes apurados. Por isso foram criadas as Comissões Nacionais da verdade, que buscavam também a reconciliação nacional (RODOTÀ, 2012, p. 218).

⁴⁰ “In una democrazia non si può costruire un diritto generale alla verità di cui siano totalari le istituzioni pubbliche nei confronti di tutti i cittadini”.

Assim, com relação à memória individual, o indivíduo não pode ser lembrado por “[...] fatos passados que dizem respeito à sua história pessoal e que não devem permanecer acessíveis à coletividade pela eternidade” (CORDEIRO, PAULA NETO, 2015, p. 2).

Ademais, o direito ao esquecimento não se confunde com censura porque não se pretende como mecanismo para coibir a veiculação de toda e qualquer notícia. Ao contrário, pretende englobar somente informações específicas. A proteção à pessoa e aos seus direitos da personalidade, em alguns casos, é justificativa razoável e legal para evitar que determinada notícia seja disseminada.

Tal direito não é defendido como sendo absoluto, ilimitado. Muito ao contrário, sua aplicação é excepcional e deve ocorrer em alguns casos, quando a veiculação da notícia se mostrar desnecessária e/ou extremamente gravosa à privacidade do indivíduo. Como será analisado, há alguns critérios que devem nortear a sua aplicação, para que ocorra da maneira mais compatível com o ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, surge situação antagônica:

De um lado, o inequívoco interesse público da memória coletiva, principalmente no que tange ao acesso à informação e à liberdade de expressão. De outro, o preço a se pagar pela ampla possibilidade de obtenção da informação, que é alto e sujeita todos os indivíduos à situação de incerteza, de potencial violação de direitos fundamentais, tais como a proteção do nome, da imagem e da privacidade, em razão do caráter ilimitado de disponibilização temporal da informação, já que fatos passados e indesejáveis podem ser lembrados a todo instante. (MARTINEZ, 2014, p. 59).

Como explicitado ao longo do presente trabalho, o direito ao esquecimento busca proteger principalmente a memória individual. Através desse reconhecimento é possível que se atinjam outros direitos da personalidade (MARTINEZ, 2014, p. 53), como já analisado.

Nesse sentido, a tendência é que quanto mais o tempo passe, mais difícil será que a ponderação tenda ao direito à informação. Em outras palavras: sendo o tempo decorrido entre a ocorrência do fato e sua divulgação muito grande, a tendência maior é que haja preservação do direito individual.

Isso porque, como já discutido anteriormente, a tendência do cérebro humano é de selecionar as informações mais relevantes e esquecer-se das demais. Mesmo quando houver lembranças importantes, mas que não sejam agradáveis ao indivíduo, o esquecimento é desejado como forma de continuidade e prosseguimento da vida.

Logo, o decurso do tempo deve proporcionar esse esquecimento. Ainda que a sociedade atual possa rememorar fatos pretéritos, não significa que deva fazê-lo. O direito existe justamente para coibir ações que objetivem violar direitos individuais, que são de fácil ocorrência com a internet, onde as informações são eternas.

A rede de computadores, portanto, propicia a construção, cada vez com mais dados, da nossa memória individual *online*. Como se percebe, a mudança tecnológica e a sociedade da informação fazem com que o sujeito perca o controle sobre seus dados, sua autodeterminação informativa e sua memória pessoal. O direito ao esquecimento é uma maneira de permitir que o indivíduo tenha parte desse controle de volta, e que não seja prejudicado por fatos pessoais do seu passado. Diz respeito, como se percebe, somente à questão da memória individual, ou seja, àqueles tópicos que não ensejam interesse efetivo da sociedade despertando, no máximo, curiosidade.

4.3 CONCEITO DOUTRINÁRIO

A primeira grande indeterminação que ocorre com relação ao direito ao esquecimento é a imprecisão conceitual que o ronda. É extremamente tormentoso definir o que o direito ao esquecimento significa, o que ele abarca. Até mesmo porque esse é apenas o nome mais popular utilizado no Brasil, existindo outros, a exemplo de “direito a ser esquecido” e “direito a ser deixado só”. Internacionalmente, o título “esquecimento” é mais utilizado, como se percebe nos Estados Unidos (“the right to be forgotten”), na Espanha (“derecho al olvido”), na Itália (“diritto all’oblio”) ou na França (“le droit à l’oubli”), a título exemplificativo.

Ao contrário do que o nome indica, o objetivo do direito ao esquecimento não é que, efetivamente, algo seja esquecido. Com a aplicação dessa proteção não se deseja causar amnésia coletiva. O Direito não consegue impor que determinado fato seja esquecido, retirado da mente de alguém. Deve-se pontuar que “[...] definitivamente, *não se trata de esquecimento*, mas de pleito para que determinada informação não esteja mais acessível publicamente” (BRANCO, 2017, p. 144).

O que se pretende com a aplicação desse direito é que alguém não seja constantemente lembrado por fato estabilizado no passado, que não haja sua publicação ou acesso no presente. Em outras palavras, objetiva-se tão somente que não haja a divulgação de determinados fatos que tragam prejuízos e sofrimentos a determinados indivíduos.

A indeterminação conceitual do direito ao esquecimento não é suficiente para justificar a sua inexistência. A partir desse momento, são analisados conceitos postos pela doutrina mais especializada com relação a esse direito.

Inicialmente, deve-se esclarecer que não cabe dizer que o indivíduo tem relação proprietária com ele (DONEDA, 2006, p. 166). A pessoa, assim como é titular de direitos da

personalidade, também o é de ser esquecida. A lógica proprietária e monetária aqui não se aplica, fazendo sentido somente a análise desse direito como um direito subjetivo. Rodotà também critica a utilização da informação somente de acordo com a lógica proprietária, já que tem relevância as dimensões pessoais e sociais de divulgação de dados pessoais (RODOTÀ, 2008, p. 76).

Rodotà ainda argumenta que o direito ao esquecimento concretiza o direito à privacidade hoje, já que todos podem ver algumas de suas informações canceladas, apagadas. Isso porque temos o direito a não sermos permanentemente perseguidos por determinados fatos. Segundo o autor, a privacidade hoje é “[a manutenção] somente de informações essenciais, e sempre completas, para não deturpar a identidade pessoal”⁴¹ (2005, p. 7).

Mais que isso, sustenta que há a necessidade de fixação de prazos para a conservação de informações, porque ninguém deve permanecer prisioneiro de seu passado (RODOTÀ, 2005a, p. 66). Assim, o direito ao esquecimento seria essencial para a concretização do livre desenvolvimento da personalidade, ou seja, da possibilidade de construção de uma nova identidade. Isso porque, em razão da identidade sempre mutável, a informação do passado só é legítima quando realmente essencial (RODOTÀ, 2005a, p. 67).

Afirma ainda o autor que o direito ao esquecimento é uma das formas de proteger a privacidade, estabelecendo que:

[...] algumas categorias de informações devam ser destruídas, ou conservada somente em forma agregada e anônima, uma vez que tenha sido atingida a finalidade para a qual foram coletadas ou depois de transcorrido um determinado lapso de tempo. (...) Assim pode-se tentar diminuir o acúmulo de enormes quantidades de dados, potencialmente perigosos. E, sobretudo, evita-se que cada um seja implacavelmente perseguido por qualquer rastro que tenha deixado ao longo de sua vida (RODOTÀ, 2008, p. 134-135).

Ainda que não se referindo ao direito ao esquecimento, mas ao direito ao resguardo, cabem as palavras de De Cupis, para quem “[...] tal direito não está circunscrito à esfera daquilo que deve permanecer completamente inacessível ao conhecimento dos outros, isto é, secreto; mas compreende sim o que, embora acessível ao conhecimento alheio, não deve ser indiscretamente difundido” (2008, p. 157).

O direito ao esquecimento é referenciado por Dotti, ainda na década de 1980, para quem esse direito é uma manifestação da vida privada, consagrada pela jurisprudência mundial (DOTTI, 1980, p. 92). Logo, deve analisar a coleta de dados de informações

⁴¹ “La privacy è anche questo: solo le informazioni essenziali, e sempre complete, per non travisare l’identità delle persone”.

desatualizadas, sendo o direito ao esquecimento projeção da personalidade humana (DOTTI, 1980, p. 258).

Martinez traz algumas conceituações de direito ao esquecimento ao longo de sua obra (2014). O descreve inicialmente como “[...] limitação temporal para a utilização de dados pretéritos, em função da falta de utilidade de uma informação” (2014, p. 40). Talvez seu conceito mais completo seja:

[...] pode ser caracterizado como uma esfera de proteção, uma redoma, que permitiria que uma pessoa não autorizasse a divulgação de um fato que lhe diga respeito, ainda que verídico, por causar-lhe sofrimento ou algum transtorno, levando-se em consideração a utilidade e data de ocorrência em que a informação objeto de proteção foi realizada. A ideia de esquecimento está diretamente ligada ao pensamento da superação do passado, de redenção, possibilitando que um sujeito não tenha o seu direito à privacidade, à intimidade, ao nome, à honra, atingido por fatos já então consolidados pelo tempo (MARTINEZ, 2014, p. 57-58).

O terceiro conceito apresentado é o do direito ao esquecimento como:

[...] um direito fundamental que seu titular tem de se resguardar daquilo que não se deseja rememorar. Trata-se do direito de não ter sua memória pessoal revirada a toda instante, por força da vontade de terceiros. Como tal, configura-se como um direito essencial ao livre desenvolvimento da personalidade humana (MARTINEZ, 2014, p. 80).

Por fim, o apresenta como “uma redoma protetiva que impossibilita que dados ou informações – em razão do transcurso do tempo e da falta de utilidade da informação – sejam rememoradas e relembradas, causando dor, angústia, violação à memória individual, sem a existência de qualquer ganho evidente para a sociedade” (MARTINEZ, 2014, p. 172). Para Daniel Bucar o direito ao esquecimento:

[...] permite que a pessoa, no âmbito da concretização de sua plena autodeterminação informativa, exerça o controle da circulação de seus dados após determinado período, mediante supressão ou restrição, ainda que estes tenham por conteúdo informações passadas e verídicas acerca do interessado (2013, p. 11).

Zilda Mara Consalter (2017, p. 181-182) traz questão relevante, ao estabelecer que o direito ao esquecimento não tem como intuito apagar fatos do passado, mas sim controlar a utilização e a exploração de determinados dados no futuro, evitando prejuízos ao titular. Logo, o conceitua como:

Direito subjetivo, de titularidade individual e não absoluto, resultante do desdobramento do direito fundamental à intimidade, mediante o qual o interessado, no exercício de sua liberdade, autonomia e determinação individual, controla se fatos pertencentes ao seu passado podem ou não ser retomados no presente ou no futuro, como forma de salvaguardar a sua integridade emocional, psíquica, profissional e social, além de resguardar, eficazmente, a sua vida íntima (CONSALTER, 2017, p. 188).

Pode-se conceituá-lo ainda como a “[...] possibilidade de se limitar a autonomia dos órgãos de imprensa na divulgação de informações oficiais e verídicas a respeito de alguma

pessoa que, no passado, tenha sido hostilizada pela opinião pública” (DE MORAES, KONDER, 2012, p. 287).

O direito ao esquecimento é ainda compreendido como o “[...] direito de impedir que dados de outrora sejam revividos na atualidade, de modo descontextualizado, sendo conferido à pessoa revelar-se tal qual ela é atualmente, em sua realidade existencial e coexistencial” (COSTA, 2013, p. 197).

Maldonado o conceitua como “[...] a possibilidade de alijar-se do conhecimento de terceiros uma específica informação que, muito embora verdadeira e que, preteritamente, fosse considerada relevante, não mais ostenta interesse público em razão de anacronismo” (MALDONADO, 2017, p. 97).

Ao tratar dos exemplos brasileiros comumente atribuídos ao direito ao esquecimento, Sérgio Branco estabelece parâmetros interessantes de conceituação desse direito. Afirma que ele é suscitado em razão da “[...] mudança na conduta da pessoa que tem como consequência o desejo de se afastar do passado”. E continua afirmando que “[...] há a vontade de ter sua *imagem atual desvinculada do passado*. Ainda que o passado não seja renegado necessariamente, o que se busca, [...] é que os efeitos desse passado não interfiram na vida presente” (2017, p. 129, grifo no original). Sua conceituação se baseia em critérios, vendo o direito ao esquecimento como

[...] violação à *privacidade* por meio de publicação de *dado verídico*, após *lapso temporal*, capaz de causar *dano* a seu titular, *sem que haja interesse público*, conservando-se em todo caso a *liberdade de expressão* e desde que *não se trate de fato histórico*, 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) (BRANCO, 2017, p. 180, grifo no original).

Como se percebe, a conceituação do direito ao esquecimento é problemática, havendo conceitos diversos de acordo com o jurista utilizado. No entanto, na análise de alguns conceitos postos pela doutrina, infere-se a presença de alguns critérios que devem ser percebidos quando da sua utilização.

Concorda-se com Maldonado quando argumenta que “[...] o direito ao esquecimento é melhor compreendido pelos parâmetros que o embasam do que por uma definição intrínseca de si mesmo” (2017, p. 36). Assim, passa-se, no próximo item, a analisar quais são esses critérios.

4.3.1 Enunciados do CJF

O Conselho da Justiça Federal (CJF) promove, desde 2002, Jornadas de Direito Civil com o objetivo de debater o então novo Código Civil e trazer posicionamento com relação às questões mais controvertidas. Os enunciados aprovados correspondem ao pensamento da maioria da Comissão que tratou sobre aquele determinado assunto (BRASIL, 2002, p. 3).

Nesses encontros há a reunião de diversos juristas, que analisam questões de Direito Civil. Os enunciados, por isso, não possuem força vinculante. Trata-se da reunião do pensamento da doutrina especializada, devendo ser analisado como tal. Por isso aqui se faz referência ao enunciado 531, aprovado pela VI Jornada, que afirma: “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.” (BRASIL, CNJ, 2013, sem paginação). Tal enunciado referencia o art. 11 do Código Civil que, como já visto, é o primeiro a tratar dos direitos da personalidade. Relevante ainda é apresentar a justificativa trazida para tal direito:

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 (BRASIL, CNJ, 2013, sem paginação).

O enunciado, em sua justificativa, esclarece que esse direito primeiro se desenvolveu como consequência do Direito Penal, da necessidade de reinserção da pessoa que cometeu crime na sociedade. Para isso, é essencial que essa condição de seu passado não seja permanentemente lembrada e, mais que isso, que o indivíduo não seja visto de modo resumido, somente como um ex-detento, já que sua personalidade é constituída de inúmeras outras características. Como se percebe, a justificativa salienta a questão do desenvolvimento da tecnologia, enfatizando que, em alguns casos, ela causa danos ao indivíduo.

Traz consigo o conceito do direito ao esquecimento, como “[...] a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados”. Assim, enfatiza que esse direito tem limites, não se apresentando como poder pleno de reescrever a própria história. Expõe ainda um critério relevante de aplicação desse direito, qual seja, o modo e a finalidade da rememoração.

Existe ainda outro Enunciado que pressupõe a existência do direito ao esquecimento no nosso ordenamento nacional, o Enunciado 576 da VII Jornada, que dispõe que “O direito ao esquecimento pode ser assegurado por tutela judicial inibitória” (2015, sem paginação). A Justificativa desenvolvida é extremamente interessante:

Recentemente, o STF entendeu ser inexigível o assentimento de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais (ADI n. 4815),

asseverando que os excessos devem ser coibidos repressivamente (por meio do direito de resposta, de uma indenização por danos morais ou pela responsabilização criminal por delito contra a honra). Com isso, **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.** 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.** (BRASIL, CNJ, 2015-a, sem paginação, grifo nosso).

O que esse Enunciado salienta, como se percebe, é a existência do direito ao esquecimento no ordenamento brasileiro. Sua presença foi sempre contestada, e ainda mais posta em dúvida após a decisão do STF na ADI 4815⁴². No entanto, é essencial a argumentação posta no Enunciado, a qual afirma que a aceitação da ADI não contradiz a existência do direito ao esquecimento já que, no caso das biografias, prevalecerá a liberdade de expressão em razão do interesse público geralmente presente. Nos outros casos o direito a ser esquecido ainda pode prevalecer.

O Enunciado vai além, argumentando que o direito ao esquecimento pode ser assegurado por tutela judicial inibitória, visando a real eficiência do sistema jurídico. Isso porque, após o acesso ou a divulgação do fato ou dado que causa danos ao indivíduo, a volta ao *status quo* anterior é muito difícil, senão impossível. A reparação financeira, que é a mais frequente, somente ameniza o abalo sofrido pelo indivíduo, não servindo como real proteção da pessoa. Até mesmo porque, como já dito, na contemporaneidade a divulgação da informação é bastante rápida e, uma vez que é acessada, torna-se difícil controlar seus usos e sua disseminação.

⁴² Em 2015, em julgamento unânime, o Supremo Tribunal Federal decidiu que não há necessidade de autorização prévia do biografado. Antes, vigia no Brasil lacuna legislativa, já que o artigo 20 do CC dava a entender que haveria a necessidade prévia da pessoa biografada para que a biografia fosse divulgada. Essa ADI foi ajuizada em 2012, visando a declaração parcial de inconstitucionalidade, sem redução do texto, dos artigos 20 e 21 do CC/2002. Proposta pela ANEL (Associação Nacional dos Escritores de Livros) visava que a biografia pudesse ser publicada, ainda que sem a autorização da pessoa biografada ou de seus familiares. Ainda assim, deve-se salientar que a posição adotada pelos ministros é intermediária, já que, em caso de abuso de direito, o biografado ou seus herdeiros poderão requerer algum tipo de reparação posterior, a exemplo do direito de resposta, retificação ou indenização.

A tutela judicial dos direitos da personalidade pode ocorrer de três formas principais, quais sejam: invalidação de atos jurídicos ofensivos; indenização dos danos causados e tutela inibitória dos atos lesivos (MELLO, 2006, p. 96). Essa última é essencial porque pode ser a que efetivamente concretize a felicidade do ser humano, em caso de violações aos direitos da personalidade. É ela capaz de “[...] evitar ou fazer cessar a lesão, a fim de preservar a personalidade, ao invés de satisfazer-se com a reparação do dano após a efetuação completa ou parcial da ofensa” (MELLO, 2006, p. 97). Essa conclusão é válida até mesmo porque o direito de eliminar informações, ou o direito ao esquecimento de determinados dados pode não ser suficiente quando o dado já foi disponibilizado de forma planetária (RODOTÀ, 2012, p. 338).

4.3.2 Desindexação

Parte da doutrina classifica o direito ao esquecimento como gênero, do qual são extraídas três espécies, a saber: a retirada de conteúdo; a desindexação e a não divulgação de fato ou informação específica (DE TEFFÉ, BARLETTA, 2016, p. 263). A desindexação é uma faceta essencial do direito ao esquecimento na sociedade de informação, vinculada à utilização da internet.

A desindexação pode ser entendida como a possibilidade de desvinculação de palavras em um provedor de busca. Quando aplicada, a página deixaria de oferecer resultados que contivessem violações aos direitos da pessoa. Assim, a pesquisa continuaria sendo realizada e o nome do indivíduo seguiria gerando diversos resultados, sendo excluídos somente aqueles considerados lesivos. Nesse caso, poderiam ser excluídos, por exemplo, resultados que relacionem pessoa a crimes passados; ou mesmo qualquer situação tida como desonrosa, a exemplo do uso de drogas; informações sobre a vida sexual, dentre outras.

É importante notar que a página que contém o conteúdo lesivo continuaria existindo, de forma pública. A diferença é que esse conteúdo se tornaria muito menos acessado, já que não seria apresentado pelas ferramentas de busca. Sabe-se que, na atualidade, os provedores de busca são extremamente acessados como fonte de informações diversas na rede. O provedor *Google*, sozinho, é responsável por quase 90% das buscas *online* (DE TEFFÉ, BARLETTA, 2016, p. 178). Se o resultado de uma busca em dado provedor não apresentar um link, ele será bem menos acessado pela população em geral, ainda que permaneça disponível na internet em sua fonte primária.

Nesses casos, o exigido pelo titular do direito não é que alguma informação seja excluída, apagada. O que se busca com o direito é somente que os resultados não mostrem mais aquela vinculação, que para eles é descabida, não correspondendo à sua identidade atual. A mera desvinculação, sem se exigir o efetivo apagamento da página que contém a lesão, é medida mais simples para efetivar a proteção da pessoa no mundo *online* porque, na internet, marcada pela fluidez, é incerto dizer que determinado conteúdo será efetivamente apagado.

A questão da responsabilização dos provedores de busca é complexa, e já foi analisada brevemente quando foi avaliado o Marco Civil da Internet. Isso porque eles indicam resultados com base nos termos de busca utilizados. Não há, em um primeiro momento, a sua interferência nos resultados apresentados. No entanto, é razoável pensar que esses provedores, os quais auferem lucros com as pesquisas, também sejam responsabilizados para adotar soluções técnicas que não causem lesões irreversíveis ao indivíduo. É interessante a fala de Schreiber sobre o assunto:

Por meio de uma atividade aparentemente neutra, os motores de busca acabam por ditar a compreensão que os usuários da internet terão de um determinado fato ou de certa pessoa. Amplifica-se imensamente o risco de que alguém seja representado por dados selecionados na internet, sem a sua participação ativa. Não se trata apenas do perigo de utilização de dados falsos. Mesmo dados verdadeiros podem ser apresentados de modo inadequado, sem a contextualização necessária ou com um destaque incompatível com o papel que desempenham na composição da personalidade real do retratado (SCHREIBER, 2014, p. 172).

Consequentemente, a desindexação deve ser analisada como modo de concretizar a correspondência entre a identidade física e a virtual. Assim o indivíduo terá a possibilidade de se autoconstruir no mundo *online*.

Ainda que não seja possível que os provedores de busca, a exemplo do *Google*, realizem essa desvinculação, seria bastante útil aos indivíduos lesados que, ao menos, as informações mais antigas aparecessem mais tarde, não nas primeiras páginas da busca. Os resultados apresentados pelos buscadores nas primeiras páginas são os mais facilmente acessados, e causam maior impacto.

Após a decisão do caso *Google Spain*, já tratada, o *Google* disponibilizou, em 30 de maio de 2014, ferramenta própria, através da qual os usuários poderiam formular requerimentos diretamente à empresa, solicitando a atualização ou exclusão de determinado dado (MALDONADO, 2017, p. 109). Os chamados formulários do *Google* consistem em um modo de resolver a questão independente do Judiciário.

Problemático é o fato das decisões no caso dos formulários serem privatizadas. É uma empresa, e não o Estado, que terá a oportunidade de avaliar e decidir se as informações do indivíduo permanecerão ou não no mundo virtual, o que pode ser arbitrário. Judicialmente, ao

contrário, ocorre processo regular, no qual o indivíduo se manifesta em contraditório e ampla defesa, além da possibilidade de recurso. Assim, as decisões do Judiciário tendem a ser mais igualitárias.

Tratando da memória individual, é necessário que a identidade virtual tenha similaridade e correspondência com a identidade real. Nesse sentido é que se desenvolve a necessidade dos provedores de pesquisa de realizarem a desindexação, que é a desvinculação do usuário a alguns dados, imagens ou informações antigas, que não mais correspondem à sua identidade atual. Deve-se salientar que a reconstrução da identidade *online* não é censura ou forma de revisionismo histórico (COSTA, 2013, p. 205), mas sim a construção da personalidade atual e verdadeira também no mundo *online*.

4.4 CRITÉRIOS SUGERIDOS

No Brasil, os critérios atualmente utilizados na jurisprudência, enumerados pela doutrina⁴³ para a aplicação do direito ao esquecimento (ou de outros direitos para limitar a liberdade de expressão) não são suficientes para resolver a questão. Isso porque a jurisprudência, infelizmente, se baseia em critérios por vezes preconceituosos no julgamento das causas. Os quatro principais são: pessoa pública; local público; ocorrência de crime e evento histórico.

O fato de a pessoa ser pública não justifica, *a priori*, a perda de seus direitos de personalidade. Ser pessoa conhecida não significa permissão incondicional e perpétua de conhecer detalhes privados de suas vidas. Toda pessoa é dotada de direitos e deve ter a privacidade protegida pelo ordenamento pátrio. Além disso, a pessoa é, por definição, privada (SCHREIBER, 2014, p. 113). Assim:

Público, no que concerne a atos envolvendo a imagem de pessoas, é apenas o evento sobre o qual recaia interesse legítimo de informação, a atrair a tutela de uma liberdade constitucional que, à luz de certas circunstâncias, pode eventual e apenas ocasionalmente prevalecer sobre o direito à imagem da pessoa retratada (SCHREIBER, 2013a, p. 38).

Isso porque a amplitude da vida particular do indivíduo varia conforme seu *status*, o modo com o qual ele se integra na sociedade. A pessoa famosa, por ser conhecida, se expõe na sociedade de modo diferente. A sua exposição é até, em alguns casos, necessária para a perpetuidade do seu reconhecimento. “Se, porém, o direito à intimidade, com relação às pessoas célebres, sofre uma limitação, isto não implica a sua verdadeira supressão” (COSTA

⁴³ A exemplo de SCHREIBER, 2014, p. 112/115 e MARTINEZ, 2014, p. 160/171.

JÚNIOR, 2007, p. 33). A esfera mais íntima, confidencial, deve permanecer intacta, sem intervenções da mídia.

Com relação ao direito à imagem, argumenta Adriano de Cupis:

De todo modo, mesmo as pessoas revestidas de notoriedade conservam o direito à imagem, relativamente à esfera íntima da sua vida privada, em face da qual as exigências da curiosidade pública têm que se deter. A limitação estabelecida pela lei deve entender-se, por sua vez, com esta restrição. (DE CUPIS, 2008, p. 148).

O critério do local público também é contestável, já que, mesmo estando em local público, preserva-se a intimidade de cada um. Não é razoável condicionar a existência da intimidade a espaços fechados e privados, já que o transformaria em direito aplicável somente em lugares privados, entre quatro paredes (MARTINEZ, 2014, p. 43-44).

Além disso, aparecer ou mesmo falar alguma coisa em local público é diferente de ter a imagem ou um áudio divulgado pela grande mídia. O desenvolvimento da tecnologia torna tal critério insuficiente, já que o uso de recursos tecnológicos apresenta-se como um artifício inesperado, tornando as cenas em alta definição, ainda que distantes (SCHREIBER, 2013a, p. 37). Mesmo em local público, o que se espera é um acesso momentâneo e de um número limitado de pessoas àquela informação, o que será bruscamente modificado pela divulgação midiática.

A ocorrência de crime é critério problemático, já que endossa o raciocínio de perpetuidade da pena. Por mais que tenha havido um fato criminoso, não se justifica uma retirada de direitos daquele que respondeu pelo crime. Tendo havido julgamento e cumprimento da pena, o indivíduo é portador de direitos como todos os demais⁴⁴.

Os criminosos ou vítimas, principalmente em crimes de grande repercussão na sociedade, possuem a chamada “notoriedade transitória” (COSTA JÚNIOR, 2007, p. 38). Nesse caso, após o fato e a divulgação da notícia, ele não deve ser rememorado. O autor ainda salienta, com relação aos limites do direito à intimidade, que não há justificativa para a publicação de fotografia do condenado que já tivesse sido apenado, já que essa exposição configuraria nova espécie de penalidade, sendo de divulgação desnecessária (2007, p. 52).

O evento histórico é critério válido, mas deve ser analisado com cuidado. Por óbvio, como já salientado, em se tratando de fato já enraizado na cultura e história de um local, não há como se falar em direito ao esquecimento. Porém, não se pode incluir todo e qualquer evento que tenha tido repercussão como um evento histórico, sob pena de infundada restrição de direitos fundamentais.

⁴⁴ Inclusive, como já se demonstrou, após o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados do cumprimento ou extinção da pena, os efeitos negativos da reincidência terminam. Nesse sentido é o art. 64, I do Código Penal.

Rodotà já trazia alguns critérios de aplicação do direito ao esquecimento, a exemplo da necessidade da finalidade pretendida com a divulgação da notícia ser levada em consideração, além de análise do indivíduo a quem o dado se refere (se pessoa pública ou privada) e a situação abarcada (RODOTÀ, 2012, p. 412).

Podemos ainda salientar alguns critérios trazidos para a exposição da imagem da pessoa, a exemplo da notoriedade da pessoa; o cargo público exercido; as necessidades de justiça ou de polícia; fins científicos, didáticos ou culturais, além da repercussão relacionada com fatos, acontecimentos, cerimoniais de interesse público ou ocorridos em público (DE CUPIS, 2008, p. 147).

Com relação ao uso de critérios para a decisão, é relevante ainda o Enunciado 279 da IV Jornada de Direito Civil do CJF, que estabelece:

A proteção à imagem deve ser ponderada com outros interesses constitucionalmente tutelados, especialmente em face do direito de amplo acesso à informação e da liberdade de imprensa. Em caso de colisão, levar-se-á em conta a **notoriedade do retratado e dos fatos abordados**, bem como a **veracidade** destes e, ainda, as **características de sua utilização** (comercial, informativa, biográfica), privilegiando-se medidas que não restrinjam a divulgação de informações (BRASIL, CNJ, 2006, sem paginação, grifo nossos).

Consequentemente, propõe-se novos critérios para a avaliação se o direito ao esquecimento for aplicado em determinado caso concreto. Como já foi explicitado, o direito à liberdade de expressão configura-se como de extrema relevância na ordem jurídica nacional. O direito ao esquecimento, por sua vez, se pretende como excepcional, em circunstâncias específicas.

Desse modo, para que haja efetiva configuração desse direito, deve-se cumprir os requisitos estipulados, os quais justificarão a limitação que o direito à liberdade de expressão deverá sofrer, na menor medida possível.

Os parâmetros são necessários para que as decisões sejam mais uniformes, prestigiando a segurança jurídica e o princípio da igualdade, tão relevante em nosso ordenamento. O direito ao esquecimento, dotado de grande amplitude, deve ter suas peculiaridades analisadas em cada caso, para verificar se deve preponderar ou não.

4.4.1 Razoável lapso temporal

O título “direito ao esquecimento”, por si só, já afirma um dos pré-requisitos para sua configuração, já que só podem ser esquecidos fatos que pertencem ao passado. Em se tratando de dados recentes, pode haver a aplicação de outros direitos, a exemplo da proteção da

privacidade *lato sensu*, imagem, honra ou nome. Para que se caracterize e aplique o direito ao esquecimento, é essencial que tenha decorrido considerável período de tempo do acontecimento até a sua divulgação ou manutenção em banco de dados.

É difícil definir qual seja esse período de tempo considerável de forma objetiva. O melhor é analisar, conforme as circunstâncias do caso concreto, se aquela informação tem correspondência com a identidade atual do indivíduo, ou seja, se realmente a possibilidade de acesso a ela trará prejuízos à pessoa. Logo, deve-se pensar na questão da mutabilidade da pessoa humana, ou seja, que aquela característica que a definia há algum período de tempo já não mais se enquadra na sua personalidade.

Alguns doutrinadores propõe o estabelecimento de um prazo temporal específico, geralmente sugerido em 5 (cinco) anos⁴⁵, conforme se perceberá da manifestação do IBCCRIM na Audiência Pública sobre direito ao esquecimento no STF, que ainda será analisada.

Ademais, como visto, a legislação brasileira, apesar de não trazer de forma expressa a previsão do direito ao esquecimento, preocupa-se em determinar que a passagem do tempo é apta a tornar a informação lícita em ilícita. Nesse sentido, “[...] as notícias podem ser inadequadas não por seu conteúdo em si ao tempo em que foram elaboradas, mas por sua permanência e possível descontextualização” (SCHULMAN, 2016, p. 337). O mero decorrer do tempo é apto a tornar informação, de divulgação inicialmente lícita, em abusiva. O decorrer do tempo faz com que aquela informação privada perca, em regra, sua utilidade para a divulgação.

4.4.2 Ausência de interesse público

⁴⁵ Uma vez estipulado que o decurso do tempo tende a retirar a utilidade e o interesse público da informação, pode-se questionar sobre a estipulação de prazo para armazenamento e divulgação das informações. A questão é bastante complexa e não há muita discussão sobre o assunto. Considera-se que o estabelecimento de um prazo pode ser realizado, a partir de prazos semelhantes colocados em outras legislações. No entanto, por ser um critério extremamente objetivo, pensa-se que deve ser utilizado em conjunto com outros aqui descritos. Isso porque há questões muito importantes a serem consideradas, a exemplo da utilidade da informação, que não devem ser menosprezadas na análise realizada pelo Judiciário. O prazo normalmente sugerido é o de cinco anos. Esse parâmetro existe em razão da sua presença em outras legislações nacionais. Nesse sentido é o artigo 43, §1º, do CDC, que restringe o tempo de utilização de dados negativos inseridos em banco de dados consumeristas. Outra referência ocorre no artigo 137 da Lei 8.112/90, que prevê prazo de cinco anos de incompatibilidade para o retorno às atividades públicas. Assim, após o prazo as informações devem ser esquecidas. Também nesse sentido é o artigo 49, III, da Lei de Direitos Autorais (Lei 9.610/98), que estipula o prazo para transferência dos direitos do autor nos seguintes termos: “na hipótese de não haver estipulação contratual escrita, o prazo máximo será de cinco anos”. Pode-se ainda fazer uma correlação com o âmbito penal. O artigo 64 do Código Penal Brasileiro estabelece claramente que, após cinco anos da ocorrência do crime, o réu será considerado primário no processo. Logo, mesmo quando da ocorrência de um crime, há um prazo para que o cidadão tenha aquelas informações utilizadas em outro processo para fins de reincidência.

Quando se trata do direito ao esquecimento, uma das maiores preocupações, com razão, é que sua existência seja utilizada para justificar formas de censura, causando a perda da memória nacional. Justamente por isso, um dos critérios mais disseminados e aceitos na doutrina para a sua aplicação é a ausência de interesse público sobre aquela informação.

Desse modo, se o dado contestado em juízo for dotado de interesse público, o direito a ser esquecido não se aplica. Ele somente tem espaço de concretização em se tratando de informação de natureza eminentemente privada (BRANCO, 2017, p. 171). Em outras palavras, havendo verdadeiro interesse da população nas informações, o titular não poderá argumentar pela proteção da sua privacidade, incluindo o direito ao esquecimento. No entanto, esse interesse deve ser real, e “[...] não apenas uma retomada de notícias e fatos que surtiram interesse no passado” (CONSALTER, 2017, p. 296).

Logo, “[...] se a manutenção do dado causa dano ao titular e, por outro lado, não gera qualquer benefício público, sua supressão poderá ser deferida” (BRANCO, 2017, p. 175). Nesse sentido

[...] a presunção de interesse público atribuída aos meios de comunicação não se sobrepõe – *prima facie* – em relação aos direitos da personalidade. Caberá, na verdade, aos órgãos de imprensa demonstrar a existência do interesse público, a ponto de exigir que em uma determinada matéria seja veiculado comentário excepcionalmente crítico sobre pessoa que não possua dimensão pública, ou em casos em que seja exibida sua imagem em circunstâncias desabonadoras, ou quando as pessoas não tiverem diretamente vinculadas a um evento de repercussão (DE ANDRADE, 2006, p. 115).

Definir o que é interesse público é tarefa complexa, sendo este muitas vezes visto como conceito jurídico indeterminado. Segundo a doutrina administrativista, o interesse público determina que, como integrante da sociedade, os direitos do indivíduo devem ceder quando houver interesse maior, seja ele do Estado ou da sociedade (CARVALHO FILHO, 2012, p. 32). Consequentemente, se houver verdadeira utilidade na divulgação de determinada informação para a coletividade, o interesse particular cede. Pode-se pensar nos exemplos de informações que digam respeito à segurança nacional; saúde da população ou memória coletiva.

Na lei italiana de direitos autorais utiliza-se como ponderação, para o sacrifício do direito à imagem, os fins judiciais, policiais, científicos, didáticos e culturais (COSTA JÚNIOR, 2007, p. 52). Martinez aponta ainda os “[...] dados de caráter médico, registros criminais, registros fiscais, dados eleitorais, bem como por motivos de segurança do Estado” (2014, p. 186) como questões de interesse público. Viviane Nóbrega Maldonado (2017, p. 115) argumenta que a ausência desse interesse ocorre em razão do transcurso do tempo, posicionamento já esclarecido na sua conceituação de direito ao esquecimento.

O interesse público não pode se confundir com a curiosidade pública, que é o mero despertar da atenção de parte da população. “Com efeito, acontecimentos que tão somente despertam curiosidade não ganham o *status*, tecnicamente, de informação, porquanto cedem ao direito à privacidade de terceiros” (MALDONADO, 2017, p. 94). A informação merecedora de tutela é aquela de “[...] conteúdo verdadeiro, de interesse público e não uma mera fofoca, especulação ou maledicência” (DE TEFFÉ, BARLETTA, 2016, p. 279).

Aliás, o interesse do público pode se configurar em sentimentos mais criticáveis, como o desejo de execração pública de determinada pessoa, baseado na vingança privada e na vontade de condenar de maneira mais ampla possível (MARTINEZ, 2014, p. 185).

Resumindo:

Para tecer a ponderação entre o direito ao esquecimento e o interesse público, primeiramente, [importa] avaliar a atualidade do tema resgatado ao presente, mas, acima de tudo, verificar se se trata, efetivamente, de assunto de interesse público e não interesse do público, que invariavelmente, se traveste de interesses meramente econômicos daqueles que veiculam os fatos resgatados inoportunamente (CONSALTER, 2017, p. 299-300).

4.4.2.1 Utilidade da informação

A análise do interesse público na divulgação de informação está relacionada com a sua utilidade. Ou seja, deve-se verificar se a divulgação realmente trará benefícios à sociedade.

Sobre isso se manifesta Martinez:

Fatos relevantes que tiveram impacto na sociedade merecem ser lembrados; porém, para que haja exercício legítimo do direito de informar, devem estar atrelados, de forma inseparável, à utilidade real da informação para a coletividade, sob pena de afrontarem diretamente à memória individual, aspecto fundamental da dignidade da pessoa humana (MARTINEZ, 2014, p. 188).

O decorrer de um período razoável de tempo causa a perda de utilidade da informação. Assim, deve ser questionado se aquela informação é realmente dotada de atualidade e pertinência para sua divulgação. É a falta de atualidade da informação que propicia a aplicação do direito ao esquecimento, segundo Consalter (2017, p. 297).

4.4.2.2 Políticos

Na análise da aplicação do direito ao esquecimento, categoria relevante é a dos políticos. Como já se argumentou, muitas vezes a doutrina e a jurisprudência se utilizam, de forma equivocada e preconceituosa, do critério de “pessoa famosa” para estudar a

aplicabilidade desse direito. Esse critério é problemático por várias razões. Como visto, é difícil estabelecer quem é pessoa pública. Na atualidade, o interesse do público se estende a um grande número de indivíduos, mesmo aquelas que não se encontram na mídia comumente. Além disso, ainda que se trate de pessoa de fama e reconhecimento inquestionáveis, é indubitável que ela preserva seus direitos da personalidade, devendo preservar sua seara privada, sem intromissões indesejadas. Nesse sentido:

O direito à intimidade oferece uma maior proteção aos cidadãos comuns do que aos homens públicos ou pessoas célebres, porquanto estes voluntariamente se expõem ao público, tendo que abdicar em parte de sua intimidade como preço da fama ou prestígio granjeados. Todavia, ressalte-se que as pessoas públicas sofrem uma *limitação* e não uma *supressão* de sua intimidade. Esta subsiste naquelas hipóteses em que sua divulgação adentra na esfera particular da intimidade (DE FARIAS, 2008, p. 129, grifo no original.).

Questão mais complexa, no entanto, diz respeito aos políticos. O cargo público exercido confere maior interesse, justificável na vida daquele sujeito. Isso porque, nesse caso, cresce o interesse público. Ações desse indivíduo que digam respeito a questões públicas, a exemplo de casos de desvio de dinheiro e corrupção, têm seu interesse público inquestionável.

Esses indivíduos, portanto, fazem jus a grau de tutela inferior, já que eleitos para exercer função pública. A sua privacidade é ainda menos preservada em períodos eleitorais, nos quais cabem investigações e divulgações sobre ações pretéritas desse indivíduo, notadamente aquelas ocorridas durante governos anteriores. Divulgações desse tipo têm o interesse da população, que deve ser informada sobre os candidatos a cargos públicos, principalmente no que tange a aspectos que influenciam sua governabilidade.

4.4.3 Potencial dano

Interessante avaliação trazida por Sérgio Branco é com relação à necessidade de dano ao indivíduo para que o direito a ser esquecido seja aplicado. Esse direito “[...] só estará de fato presente se houver dano potencial na manutenção daquela informação por parte de terceiros” (2017, p. 175).

O dano deve ser entendido de forma ampla, abarcando questões de âmbito familiar, profissional, social, dentre outros. Ademais, esse requisito serve para demonstrar que esse direito não se vincula meramente ao desejo do titular do dado. Somente haverá sua proteção se houver lesão a direito seu, de tal magnitude que justifique o afastamento da liberdade de expressão naquele caso concreto.

4.4.4 Informação de domínio público

Esse critério estabelece que a rememoração de um dado ou notícia somente poderá ocorrer se, em algum momento do passado, tal informação já houver se tornado de conhecimento público. Argumenta-se que, para determinado dado ser redivulgado de forma lícita, é essencial que ele tenha pertencido, em algum momento, ao domínio público. Logo, não se permite que uma informação sempre pertencente à esfera privada de um indivíduo seja divulgada.

Para que a divulgação seja lícita é necessário ter havido ampla exposição e publicidade, em algum momento, da informação. É razoável pensar dessa maneira porque, quando da ocorrência do fato, se não houve interesse em sua divulgação, com menos razão ainda haverá motivo para sua divulgação posterior. Pelo próprio nome do direito, aliás, pode-se entender que, se a pessoa não foi sequer inicialmente “lembrada” por aquele feito, seu direito a ser esquecida é ainda mais forte. Isso porque, “[...] se não houve interesse na divulgação do fato no momento em que ocorreu, com maior razão haverá desinteresse em sua redivulgação” (MARTINEZ, 2014, p. 174).

4.4.5 Preservação da memória

Já foi analisada a relação intrínseca entre esquecimento e memória. Também já foi salientada a importância da preservação da memória coletiva e social, de modo que o direito ao esquecimento não se pretende a apagar fatos de relevância histórica.

Consequentemente, pode-se citar como parâmetro de ponderação para aplicação desse direito a ausência de violações à memória social. A “[...] aplicação do direito ao esquecimento não se trata de pregar um revisionismo histórico, reconstruído ao bel prazer daquele interessado em fazê-lo” (CONSALTER, 2017, p. 311).

A memória ou a verdade histórica tem significativa relevância para um Estado, devendo ser preservada. No Brasil tem-se como exemplo o período ditatorial e a Comissão Nacional da Verdade. Ela foi realizada com o intuito de apurar os fatos criminosos ocorridos, preservando a memória nacional de período conturbado na história recente do país.

4.4.6 Veracidade da informação

Muito utilizado também é o critério da veracidade⁴⁶. Esse critério também deve ser analisado com moderação. Não significa que se determinado fato, quando captado, foi lícito e comprovadamente verdadeiro, sua exposição posterior seria sempre possível. Já se defendeu que o transcurso do tempo pode tornar um ato inicialmente lícito em ilícito.

Ao contrário, para a proteção de direitos individuais não é relevante se os fatos divulgados são desonrosos ou verídicos. Por óbvio, se for divulgado dado falso, a censurabilidade será maior, e essa conduta mais gravosa será digna de reparação mais ampla. Concluindo, o tratamento deve ser feito com relação a dados antigos, que podem até ser verdadeiros quando da ocorrência, mas que se tornaram distantes da realidade atual de cada indivíduo.

Não se trata apenas do perfil de utilização de dados falsos: mesmo os dados verdadeiros podem ser apresentados de modo inadequado, sem a contextualização necessária ou com um destaque incompatível com o papel que desempenha na composição da personalidade real do retratado (COSTA, 2013, p. 194).

Consequentemente, quando a publicação referenciar fatos que de alguma maneira sejam inverídicos, independentemente de sua atualidade ou não, a pessoa referenciada pode tomar as atitudes cabíveis para que aquela violação cesse. Pode pedir a exclusão do conteúdo, bem como indenização, dependendo do caso.

O que é importante estabelecer é que, sendo a informação divulgada falsa, não é caso de aplicação do direito ao esquecimento. Tal direito abarca, por sua natureza, dados verídicos. A caracterização de dada informação como verdadeira serve para embasar a aplicação do direito ao esquecimento, e não para justificar a sua exposição ilimitada.

4.4.7 Análise da forma da rememoração

O direito à liberdade de expressão é, sem dúvidas, relevante, mas deve ser exercido com o respeito a outros direitos e princípios instituídos no ordenamento. Desta feita, é necessário analisar o modo através do qual a rememoração será realizada.

Martinez intitula esse critério como “[...] preservação do contexto original da informação pretérita” (2014, p. 175). Já se argumentou com relação à importância de

⁴⁶ Vale a lição de Perlingieri sobre o assunto, ainda que se refira ao ordenamento italiano: “deve ser apreciada a orientação que, mesmo em presença da verdade dos fatos, configura como ilícita a sua crônica e a sua valoração quando elas forem realizadas com inútil lesão à dignidade da pessoa. Mesmo o condenado à prisão perpétua tem direito ao respeito como homem. Se é verdade que a liberdade *ex art. 21 Cons.* é garantida não somente em relação ao interesse de quem utiliza o meio de difusão, mas também em relação àquele do destinatário da comunicação, é também verdade que tal atividade de informação deve ser exercida respeitando o valor da pessoa”. (2007, p. 186).

manutenção do contexto da captação da imagem ou do dado, já que a mera promulgação de informação em contexto diverso pode configurar em danos aos direitos da personalidade. Essa preservação é ainda mais relevante quando o dado referenciado é antigo, já que seu contexto originário estará mais distante daquele que recebe a informação. Deve-se indicar “[...] minimamente o local data e as condições em que o dado foi obtido” (MARTINEZ, 2014, p. 176).

No entanto, defende-se que a forma de rememoração deve ser analisada no todo, englobando a preservação do contexto. Com esse critério pretende-se verificar, na verdade, que a informação seja passada ao público da melhor maneira possível.

Atenta-se nesse sentido para o aspecto econômico muitas vezes presente nas publicações realizadas pela mídia. Logo, o recurso ao sensacionalismo deve ser dispensado, já que, nesse caso, explora-se informação privada, e não se concede informação de qualidade ao público (DOTTI, 1980, p. 132).

A informação deve ser divulgada de maneira precisa, clara, sem causar dúvidas no espectador sobre qual dado é verdadeiro e qual é encenação. Deve se basear em fatos e mostrar a possibilidade de existirem outros pontos de vista, quando esse for o caso. Assim, deve informar, na melhor acepção do termo, e não procurar simplesmente angariar lucro e maior público através de exibições baseadas somente na emoção e na execração de determinados indivíduos.

4.4.8 Preservação, no maior âmbito possível, dos direitos da personalidade

Como visto, o direito ao esquecimento acaba por trazer enfrentamentos concretos entre direitos igualmente caros, já que fundamentais e expressos na Constituição. São eles o direito à liberdade de expressão e o direito à privacidade. A questão tratada é quais são os limites de cada direito, ou seja, até que ponto justifica-se a invasão à privacidade do indivíduo com o objetivo de divulgar determinado fato.

A questão é complexa e exige decisão proporcional e cuidadosa por parte dos julgadores. Em se tratando de direitos de mesmo status constitucional, não deve haver um afastamento prévio de algum direito, e a questão deve ser analisada por meio da ponderação e do princípio da proporcionalidade, avaliando o bem jurídico mais relevante, de acordo com as circunstâncias fáticas presentes no caso concreto.

Deve-se considerar que o direito ao esquecimento não deve ser visualizado de maneira extrema, ou seja, que sua aceitação no ordenamento pátrio signifique a derrocada do direito à

liberdade de expressão, ou a aceitação da censura. Muitas vezes poderá ser possível a harmonização desses direitos, havendo a preservação da dignidade e dos direitos da personalidade na rememoração.

É possível que os dois direitos permaneçam e sejam compatibilizados. Essa harmonização evitará danos ao indivíduo, além do futuro processo judicial, que venha a buscar eventual valor compensatório. Deve-se, sempre que possível, “[...] construir o espaço de coexistência das novas tecnologias com os vários interesses em jogo incorporando o respeito aos direitos fundamentais” (DONEDA, 2006, p. 40).

Há décadas os juristas brasileiros se preocupam e buscam a concretização de sistema normativo que seja apto a compatibilizar a tecnologia com a proteção dos direitos do homem (DOTTI, 1980, p. 34). O direito ao esquecimento, desde que utilizado de forma ponderada, pode ser um dos instrumentos capazes de proteger a privacidade individual na era da informação.

No caso da proteção do direito ao esquecimento, o que se pretende é que haja uma tutela efetiva, adequada e tempestiva, ou seja, quando houver ameaça de lesão, mas antes dela ser concretizada. A sociedade atual, como dito, é marcada pela divulgação rápida de informações. Desse modo, a divulgação do dado pretérito do indivíduo torna-se problemática, sendo essencial pensar em medidas preventivas.

A palavra a ser utilizada é equilíbrio, até mesmo porque o nosso ordenamento permite que ocorram limitações dos direitos, em algumas ocasiões. Assim, dependendo das circunstâncias, um dos direitos prevalece. Isso não obsta que ambos continuem existindo em harmonia.

Nesse sentido, é possível que haja contato entre as partes para análise do caso, o que seria possível, por exemplo, através de audiência de conciliação. Nela, o titular dos dados poderá expor sua insatisfação com a divulgação daquelas informações e o meio de comunicação terá a oportunidade de expor o motivo da divulgação do fato.

Conversando sobre os interesses de cada uma das partes, é possível que se chegue a um acordo sobre a divulgação de determinadas informações e exclusão de outras. Pode-se pensar, como exemplo, na exclusão do nome ou da imagem da pessoa na reportagem. Há também a possibilidade da realização de entrevistas com câmera sem enfoque e modificação de voz⁴⁷.

⁴⁷ Nesse sentido são algumas previsões do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), por exemplo. O artigo 100, § único, V prevê a necessidade de preservar a intimidade, imagem e vida privada na aplicação das medidas às crianças e adolescentes. O artigo 143 é bastante enfático nesse ponto, tanto no *caput* quanto no § único. Trata

Assim, as duas partes poderiam ganhar. O indivíduo poderia não ter seus dados divulgados, e o meio de comunicação poderia realizar entrevista exclusiva com a pessoa envolvida no caso. Nessa lógica, as duas partes saem vencedoras. Ao autor, indivíduo que não quer ter fatos pretéritos divulgados, será positivo manter sua identidade preservada. O meio de comunicação, por sua vez, não sofrerá uma medida mais extrema, que seria de proibição de divulgação do fato, nem terá que arcar com os custos de um futuro processo ou possível indenização.

A compatibilização sugerida pode ser visualizada através da análise de um caso concreto, conhecido popularmente como “Chacina da Candelária”, que será ainda analisado com maiores detalhes no item 5.1. Poderia haver a compatibilização de interesses, com a aplicação da preservação da intimidade do autor, bem como do direito à liberdade informativa da rede televisiva⁴⁸. Ainda na ementa percebe-se que seria possível a compatibilização de interesses, conforme se depreende do trecho:

[...] 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 (BRASIL, 2013b, p. 5).

Na parte final do voto, o relator do caso, Ministro Salomão, salienta a desnecessidade da exposição de imagem e nome do autor (BRASIL, 2013b, p. 47). O argumento trazido no voto do relator é, basicamente, que o caso da Chacina da Candelária é crime histórico, reconhecido pela sociedade brasileira. Sua divulgação pode ocorrer, até mesmo por razões de política criminal. Entretanto, o interesse público no caso não pode ser ampliado ao indivíduo acusado, que deve ter preservado o seu direito ao esquecimento. Como se percebe, o STJ trouxe a opção, nesse julgado, de compatibilizar direitos, quais sejam, a liberdade de informação e a privacidade da pessoa.

Em síntese, a divulgação de dados pretéritos pelos meios de comunicação é cada vez mais frequente e veloz. Logo, a resolução rápida do conflito é ainda mais necessária. Após a divulgação dos dados, a lesão à dignidade do indivíduo já estará concretizada. São causados

esse artigo que a criança ou adolescente a quem se atribua a autoria de ato infracional deve ter sua identidade inteiramente preservada quando da divulgação de notícias a respeito do fato. Veda-se também a “fotografia, referência a nome, apelido, filiação, parentesco, residência e, inclusive, iniciais do nome e sobrenome”. Por isso é comum que nessas reportagens haja divulgação apenas de informações que não identifiquem o acusado. Há ainda o artigo 247, que prevê como infração administrativa a divulgação, sem autorização, pelos meios de comunicação, de nome da criança a quem for atribuído ato infracional.

⁴⁸ Ainda nesse sentido é o julgamento dos embargos infringentes, colacionados ao acórdão: “A desfiguração eletrônica da imagem do autor e o uso de pseudônimo [...] consistiria em sacrifício mínimo à liberdade de expressão, em favor de um outro direito fundamental que, no caso concreto, merecia maior atenção e preponderância.” (BRASIL, 2013b, p. 9).

danos muitas vezes irreversíveis ao indivíduo, que permanecerá marcado na sociedade. Após a disponibilização pública dos fatos, restará ao sujeito afetado apenas uma pretensão indenizatória, de cunho monetário, que muitas vezes será insuficiente para reparar de forma efetiva a lesão já ocorrida aos seus direitos da personalidade.

Deve-se pensar em medidas compatibilizadoras. Quando possível a divulgação da informação com apagamento de dados como nome, imagem ou qualquer identificação do indivíduo, essa alternativa deve ser pensada como medida de harmonização.

Nesse sentido, é necessário construir um processo que seja mais justo com as partes, ou seja, que permita a resolução eficaz dos conflitos. A preocupação do Direito, portanto, deve ser com a obtenção de resultados efetivos, justos, que sejam positivos para ambas as partes.

5 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DIREITO AO ESQUECIMENTO

Como já foi esclarecido, o objetivo do presente trabalho é estabelecer conceito e critérios do direito ao esquecimento no Brasil. No capítulo anterior procurou-se construir os parâmetros estabelecidos em parte da doutrina nacional. A partir de agora, com o objetivo de traçar o conceito de direito ao esquecimento na jurisprudência brasileira, além da análise dos argumentos utilizados para sua aplicação nos casos concretos, realiza-se análise de julgados sobre o tema.

Definiu-se como base da pesquisa o Superior Tribunal de Justiça (STJ), cuja competência está delimitada no artigo 105 da Constituição Federal⁴⁹. Foi escolhido o STJ por se tratar de Tribunal Superior, competente para analisar questões que digam respeito ao direito ao esquecimento. Ademais, o objetivo foi analisar decisões originárias de diversos estados brasileiros, para que houvesse um panorama geral sobre o tema no Brasil. O estudo com base nas decisões de um Tribunal estadual poderia levar a conclusões específicas, vinculadas a uma realidade histórica, social e econômica que, conseqüentemente, poderiam divergir de modo relevante dos outros estados brasileiros.

Após a definição do tribunal, delimitou-se o lapso temporal para a realização da pesquisa jurisprudencial. Optou-se pelos anos entre 2000 até maio de 2017. Os anos iniciais foram definidos em razão da hipótese do aumento do número de demandas a partir dos anos 2000. Ela se baseia na percepção de que, durante esse recorte temporal, houve um aprimoramento significativo dos meios técnicos, o que propiciou maior velocidade e novas formas de acesso à internet. O prazo final, por sua vez, foi estabelecido em razão da necessidade de tempo hábil para análise após a coleta dos dados.

Na primeira etapa da pesquisa jurisprudencial, realizou-se pesquisa simples do termo “direito ao esquecimento” no site do STJ⁵⁰. A pesquisa pode ser realizada por “acórdãos”, “súmulas”, “decisões monocráticas”, “informativos de jurisprudência” ou “todas”. Optou-se pelo campo “todas”, com o intuito de obter uma visão geral das decisões do STJ sobre o tema.

Apresentados os resultados, optou-se pelo estudo dos acórdãos, em detrimento das decisões monocráticas. A escolha se justifica já que os acórdãos são decisões proferidas por um órgão colegiado, ou seja, pelos magistrados que compõem o respectivo tribunal superior.

⁴⁹ Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

⁵⁰ A pesquisa de jurisprudência do STJ pode ser realizada através do site <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>.

A decisão monocrática, por sua vez, apresenta a visão de um único magistrado. A análise coletiva se apresenta, assim, mais efetiva para observar os argumentos contrários e favoráveis à aplicação do direito ao esquecimento, até mesmo em razão da possibilidade de votos em sentido contrário pelos julgadores.

A pesquisa *online* foi realizada em junho de 2017, ocasião na qual foram encontrados 22 acórdãos sobre “direito ao esquecimento”. Passou-se então à análise individual, de cada um dos acórdãos. Após essa análise preliminar tornou-se claro que a grande maioria dos acórdãos não tratava do instituto do direito ao esquecimento. Somente 5 (cinco) acórdãos realmente se enquadram no objeto do presente estudo, qual seja, a análise da aplicação do direito ao esquecimento no âmbito cível. Os demais se referem a questões processuais, como o esquecimento das testemunhas e dos fatos. Há ainda os que tratam da aplicação desse direito em questões penais e processuais penais, como a dosimetria da pena.

Em razão do grande número de decisões encontradas que não diziam respeito ao tema, apesar do termo de pesquisa “direito ao esquecimento”, foi utilizada a seção intitulada “dicas” do site do STJ para visualizar a utilização correta dos conectivos e operadores. Assim, modificou-se o termo de pesquisa para “direito adj3 esquecimento”. A mudança do termo de pesquisa visa que, efetivamente, somente sejam encontradas decisões que digam respeito ao direito ao esquecimento, e não a qualquer outra espécie de esquecimento. Por isso a necessidade de proximidade entre os termos “direito” e “esquecimento”.

Após a mudança, nova pesquisa foi realizada. Foram encontrados 10 (dez) acórdãos e 6 (seis) informativos de jurisprudência. Desses 10 acórdãos, 5 (cinco) citavam decisões do STJ nos casos Aida Curi e da Chacina da Candelária para questões criminais. Quatro deles (HC 391.015/MS; AgRg no Resp 1.578.033/RJ; HC 284.307/SP e HC 256.210/SP) tratavam de antecedentes criminais antigos dos acusados, utilizando o direito ao esquecimento como argumento para uma menor valoração quando da dosimetria das penas. O outro (RMS 49.420/SP) tratava sobre a publicidade do crime, citando parte do acórdão do caso Chacina da Candelária. Nesse sentido, por tratarem de questões criminais que fogem ao objeto da presente pesquisa, esses acórdãos foram descartados da análise.

Após esse filtro, chega-se ao número de 5 (cinco) acórdãos que realmente tratam da temática de direito ao esquecimento no Brasil, que são abordados individualmente. Como o número de decisões obtidas foi pequeno, foi realizada análise qualitativa. No caso, como se pretende analisar o conceito e os critérios de aplicação do direito ao esquecimento no Brasil, englobando doutrina e jurisprudência, são analisados esses dados específicos trazidos pelos julgados.

O estudo das decisões feito é realizado de forma aprofundada, observando as variáveis existentes em cada uma, para que seja especificado o contexto e as justificativas da aplicação ou não desse direito, além dos conceitos, que são particulares em cada caso.

5.1 CASO CHACINA DA CANDELÁRIA

O Recurso Especial (Resp 1.334.097/RJ) trata do caso popularmente conhecido como Chacina da Candelária e foi julgado em 28 de maio de 2013, juntamente com o Resp 1.335.153/RJ. São, portanto, os dois primeiros casos sobre a aplicabilidade ou não do direito ao esquecimento que chegaram ao STJ.

Foi julgado pela Quarta Turma, e o processo é de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão. O recorrente é a Globo Comunicações e Participações S/A, que visa anular a indenização por danos morais até então obtida pelo recorrido, Jurandir Gomes de França. Segundo a ementa do caso, o tema do julgamento é o direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram pena e dos absolvidos.

O caso concreto se inicia quando, em 1993, Jurandir foi indiciado como coautor/partícipe dos homicídios ocorridos em 23 de julho de 1993 próximos da Igreja da Candelária, no Rio de Janeiro, conhecidos popularmente como “Chacina da Candelária”. Posteriormente, quando foi à Júri, foi absolvido por negativa de autoria por unanimidade.

Anos depois, em junho de 2006, um programa de televisão, Linha Direta-Justiça, da Rede Globo, decidiu fazer um programa dedicado a Chacina da Candelária, rememorando o terrível crime ocorrido mais de uma década antes. Jurandir foi procurado para conceder uma entrevista, mas se recusou e, na oportunidade, manifestou sua contrariedade à exibição de sua imagem em rede nacional. Apesar disso, o programa foi ao ar, apontando imagem e nome de Jurandir, ainda que esclarecendo sua absolvição.

Descontente com a exibição de seu nome e imagem, e a rememoração que essa reportagem propiciava, Jurandir ajuizou ação de reparação de danos morais em face da TV Globo Ltda. Entendeu o autor que, no caso, a situação já havia sido superada pelo público, em razão do decorrer dos anos. Portanto, a exibição do programa teria causado grandes transtornos ao autor que, com sua imagem divulgada, teria tido inúmeros prejuízos.

A título de exemplo, começou a sofrer preconceito e perseguições no local onde residia, causando também transtornos à sua família. Seu direito à paz, anonimato e privacidade teria sido violado. Além disso, ocorreram dificuldades para sua inserção no mercado de trabalho. Os problemas causados seriam, portanto, em diversos âmbitos.

O voto do Ministro Relator Luis Felipe Salomão inicia tratando de questão relevante, com relação ao conhecimento do Recurso Especial. O aparente conflito de direitos (liberdade de expressão/informação e atributos da pessoa humana, como intimidade, honra e privacidade) possui estatura constitucional, já que os valores em conflito encontram-se previstos na Constituição. Logo, pode-se pensar que o recurso hábil à resolução do conflito seria o Recurso Extraordinário (RE) no Supremo Tribunal Federal (STF).

O Ministro, no entanto, argumenta que é de alçada legal a delimitação dos direitos em conflito. Logo, seriam as leis infraconstitucionais competentes para estabelecer o alcance de cada direito e, assim, determinar se houve ou não ilicitude e qual foi a extensão do dano. Ao mesmo tempo, é comum que o STF, em caso de RE, argumente pela violação apenas reflexa à Constituição Federal. Logo, apesar de se tratar de princípios constitucionais, seu conteúdo teria alcance infraconstitucional, possibilitando a análise pelo STJ. Mesmo porque, segundo se argumenta, todos os órgãos do Poder Judiciário estariam investidos de jurisdição constitucional.

Já quanto ao mérito, Salomão afirma que o caso em debate mostra um conflito de valores e direitos bastante conhecido, mas que, devido às mudanças sociais, culturais e tecnológicas se intensificou nos últimos anos. Isso ocorre até mesmo porque a legislação não costuma acompanhar com a mesma agilidade as mudanças que ocorrem na vida social. O Judiciário, então, é levado a resolver esse conflito de direitos constitucionais. Salienta-se que os direitos são igualmente legítimos e de mesmo status, constitucional, o que não impede que ocorram conflitos em razão dos interesses antagônicos existentes na concretude. No caso em análise, trata-se, segundo o ministro, do interesse de “querer ocultar-se” e também de “fazer revelar” (BRASIL, 2013a, p. 23). Em outras palavras, a aplicação do direito à privacidade em confronto com a liberdade de informação dos meios de comunicação.

O relator ressalta que, normalmente, nos casos de confrontos julgados pelo STJ, a publicação costuma ser ilícita e a notícia contemporânea. Nesse sentido, há precedentes do STJ estabelecendo limites às matérias jornalísticas, que seriam: o limite ético com a informação verossímil; a preservação dos direitos da personalidade e a não existência do intuito de difamar, injuriar ou caluniar o indivíduo (BRASIL, 2013a, p. 24).

Percebe-se que, tradicionalmente, se pensa na notícia com o traço da contemporaneidade, visualizando a publicação somente quando se trata de fato recente. No entanto, nesse julgado e nos outros que serão aqui analisados, esse traço não se faz presente já que, em se tratando de direito ao esquecimento, é de extrema relevância a questão do lapso temporal entre o fato e a notícia, ou seja, trata-se da análise de fatos pretéritos.

Tanto é assim que o próprio relator, que já havia em oportunidade anterior afirmado que “informação velha não vira notícia”, revê seu posicionamento e afirma que o presente caso desmente essa informação (BRASIL, 2013a, p. 24). A nova realidade social e tecnológica possibilita que novos direitos sejam invocados pelos cidadãos, até mesmo em razão da já citada proteção constitucional ao postulado da dignidade da pessoa humana.

A falta de contemporaneidade é essencial na análise do presente caso, segundo o relator, já que é o decorrer do tempo entre o fato e a divulgação de programa televisivo que teria permitido a ocorrência de danos pessoais e prejuízos sociais, econômicos e empregatícios ao autor da ação (BRASIL, 2013a, p. 24).

Essencial para a presente análise é o conceito de direito ao esquecimento trazido ao julgado, que é visto como: o “[...] direito de não ser lembrado contra sua vontade, especificamente no tocante a fatos desabonadores, de natureza criminal, nos quais se envolveu, mas que, posteriormente, fora inocentado” (BRASIL, 2013a, p. 24).

O relator Ministro Luis Felipe Salomão chegou a esclarecer, em uma palestra, que o alto Executivo da *Google*, Eric Schmidt, afirmou ser necessário um botão de *delete* na internet e que o apagamento, em alguns momentos, é a decisão mais acertada (BRASIL, 2013a, p. 26).

O ministro passa então a discutir os argumentos contrários (BRASIL, 2013a, p. 27) à existência do direito ao esquecimento, para, em seguida, questioná-los. O primeiro diz que o direito ao esquecimento é um atentado à liberdade de expressão e de imprensa. O segundo que é uma afronta ao direito à memória da sociedade, já que o desaparecimento de informações de uma pessoa causa a perda da própria história. O terceiro afirma que o esquecimento é a censura de nosso tempo. O quarto é que o direito ao esquecimento é um delírio, já que colide com a ideia de direitos e finge que a relação entre direito e sociedade não existe. O quinto é que esse direito permitiria o esquecimento de crimes e criminosos perversos, históricos, prejudicando as informações de interesse público. O sexto argumento é o de notícia lícita não se torna lícita com o decorrer do tempo. O sétimo é que a proteção à intimidade e privacidade é mitigado quando há um fato de interesse público. Ademais, segunda publicação só reafirmaria um fato que já seria de conhecimento público. Por fim, o oitavo argumento é que programas policiais retratando crimes passados são normais no Brasil e exterior, sendo inerentes à atividade jornalística. Esses argumentos já foram desconstruídos ao longo do presente trabalho.

O voto de Salomão inicia com os ensinamentos de Zygmunt Bauman, que trata em sua obra da modernidade líquida, e dos conflitos desenvolvidos entre os espaços público e privado. Retoma a ideia já discutida, da sociedade confessional, já que os indivíduos agora

costumam compartilhar informações antes vistas como pessoais e íntimas no espaço público, muitas vezes por livre e espontânea vontade. É a chama sociedade da hiperinformação (BRASIL, 2013a, p. 28).

No entanto, o relator relembra que a venda ou entrega do titular das informações ao público não é problemática. Por outro lado, é extremamente criticável a expropriação das informações pessoais por terceiros, muitas vezes mercantilizando as informações e o próprio indivíduo (BRASIL, 2013a, p. 28).

O ministro aponta ainda para o problema do conformismo da sociedade atual com a devassa de informações pessoais. A violação da privacidade é muitas vezes tratada com permissividade, pois o indivíduo ou a aceita como uma coisa natural, ou entende aquela divulgação como algo positivo, que o torna popular, conhecido.

Salomão se manifesta argumentando que a liberdade de imprensa é essencial em um Estado de Direito que pretende ser caracterizado como democrático. A imprensa livre, que noticia os eventos relevantes do Estado para a população, é essencial para que se institua e mantenha uma democracia realmente efetiva. Uma imprensa que não seja livre rememora tempos de governo ditatorial, nos quais só eram divulgadas as informações de interesse dos membros que estavam no Poder do Estado.

No entanto, a perseguição e censura da imprensa brasileira em décadas passadas não é justificativa para uma atuação da imprensa que seja absoluta e sem limites (BRASIL, 2013a, p. 29-30). Como todos os direitos do ordenamento jurídico brasileiro, apesar de um direito de extrema relevância, não se trata de um direito absoluto. A própria Constituição estabelece as diretrizes principiológicas para o exercício desse direito, a exemplo do determinado no art. 220, §1º, CF⁵¹. Em outras palavras, a liberdade de informação encontra limites na proteção da pessoa humana (BRASIL, 2013a, p. 30).

Salomão afirma que, no confronto entre a liberdade de informação (art. 5º, IX, CF) e a inviolabilidade da vida privada, honra e imagem (art. 5º, X, CF), há uma explícita limitação ao primeiro, determinada nos artigos 220, §1º; 221 e 222, §3º da Constituição Federal⁵².

⁵¹ 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. Os incisos citados do artigo 5º estipulam, respectivamente, a vedação do anonimato; o direito de resposta; a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem; o livre exercício do trabalho e o acesso à informação.

⁵² 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.

Logo, a própria Constituição teria uma inclinação a soluções protetivas da pessoa humana (BRASIL, 2013a, p. 30). Ademais, a vocação da Constituição ao ser humano se mostraria já na consagração da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da república, no art. 1º, III, CF. Mas afirma que, mesmo nesses casos, a melhor solução é observar as peculiaridades do caso concreto.

Portanto, quando houver, como no caso, conflito entre a liberdade de informação e os direitos da personalidade, Salomão aponta que a prevalência do segundo, depois de realizada a ponderação de valores, estará de acordo com o ordenamento jurídico pátrio, não se configurando de forma alguma como censura (BRASIL, 2013a, p. 33).

Com relação ao argumento da memória, Salomão afirma que o acolhimento do direito ao esquecimento em um caso determinado, como no analisado, não significa que a historicidade daquele tempo será prejudicada (BRASIL, 2013a, p. 33-34). A aplicação do direito ao esquecimento seria algo pontual, em casos específicos, visando a proteção da privacidade do indivíduo.

Especificamente no caso da Chacina da Candelária, como já analisado, é fácil pensar na compatibilização de direitos através da divulgação do fato pela mídia, somente ocultando-se a imagem e o nome do autor da ação. Essa atitude, simples de ser adotada, possibilitaria a permanência dos dois direitos no caso concreto.

A história da sociedade seria um patrimônio imaterial do povo, incluídos aspectos políticos, sociais e culturais de uma época (BRASIL, 2013a, p. 34). Com relação ao crime, constitui um fato social e, como tal, pode fazer parte da história da sociedade. A notícia do delito, aliada a outros elementos, compõe o recorte de determinado momento histórico da sociedade. A análise do crime, assim, poderia ser útil para fins de análise sociológica e de criminologia. No entanto, apesar disso, o jornalismo policial deve ser analisado com parcimônia.

Aqueles crimes históricos ou famosos podem fazer parte da história da sociedade, sendo de interesse público. Mas, além desses crimes, é comum que se fabriquem crimes famosos, através da exploração da mídia de um determinado caso que tenha obtido clamor social (BRASIL, 2013a, p. 35). São comuns os casos de programas televisivos voltados exclusivamente ao noticiário criminal, tornando famosos criminosos que antes eram anônimos, em crimes que não apresentam repercussão diferenciada de outros semelhantes que já tenham ocorrido.

Especificamente com relação ao programa referenciado no caso estudado, o *Linha Direta* e o posterior *Linha Direta Justiça*, o acórdão traz pesquisa realizada por Anderson

Schreiber. Argumenta esse autor que o programa apresenta cenas violentas; que conta a história através de dramatização e entrevista a testemunhas. O autor do crime é raramente ouvido, e quando o é, a dramatização coloca em dúvida sua versão. A conjugação de jornalismo e dramatização é presente em todo o programa, tornando difícil, para o telespectador, identificar o que é provado no processo e o que é meramente apresentado pelos atores (BRASIL, 2013a, p. 35-36). Essa forma de rememoração deve ser criticada, conforme análise realizada no item 4.4.7.

Salomão trata ainda da problemática que pode ocorrer em relação ao comprometimento dos julgamentos realizados em Tribunal de Júri, em razão da exploração ilimitada da mídia em determinados casos, expondo provas e conteúdos aos quais os jurados normalmente não teriam acesso (BRASIL, 2013a, p. 36-37). O perigo claro nesses casos é que a prova constante nos autos tenha valor inferior à “prova” produzida pela mídia e veiculada como se fosse uma verdade indubitável.

A divulgação exacerbada de crimes tidos como famosos, ou que assim se tornaram em razão do clamor popular, é assim criticada no acórdão.

Na verdade, a permissão ampla e irrestrita a que um crime e as pessoas nele envolvidas 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** (BRASIL, 2013a, p. 37, grifo no original).

Nesse sentido, argumenta-se que a aplicação do direito ao esquecimento no caso concreto pode significar uma reparação, ainda que tardia, à violação ocorrida no passado, seja ela nos inquéritos policiais ou na exploração sensacionalista perpetrada pela mídia (BRASIL, 2013a, p. 37). Salomão examina também a questão da historicidade do crime, que deve ser ponderada e não presumida pela exploração excessiva da mídia.

Relevante também é a questão do suposto interesse público que estaria presente em todos os crimes, justificando assim a sua publicação ou redivulgação sem limites temporais. Salomão afirma que, nos crimes de ação penal pública⁵³, o interesse público é incontestável. O crime por si só suscitaria o interesse público, já que causa lesões (ou ameaça) a bens relevantes à sociedade. O interesse estatal ao delito, desse modo, suscitaria um interesse público legítimo (BRASIL, 2013a, p. 38).

⁵³ A ação penal pública de iniciativa pública pode ser de dois tipos, condicionada ou incondicionada. Nesses casos, é atribuição do Ministério Público, de acordo com o art. 129, I da CF realizar a denúncia. Regida pelo princípio da obrigatoriedade, o MP tem o dever de oferecer a denúncia, desde que presentes as condições da ação (LOPES JR., 2014, p. 384).

Sobre isso, Salomão se manifesta trazendo a já discutida questão da confusão do interesse público com outros conceitos.

Não obstante, é imperioso também ressaltar que o **interesse público** – além de ser um 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 (BRASIL, 2013a, p. 38, grifo no original).

Nesse sentido, o interesse público que existe nos crimes não deve servir como justificativa para violações sistemáticas à privacidade do indivíduo, já que a própria Constituição, no artigo 5º, LX⁵⁴, prevê o sacrifício da publicidade para a proteção da pessoa (BRASIL, 2013a, p. 38).

Em seguida, o voto do relator passa a analisar a aplicação do direito ao esquecimento no Brasil. Nesse ponto, salienta a relação que existe entre tempo e Direito, já que “[...] tanto o Direito confere significação à passagem do tempo, quanto este interfere na manifestação do Direito” (BRASIL, 2013a, p. 39). Isso porque o decorrer do tempo costuma estabilizar o Direito em vários aspectos, em razão da importância da segurança jurídica para o ordenamento pátrio. Nesse sentido, a prescrição é posta como “[...] direito a um esquecimento programado” (BRASIL, 2013a, p. 39).

Salomão entende que o direito ao esquecimento é acolhido nos tribunais estrangeiros, assim como no Brasil. Argumenta que sua aplicação é justificada por direitos fundamentais e pela dignidade da pessoa humana, encontrando respaldo também na legislação infraconstitucional (BRASIL, 2013a, p. 41). Afirma ainda que o ordenamento jurídico seria repleto de previsões as quais mostram que o Direito confere importância à passagem do tempo, priorizando o esquecimento e a estabilização das situações passadas (BRASIL, 2013a, p. 41-42). A lei estabelece, assim, um término final ao ato passado, a partir do qual a rememoração desse ato torna-se ilícita.

Estabelece como exemplo a prescrição no âmbito civil a partir do previsto no Código de Defesa do Consumidor, art. 43, §1º, que estabelece limite temporal para a negativação do consumidor por dívida não quitada. No âmbito penal são vários os exemplos (art. 93, CP e art. 748, CPP que tratam da reabilitação penal; art. 202 da Lei de Execuções Penais n. 7.210/84, que exclui a referência à condenação após cumprida ou extinta a pena). Ainda com relação ao âmbito penal, tem-se a manifestação relevante para o caso, segundo a qual

⁵⁴ 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: LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.

[...] se os condenados que já cumpriram a pena tem 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. (BRASIL, 2013a, p. 43).

Em seguida, Salomão começa a tratar da questão da veracidade. Há precedentes da Corte afirmando que “[...] a liberdade de informação deve sucumbir perante a notícia inverídica” (BRASIL, 2013a, p. 45).

No entanto, a recíproca não pode ser utilizada, ou seja, nem toda notícia, só por ser verdadeira, pode ser publicada. A veracidade da notícia não é suficiente para conferir licitude a sua divulgação, nem para tornar absoluto o direito de informar da imprensa (BRASIL, 2013a, p. 45). São necessários, assim, outros requisitos para tornar lícita a divulgação de uma determinada notícia. O requisito da veracidade foi analisado no item 4.4.5.

Salomão volta a argumentar nesse ponto que o interesse público do crime se limita à resposta estatal que foi dada ao ato criminoso. Não pode, portanto, permanecer na memória da sociedade sem nenhum limite temporal. Logo, a extinção da pena ou a absolvição do indivíduo cessam o interesse público no fato, levando ao fim da vida útil da informação criminal (BRASIL, 2013a, p. 45-46).

Por óbvio, pode haver um interesse histórico na informação, que atingirá alguns casos de crimes históricos. Mas, fora esses casos, não se pode tornar eterna a punição do indivíduo. Ainda argumenta Salomão:

Com efeito, o reconhecimento do direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram integralmente a pena e, sobretudo, dos que foram absolvidos em processo criminal, além de sinalizar uma evolução cultural da sociedade, confere concretude a um ordenamento jurídico que, entre a memória – que é a conexão com o passado – e a esperança – que é o vínculo do futuro com o presente –, fez clara opção pela segunda.

E é por essa ótica que o direito ao esquecimento revela sua maior nobreza, pois afirma-se, na verdade, como um **direito à esperança**, em absoluta sintonia com a presunção legal e constitucional de regenerabilidade da pessoa humana (BRASIL, 2013a, p. 46-47).

Durante todo o voto, o relator confirma a existência, em abstrato, do direito ao esquecimento no ordenamento brasileiro. Resta agora retomar o caso específico que ora se analisa. Na parte final do voto, Salomão diz que mantém o acórdão hostilizado (BRASIL, 2013a, p. 47), optando, assim, pela aplicação do direito ao esquecimento no caso.

O relator argumenta que o crime tratado, a Chacina da Candelária, tornou-se um fato histórico; um marco da violência policial e da precariedade dos direitos humanos das crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade. No entanto, “[...] 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” (BRASIL, 2013a, p. 47).

A linha de argumentação nesse caso é a de que o crime é histórico, tem interesse público e pode ser redivulgado, até mesmo para propiciar discussões criminológicas e sociais. No entanto, o mesmo entendimento não se aplica aos acusados do caso, que devem ter seu direito ao esquecimento preservado. Assim, o Superior Tribunal de Justiça opta, de maneira louvável, pela compatibilização de dois direitos de extrema relevância na ordem jurídica nacional: a liberdade de informação e a preservação da privacidade do indivíduo.

A ponderação leva, portanto, à divulgação do fato, sem prejudicar o autor da ação com a divulgação de seu nome e imagem. Ademais, a exclusão dos dados do autor não interfere na veracidade e no tratamento amplo da reportagem. Tal exclusão torna-se, ao contrário, ainda mais justificada, já que a imagem que foi reforçada durante a reportagem foi a do autor como indiciado. Esclarece Salomão no voto:

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, 2013a, p. 47).

Ainda se recorre ao acórdão para reafirmar que o inquérito ocorreu de forma rápida e descuidada, com o intuito de propiciar resposta rápida à sociedade, que estava perplexa diante do crime. As confusões e reviravoltas do caso foram assim, marcantes (BRASIL, 2013a, p. 48). A ideia geral é a de que pode haver interesse público na história, mas esse interesse não acompanha alguns detalhes específicos, a exemplo do nome e da imagem do acusado. A ausência desses dados também não traria prejuízos à completude e veracidade da reportagem. O relator, assim, encerra negando provimento ao recurso especial, mantendo o acórdão e a condenação em *quantum* de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais).

Quem se manifesta depois é a Ministra Maria Isabel Gallotti (BRASIL, 2013a, p. 51), que acompanha o voto do relator. No breve voto, a ministra afirma que não se trata de censura, mas de reparação dos prejuízos causados após o fato, que é a divulgação de informações pessoais no programa televisivo.

Ainda para justificar a condenação, reafirma os prejuízos sofridos pelo autor, que teve que se mudar; sofreu ameaças e perdeu oportunidades de trabalho; além de afetar enormemente seu convívio e de seus familiares em comunidade. Afirma ainda que a rememoração do fato poderia ocorrer de forma plena sem mencionar dados do autor, mantendo a indenização e negando provimento ao recurso.

O Ministro Marco Buzzi também se pronuncia (BRASIL, 2013a, p. 52), afirmando a existência do direito ao esquecimento no Brasil, dependendo o seu cabimento de cada caso concreto. Reafirma que os dados apresentados na reportagem são verdadeiros, não se discutindo a questão da veracidade dos fatos. Trata ainda dos prejuízos sofridos pelo autor após a divulgação dos seus dados. Acompanha o relator e nega provimento ao recurso especial.

O Ministro Antonio Carlos Ferreira se manifesta (BRASIL, 2013a, p. 53) sobre o valor condenação, atualizando-o para R\$76.000,00 (setenta e seis mil reais), que considera baixo em relação aos prejuízos sofridos pelo autor. Acompanha o relator e nega provimento.

Conclui-se assim que, no caso Chacina da Candelária, a Quarta Turma do STJ, de forma unânime, negou provimento ao recurso especial. Manteve-se assim a condenação da Globo Comunicações e Participações S/A e a consequente aplicação do direito ao esquecimento do autor, acusado e absolvido por crime.

5.2 CASO AIDA CURI

O Resp 1.335.153/RJ, conhecido como Caso Aida Curi, foi julgado no mesmo dia do Resp anterior, em 28 de maio de 2013. O Relatório do caso esclarece que Nelson Curi, Roberto Curi, Waldir Cury e Maurício Curi ajuizaram a ação de reparação de danos morais, materiais e à imagem contra a TV Globo Ltda. Os danos morais ocorrem em razão da dor de reviver o passado e os materiais em razão da exploração da imagem.

Os autores são os únicos irmãos vivos de Aida Curi, jovem vítima de homicídio em 1958. O crime ficou conhecido na sociedade brasileira da época, tanto pelo noticiário, quanto em razão do processo criminal que se seguiu. No entanto, os autores alegam que o crime foi esquecido com o passar do tempo, que a emissora reabriu feridas antigas ao fazer um programa televisivo contando sobre a vida e morte de Aida. Sustentam que houve exploração da imagem da vítima no programa *Linha Direta-Justiça*.

Para os autores, a exploração do caso, depois de quase 50 (cinquenta) anos, foi ilícita. Isso se confirmaria ainda em razão da notificação dos autores, que solicitaram que o caso não fosse transmitido. Argumentam que houve um enriquecimento ilícito da ré, que explorou uma tragédia familiar do passado com o intuito de obter lucros.

O mérito do Recurso Especial diz respeito à alegação de direito ao esquecimento com relação à tragédia familiar, que teria sido violado pela ré ao realizar reportagem não

autorizada pela família, contando fatos sobre a vida e a morte da vítima (BRASIL, 2013b, p. 5).

O conceito de direito ao esquecimento apresentado no caso se torna presente já na ementa (BRASIL, 2013b, p. 17), que diz que é o direito “[...]de não ter revivida, contra a vontade deles, a dor antes experimentada por ocasião da morte de Aida Curi, assim também pela publicidade conferida ao caso décadas passadas”. Outro conceito estabelece que

[...] 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 lhe causaram, por si, inesquecíveis feridas (BRASIL, 2013b, p. 39).

Percebe-se assim, desde logo, que a presente análise é bastante diferente do caso anterior. Trata-se de direito ao esquecimento dos familiares da vítima. Nesse sentido, o conceito de direito ao esquecimento desenvolvido traz a ideia do sofrimento dos familiares em razão da rememoração.

A argumentação do caso da Chacina da Candelária e do caso Aida Curi são praticamente iguais na parte inicial, pois reforçam a ideia de que o direito ao esquecimento existe no ordenamento pátrio. A diferenciação se inicia somente a partir da página 39, quando ocorre a análise específica do caso, e não mais da existência e aplicabilidade do direito ao esquecimento, em abstrato, no ordenamento brasileiro.

Argumenta Salomão que, nos autos, a controvérsia principal diz respeito à ausência de contemporaneidade da notícia, que, segundo os autores, trouxe novamente feridas já superadas, com relação à morte da irmã na década de 1950. O direito ao esquecimento, no caso, diz respeito à rememoração da dor causada pela morte de Aida. O ministro relator então afirma que a demanda pode ser dividida em duas partes, quais sejam: a análise da indenização pela lembrança de dores passadas (que diz respeito ao direito ao esquecimento) e uma segunda, que trata do uso comercial da vítima.

A aplicação do direito ao esquecimento aos familiares da vítima, segundo Salomão, visa trazer uma solução mais justa e equiparada, que conceda a aplicação de direito ao esquecimento tanto aos ofensores, que necessitam se ressocializar; quanto aos ofendidos, que devem poder superar o sofrimento passado e seguir em frente. Em ambos os casos, um parâmetro que deve ser observado é o de historicidade do fato narrado (BRASIL, 2013b, p. 40). No caso específico,

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 (BRASIL, 2013b, p. 40).

Assim, ainda que o direito ao esquecimento seja passível de aplicação tanto ao ofensor quanto aos ofendidos, argumenta-se que ele não é aplicável a esse caso concreto, por se tratar de caso histórico e do domínio público. Impossível seria, segundo o ministro, retratar o caso Aida Curi sem sua personagem principal, Aida Curi (BRASIL, 2013b, p. 40).

No caso, o relator entende que o episódio não se tornou histórico em razão da exacerbada exploração midiática à época. Não haveria essa artificiosidade, esse abuso antecedente. O fato já teria sido objeto de intensa divulgação no passado e a empresa ré somente teria informado sobre sua existência, já que era famoso e controvertido, sem nada inventar sobre ele (BRASIL, 2013b, p. 41). Essa análise concretiza o critério trazido no item 4.4.4, da informação de domínio público.

Aduz ainda Salomão que o reconhecimento, em tese, do direito ao esquecimento, não significa que haja um dever de indenizar. Isso porque, em se tratando de responsabilidade civil, é necessário que haja uma conduta ilícita, um dano e o nexo causal que ligue os dois. Só assim haverá um verdadeiro dever de indenizar. No caso:

[...] na medida em que o tempo passa e vai se adquirindo um “direito ao esquecimento”, na contramão, a dor vai diminuindo, de modo que, lembrar o fato trágico da vida, a depender do tempo transcorrido, embora possa gerar desconforto, não causa o mesmo abalo de antes (BRASIL, 2013b, p. 41).

Logo, o entendimento que predominou nesse julgamento é o de que a reportagem foi ao ar meio século depois da morte de Aida. O grande lapso temporal teria diminuído o abalo moral, não justificando a aplicação da responsabilidade civil. O acolhimento do direito ao esquecimento e da indenização, no caso, seria um corte muito grande na liberdade de imprensa, na concepção do relator (BRASIL, 2013b, p. 41). A passagem do tempo, nesse caso, seria contrária à adoção do direito ao esquecimento já que, com ele, o dano sofrido pelos familiares com a lembrança seria diminuído.

O outro pedido dos familiares foi com relação à utilização indevida da imagem de Aida Curi. Nesse sentido, o ministro afasta a incidência da Súmula 403 do STJ. Argumentam os autores que a imagem foi utilizada de forma degradante, desrespeitosa, e que houve um uso comercial da imagem da vítima. O pedido, nesse caso, seria de indenização pelo uso indevido da imagem e foi julgado improcedente nas instâncias ordinárias, bem como no Superior Tribunal de Justiça. O entendimento que prevaleceu é o de que a imagem somente foi utilizada com o intuito de informar os telespectadores do caso, o que não justificaria a indenização.

Conforme entendimento do STJ, “[...] quando a imagem não é, em si, o cerne da publicação, e também não revela uma situação vexatória ou degradante, a solução dada por

esta Corte foi a ausência de dever de indenizar.” (BRASIL, 2013b, p. 43). Como a imagem não foi usada de forma degradante ou desrespeitosa, não haveria motivos para a indenização. Até mesmo porque só houve divulgação de uma imagem da vítima, não sendo esta o ponto principal do programa (BRASIL, 2013b, p. 44).

Após o ministro relator, vota a Ministra Maria Isabel Gallotti, voto vencido no caso. Afirma a ministra que a controvérsia não se relaciona com censura, pois não uma vedação prévia. No entanto, após a publicação ser consumada, trata-se de compor os prejuízos que foram alegados pelos autores na inicial (BRASIL, 2013b, p. 45).

Segundo a ministra, a discussão não se relaciona com a veracidade ou não do fato, que é incontestavelmente verdadeiro. Ao contrário, a questão diz respeito ao direito de imagem da vítima e da família. Assim, houve a exibição de foto do corpo da vítima e de seus irmãos no programa televisivo, com fins comerciais, violando o artigo 20 do Código Civil (BRASIL, 2013b, p. 45).

No caso, não houve autorização da vítima ou dos familiares, mas, ao contrário, recusa expressa por meio de notificação extrajudicial. O entendimento da ministra é que, como consequência, a emissora utilizou imagens para fins comerciais sem autorização (BRASIL, 2013b, p. 46).

Ainda na argumentação, a ministra afirma que não há atualidade na notícia, o que exclui o seu intuito jornalístico. Encerrado o caso, não haveria mais o interesse público que é comum nos casos em que ainda há persecução criminal. “Já houve o cumprimento da pena dos condenados e a retratada era uma pessoa comum, uma moça qualquer da cidade do Rio de Janeiro” (BRASIL, 2013b, p. 46). Portanto, a ministra é contrária à argumentação segundo o qual se trata de caso histórico. Afirma a mesma que:

O episódio de televisão aqui comentado não retratou investigação ou documentário acerca da vida ou de fato que envolvesse personagem da história do País, ou pessoa que, pelo seu modo de vida, por suas atitudes, ensejasse mitigação de seu direito à intimidade, como políticos ou atores famosos (BRASIL, 2013b, p. 46).

O que a ministra argumenta, então, é que Aida, em vida, era uma pessoa comum. E que a sua morte não muda essa característica, não podendo o crime ser considerado histórico, já que não se tratava de pessoa famosa. Simplesmente, segundo ela, o crime tornou-se noticiado à época, o que já causou sofrimentos na família. A sua exibição em programa de grande público, cinquenta anos depois, só traria novos prejuízos a essa família. Voltando a argumentar com relação ao direito à imagem, vota pela aplicação da Súmula 403 do STJ e dá provimento ao recurso especial (BRASIL, 2013b, p. 47).

Depois votou o Ministro Marco Buzzi, que também acompanhou a divergência e deu provimento ao recurso. Argumenta que o modo como as imagens foram utilizadas no programa deve ser levado em consideração. Segundo ele, não houve somente veiculação de notícia, mas uma encenação, reprodução com desnecessária violência e apelo comercial (BRASIL, 2013b, p. 49).

A concessionária do meio de comunicação, no caso, fez a sociedade rememorar de um crime horrendo, a respeito do qual a família da vítima não gostaria de recordar. Queriam que o fato ficasse no esquecimento. O delito representou um fato grave. Mas um fato que não está envolto em nenhuma atividade política, social ou sociológica, de modo que **não haveria interesse público latente a autorizar a mitigação da privacidade em detrimento do direito de informar** (BRASIL, 2013b, p. 48, grifo nossos).

A crítica do ministro se volta também para a utilização das fotos e fotos para fins preponderantemente comerciais, que se voltam ao lucro. Logo, “[...] o dever de informar não equivale, a meu sentir, a uma autorização de explorar economicamente um fato há muito sucedido, que não envolveu pessoas notórias” (BRASIL, 2013b, p. 49). A utilização de fatos sem limite temporal, sem interesse histórico ou público, mas somente com finalidade de lucro, violaria o direito ao esquecimento ao qual a família faz jus.

O Ministro Raul Araújo também se manifestou, argumentando que

Os crimes rumorosos, a meu ver, podem sempre ser lembrados, até pelo aspecto pedagógico que essa lembrança traz, para evitar que sejam reproduzidos no futuro, desde que essa reprodução procure ser mais fiel aos fatos, segundo a versão que predominou como a correta em julgamento perante o Poder Judiciário. Os agentes desses crimes, condenados, é que poderão reclamar direito ao esquecimento, a ser examinado em cada caso concreto pelo Judiciário. Mas a vítima do crime, causa-me até uma certa perplexidade que se sinta importunada com a divulgação, porque, afinal, essa lembrança irá onerar ou penalizar, mais uma vez, os condenados pelo crime (BRASIL, 2013b, p. 51).

Afirma que não houve violação à imagem da vítima. Portanto, nega provimento ao recurso especial. O voto do ministro demonstra que ele não reconhece o direito ao esquecimento da vítima, em visão que deve ser criticada. A visão punitivista, de que a divulgação do crime pune o agente, desconsidera os sentimentos e a dignidade das vítimas. Quem já sofreu algum tipo de dano é ainda mais merecedor de tutela do ordenamento e do Judiciário, para que tenha sua dignidade preservada e que não seja continuamente rememorado de fato que prefere deixar no passado, esquecido.

Por fim, o ministro Antônio Carlos Ferreira se manifesta, afirmando que o direito ao esquecimento deve ter a sua aplicabilidade observada caso a caso, segundo análise que deve esclarecer quais fatos são de interesse público e coletivo, e quais devem preservar a

personalidade do indivíduo (BRASIL, 2013b, p. 52). Com isso, nega provimento ao recurso especial.

Nesse caso, portanto, a Quarta Turma do STJ decidiu negar provimento ao recurso especial, cujos recorrentes eram membros da família de Aida Curi. A decisão ocorreu por maioria, tendo sido vencidos os Ministros Maria Isabel Gallotti e Marco Buzzi. Os ministros Raul Araújo Filho e Antonio Carlos Ferreira votaram com o Ministro Relator, Luis Felipe Salomão.

Nesse sentido, conclui-se que não se aplica o direito ao esquecimento nesse caso concreto, já que ele e o nome da vítima são de domínio público. Argumentam os ministros que a imprensa não poderia retratar o caso, que é de domínio público, sem a menção expressa ao nome da vítima.

Os votos trazem valiosa discussão sobre a definição de determinado crime como histórico. É extremamente complexo determinar quais crimes podem ter essa denominação. Para alguns juristas, crimes históricos envolveriam pessoas públicas. Para outros, os delitos poderiam ser assim classificados quando fossem conhecidos, tornados públicos no passado. Essa variabilidade na definição dos crimes históricos justifica a divergência nos votos com relação à aplicabilidade ou não do direito ao esquecimento.

A conclusão da maioria dos ministros é a de que o direito ao esquecimento não deve ser aplicado nesse caso concreto, já que ele é de domínio público. Nesse sentido, o crime já era conhecido pela população, fazendo parte da história nacional. Assim, o crime havia se tornado histórico, sendo sua divulgação pela imprensa, mesmo que anos depois, legal.

Deve ser realizada reflexão, no sentido de analisar se o fato ter sido noticiado à época, e ser reconhecido pelo público, significa que o mesmo seja histórico. Na verdade, pode-se analisar que a fama pretérita somente serve para cumprir o requisito de “[...] informação de domínio público”, previsto no item 4.4.4. Aida Curi era uma jovem à época dos fatos, não era personalidade conhecida. O crime teve repercussão na sociedade, mas isso não significa exatamente que se trate de crime histórico, com potencial interesse público.

Ademais, no caso ora analisado, a conclusão que se chegou é a de que o caso de Aida Curi teve repercussão nacional e que, nesse sentido, o nome da vítima é necessário para que o fato seja narrado. A narrativa somente poderia ocorrer e somente faria sentido se houvesse menção expressa ao nome da vítima. Essa inevitabilidade do tratamento do crime sem o referimento direto à Aida é questionável. Não expressar diretamente o nome exigiria mais cuidados e criatividade do veículo de imprensa que poderia, por exemplo, inventar nome fictício e não veicular imagens reais. Essa manifestação, no entanto, não é impossível.

A não aplicação do direito ao esquecimento nesse caso, pelas circunstâncias já justificadas, não diminui ou retira a existência e a importância do direito ao esquecimento no Brasil. Ao contrário, reafirma a tese que ora se defende, segundo a qual o direito ao esquecimento existe, mas deve ser analisado com cuidados e aplicado em circunstâncias determinadas, para não causar prejuízo ao direito de informação que toda sociedade, e principalmente aquelas democráticas, exige.

Como se percebe pela divergência na decisão, o julgamento desse caso é bastante complexo. Os ministros apresentam vários argumentos contrários e favoráveis. Todos são favoráveis à existência do direito ao esquecimento no direito brasileiro, divergindo apenas quanto à aplicação no caso. Não há resposta óbvia, sendo ele complexo e objeto atualmente de Recurso Extraordinário no STF, como será analisado no próximo capítulo.

Nos dois primeiros casos citados, tidos como paradigmáticos na jurisprudência brasileira com relação ao direito ao esquecimento, percebe-se a aplicação de alguns critérios, sugeridos por Bucar (2013, p. 4). São eles: o compromisso ético com a informação verossímil; preservação dos direitos da personalidade, mitigados quando se tratar de pessoas notórias; vedação à crítica com o intuito difamatório deliberado e contemporaneidade da notícia. Tais critérios, ainda que com outras denominações, foram analisados ao longo do item 4.4.

5.3 CASO CORONEL USTRA

O Resp 1.434.498/SP foi julgado em 09 de dezembro de 2014. O caso tem peculiaridades interessantes com relação aos dois anteriores. Analisa a relação existente entre a ditadura militar no Brasil, a Lei na Anistia e à aplicação do direito ao esquecimento.

O recorrente é Carlos Alberto Brilhante Ustra, que recorreu contra César Augusto Teles; Janaina de Almeida Teles; Edson Luis de Almeida Teles; Maria Amélia de Almeida Teles e Crimeia Alice Schmidt de Almeida. A ação inicial se refere a uma declaratória de existência de relação jurídica de responsabilidade civil, em razão de prática de ato ilícito, gerador de danos morais, no período da ditadura militar brasileira. A ação foi ajuizada contra Ustra, acusado de torturar os demandantes.

Inicialmente, já na ementa, se esclarece que há duas leis extremamente relevantes para a análise do caso, quais sejam: a Lei 12.528/11, que instituiu a Comissão Nacional da Verdade e a Lei 6.683/79, conhecida como Lei da Anistia.

O argumento da prescrição é desde logo rejeitado, já que se trata de ação meramente declaratória, para a qual há inoccorrência de prescrição (BRASIL, 2014, p. 1). Ademais, argumenta-se que há interesse, inclusive por parte do Estado, de apurar os graves fatos que ocorreram após 1964, no regime militar pelo qual o Brasil passou. Nesse sentido é a Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos, Lei 9.140/1995; e a Comissão da Verdade, cujo intuito foi, justamente, esclarecer as violações de direitos humanos que ocorreram nesse período ditatorial.

Consequentemente, entendeu o Tribunal ser razoável que os indivíduos tenham reconhecido seu direito de buscar a apuração correta dos fatos, bem como de declaração da existência da tortura e da responsabilidade de quem executou tais violações.

Ainda com relação à Lei da Anistia, sua aplicação se limita aos crimes políticos, aos conexos e aos crimes eleitorais. A aplicação dessa lei, segundo decisão do STJ, deve ser limitada aos casos expressos que foram previstos.

O relatório se inicia com a Ministra Relatora Nancy Andrighi. Os autores da ação ajuizaram ação declaratória de ocorrência de danos morais, para que seja reconhecido que o réu agiu com dolo, praticou ato ilícito e causou danos morais e danos à integridade física de César Augusto Teles; Janaina de Almeida Teles; Edson Luis de Almeida Teles e Maria Amélia de Almeida Teles. Carlos Alberto Brilhante Ustra interpôs recurso contra decisão do TJ/SP.

O Recurso Especial argumenta que o Tribunal de origem, ao julgar a causa, violou a competência da Comissão Nacional da Verdade e que não há interesse de agir em razão da Lei da Anistia, que pressupõe o esquecimento recíproco dos acontecimentos, dentre outros argumentos.

No seu voto, a Ministra Nancy Andrighi aduz que o acórdão proferido pelo TJ/SP manteve, na íntegra, a decisão da 23ª Vara Cível Central de São Paulo, que já havia julgado procedentes os pedidos de César, Maria Amélia e Criméia, para declarar que houve a prática de ilícitos, ensejando danos morais, praticados por Carlos Alberto Brilhante Ustra (BRASIL, 2014, p. 8). Tais ilícitos se referem à tortura executada durante o período de ditadura militar no Brasil, nas instalações do DOI-CODI do II Exército, comandado, à época, pelo recorrente (BRASIL, 2014, p. 9).

Com relação ao argumento de negativa de prestação jurisdicional, é citado trecho do acórdão, segundo o qual as consequências cíveis se mantem com a Lei da Anistia, afastando somente as consequências penais (BRASIL, 2014, p. 9).

Trata-se na decisão ainda da Comissão Nacional da Verdade no Brasil, que foi brevemente analisada no item 4.2.2. Como dito, o objetivo de criação dessa Comissão foi o exame e esclarecimento de violações de direitos humanos praticados no período ditatorial do Brasil, com fins de preservar o direito à memória e à verdade histórica, além de possibilitar a reconciliação do país.

No entanto, a própria lei de instituição (Lei n. 12.528/11) prevê (art. 4º, §4º) que ela não apresenta caráter jurisdicional. Não julga, mas apenas busca coletar e difundir informações relevantes acerca da ditadura militar no Brasil.

A Lei da Anistia, mesmo tendo recebido críticas, foi validada pelo STF no julgamento da APDF 153 (BRASIL, 2014, p. 11), demonstrando que ela possui validade jurídica no Brasil, sendo sua legalidade não passível de questionamento. Essa lei foi um meio

[...] pelo qual o Estado simplesmente referendou o pacto celebrado entre as forças ideologicamente conflitantes à época. Não sem dor; não sem sacrifícios; não sem deixar cicatrizes, é verdade; mas deram os brasileiros um passo importante e necessário para romper, definitivamente, com aquele triste passado, para reescrever a história pensando no futuro, na construção de uma sociedade livre e democrática (BRASIL, 2014, p. 12).

Foi usada, portanto, como um instrumento de estabilização no momento de grande instabilidade pelo qual o Estado brasileiro passava. A intenção era reconstruir a ordem democrática da melhor forma possível. A anistia penal aos crimes cometidos pelos dois lados que antes lutavam foi pensada como possível solução.

No entanto, a responsabilidade civil permanece, e “[...] qualquer pessoa, cuja dignidade tenha sido violada por atos de tortura praticados no período de exceção, pode exigir do Poder Público a justa compensação, sendo tal pretensão, inclusive, imprescritível” (BRASIL, 2014, p. 13).

A relatora sustenta desse modo que deve ser reconhecido o direito ao esquecimento também aos anistiados políticos, já que os mesmos não podem ser pessoalmente responsabilizados, mas sim perdoados pela sociedade.

O Ministro Paulo de Tarso Sanseverino vota em seguida, divergindo da relatora. Reafirma que se trata de pretensão meramente declaratória, da relação jurídica originada na prática de tortura. O pedido não engloba o pagamento de indenização por danos morais. Salienta a importância da memória para o Estado Democrático de Direito, principalmente em relação a fatos graves, ocorridos em um dos períodos mais sombrios da história brasileira, a ditadura militar (BRASIL, 2014, p. 17). O sofrimento das vítimas também não deveria ser relegado ao desconhecimento social. Ademais, defende que a declaração pretendida pelos

autores apaziguaria a sensação de impunidade, reparando os danos ocorridos na ditadura (BRASIL, 2014, p. 18).

Afasta a prescrição por dois motivos. Inicialmente, porque ela não incide em pretensões reparatorias por violações a direitos humanos e tortura, conforme precedentes do próprio STJ (BRASIL, 2014, p. 19). Segundo, porque o pedido não é condenatório, mas meramente declaratório e, assim, imprescritível (BRASIL, 2014, p. 21).

As vítimas e familiares teriam o direito de responsabilizar o torturador, até mesmo como forma de reconstrução histórica do passado e de preservar a memória. Para isso, reafirma que a Lei de Anistia se aplica somente na seara penal (BRASIL, 2014, p. 24). Os efeitos civis permanecem, podendo ser usados pelas vítimas. Nesse sentido, as indenizações também são reconhecidas (BRASIL, 2014, p. 25). A Comissão Nacional da Verdade também não teria, em nenhum momento, vedado que as vítimas promovessem a persecução de esclarecimentos com relação às violações de direitos humanos que ocorreram (BRASIL, 2014, p. 23).

Assim, a Terceira Turma do STJ decidiu, em 09/12/2014, negar provimento ao recurso especial. Após o voto-vista do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, acompanharam o voto divergente os Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva e Marco Aurélio Bellizze. Vencidos os Ministros João Otávio de Noronha e a relatora Nancy Andriahi. Lavra o acórdão o ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Assim, o acórdão é mantido, bem como a ação declaratória de relação jurídica de responsabilidade civil originada na prática de tortura.

A situação retratada é diversa dos casos normalmente vinculados ao direito ao esquecimento, já que o objetivo da ação não é coibir que dados pretéritos sejam divulgadas ou permaneçam em determinado cadastro, prejudicando a privacidade do indivíduo. A ação visa somente a declaração judicial, o reconhecimento de que as práticas de tortura realmente ocorreram.

5.4 CASO ATENTADO DE GUARARAPES

O Resp 1.369.571/PE foi julgado em 28 de outubro de 2016 pela Terceira Turma do STJ. O Relator é o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, e Relator para o Acórdão o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Recorrente é Ricardo Zarattini Filho, e o recorrido o Diário de Pernambuco S/A.

Trata-se de ação de indenização por danos morais, em razão de veiculação de matéria jornalística no jornal supracitado. O advogado Wandekolk Wanderley concedeu, em 1995,

entrevista (sobre o comunismo e o regime da ditadura militar brasileira), na qual atribuiu ao autor da ação, Ricardo Zarattini Filho, a autoria de atentado no Aeroporto de Guararapes em PE, em 1966. A posterior ação penal, que investigou o crime, concluiu pela sua absolvição. Assim, houve a imputação de prática de crime a um terceiro durante a realização de entrevista.

No caso, um dos argumentos levantados pela parte autora para a imposição de limitações ao direito à informação e à livre manifestação do pensamento é o direito ao esquecimento, citando inclusive o Enunciado 531 do CJF. Tal direito é posto como corolário da dignidade da pessoa humana, que deve ser tutelada por todos no ordenamento nacional, incluindo as empresas jornalísticas na divulgação de informações. Argumenta-se ainda pela desnecessidade de comprovação de má-fé da empresa, bastando a publicação ofensiva para que se configure a responsabilidade civil.

A decisão se interpôs contra acórdão do Tribunal de Justiça de Pernambuco, que decidiu nos seguintes termos:

[...] o direito à honra e à imagem devem se compatibilizar ao sagrado direito à informação e à liberdade de expressão da sociedade, de modo que a matéria jornalística, enquanto instrumento que visa apenas levar informação e conhecimento à sociedade, só pode ser considerada como abusiva e causadora de lesão à pessoa do noticiado, quando tratar o caso de forma leviana, inescrupulosa ou mesmo mercenária (BRASIL, 2016a, p. 4).

Como se percebe, o acórdão pugna pela precedência do direito à liberdade de informação, deixando à margem os direitos da personalidade.

O primeiro voto é do Relator, Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, que foi vencido. O relator reproduz parte do acórdão recorrido, no qual se argumenta que o jornal apenas reproduziu as palavras do entrevistado, o que não enseja indenização, por não se configurar como prática ilícita. Argumenta-se também pelo direito de informar do jornal.

Com relação ao caso concreto, se manifesta sobre a análise de autoria do crime, já que havia indícios, à época, da participação do autor, tanto é que houve a acusação formal pelo atentado. Considera-se ainda que a autoria do atentado permanece incerta. Logo, haveria interesse, ou ao menos curiosidade da sociedade, na informação divulgada pelo jornal. A veiculação da entrevista seria, portanto, resultado do exercício regular de um direito (BRASIL, 2016a, p. 6-8).

Argumenta o ministro que o caso concretiza a colisão entre direitos fundamentais, quais sejam: a livre manifestação do pensamento e os direitos da personalidade (imagem e honra, principalmente). Assim, “[...] para a apuração da responsabilidade civil, necessária a aferição de culpa, sob pena de ofensa à liberdade de imprensa.” (BRASIL, 2016a, p. 9).

Necessário assim o elemento subjetivo, da intenção de ofender, que não estaria presente no caso.

Argumenta ainda pela aplicação da Súmula 7 do STJ⁵⁵, sendo impossibilitada a alteração de premissas já estabelecidas nos tribunais originários (BRASIL, 2016a, p. 11). Por fim, pela inaplicabilidade de indenização pecuniária, traz a decisão de desembargador Sílvio de Arruda Beltrão, para quem é suficiente o exercício de direito de resposta, com a republicação, pelo meio, da versão dos fatos do autor.

Critica o relator o fato do autor não ter tido interesse na divulgação dos fatos, apesar da oferta do jornal. Mais que isso, reprova a aceitação do autor ao afastamento do litisdenunciado, Wandekolk Wanderley, para permanecer com a ação contra a empresa, contra quem teria maiores facilidade para cobrar eventual condenação. Entende que o autor pretende somente auferir ganhos financeiros (BRASIL, 2016a, p. 12-13) Como visto, o voto do relator não trata do direito ao esquecimento.

Após, se inicia o voto-vista do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, que expressa sua contrariedade à aplicação da Súmula n. 7 do STJ ao caso (BRASIL, 2016a, p. 20), trazendo precedentes da própria Corte. A reavaliação da prova, assim, constituiria o devido valor jurídico a fato incontroverso.

Passa a analisar a questão do mérito, que se desenvolve entorno da questão da responsabilidade civil da empresa jornalística. Nesse sentido:

[...] a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que os direitos à informação e à livre a manifestação do pensamento não possuem caráter absoluto, encontrando limites na legislação infraconstitucional e nas garantias constitucionais essenciais à concretização da dignidade da pessoa humana (BRASIL, 2016a, p. 27).

Logo, reafirma-se nesse julgado a inexistência do caráter absoluto do direito à liberdade de informação. Alguns direitos que podem limitá-lo são a honra, intimidade, privacidade e imagem⁵⁶.

Nesse sentido, argumenta o ministro que as empresas jornalísticas não podem atuar de forma displicente, devendo apurar a veracidade dos fatos antes de divulgá-los na mídia, principalmente quando se trata de fatos graves que podem violar a dignidade de terceiros (BRASIL, 2016a, p. 29). Torna-se essencial que os meios de comunicação ajam conforme os deveres de cuidado, sendo prudentes com relação às informações divulgadas.

⁵⁵ A Súmula entende que: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.”

⁵⁶ Nesse sentido é o Resp 1159903/PE, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 01/12/2015, DJe 11/12/2015, trazido na decisão (BRASIL, 2016a, p. 28).

Desse modo, o controle das informações divulgadas por seus entrevistados é de responsabilidade da empresa jornalística, pois é inerente ao objeto da empresa (BRASIL, 2016a, p. 30). A empresa poderia, e deveria, ter exercido controle com relação ao conteúdo da entrevista. O direito à informação, como já afirmado, encontra limites na proteção aos direitos da pessoa.

Outro argumento levantado, já tratado no caso anterior, é com relação à aplicação da Lei da Anistia. Como já visto, os fatos criminosos ocorridos durante a ditadura militar brasileira foram alvo de anistia, de modo que não podem ser discutidos penalmente, em razão da tentativa de pacificação social (BRASIL, 2016a, p. 31). Essa lei foi validada posteriormente, pela ADPF n. 153, julgada pelo STF.

O Ministro afirma que, portanto, a hipótese discutida nos autos se relaciona à aplicação do direito ao esquecimento, conceituado como a possibilidade de “[...] reconhecer à pessoa o direito de restringir o conhecimento público de informações passadas, cuja divulgação presente pode dar causa a prejuízos ou constrangimentos” (BRASIL, 2016a, p. 32, apud MIRAGEM, 2015, pg. 707). Foram citados ainda os precedentes dessa aplicação, o caso Chacina da Candelária, já referenciado. Utilizado também como argumento o Enunciado 531 do CJF.

Além disso, para a configuração do ilícito civil, não é necessária a comprovação de má-fé da publicação, segundo precedentes do STJ colacionados à decisão (BRASIL, 2016a, p. 38). A divulgação da acusação, por si só, já é suficiente para configurar ofensa à honra e imagem do autor (BRASIL, 2016a, p. 39).

Configura-se também como problemático para o jornal a ausência de produção de prova da declaração do entrevistado, já que a gravação da entrevista não foi apresentada. Isso porque o entrevistado, na resposta como litisdenunciado, negou que tenha anunciado o autor da ação como agente causador do atentado do Aeroporto de Guararapes (BRASIL, 2016a, p. 40).

Entende o ministro pelo reconhecimento da responsabilidade da empresa jornalística, decidindo pelo quantum indenizatório de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais). O Ministro Marco Aurélio Bellizze acompanhou o voto-vista do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

Logo após, há o voto-vista do Ministro João Otávio de Noronha. Ele resume os argumentos apresentados pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino (BRASIL, 2016a, p. 48). Entende que a questão do direito ao esquecimento não é aplicável ao caso por dois motivos. Inicialmente sustenta que corresponde a matéria de interesse público, “[...] por se tratar de episódio de inegável relevância para a compreensão do momento histórico por que passava o

país” (BRASIL, 2016a, p. 48). Além disso, afirma que as partes envolvidas são figuras públicas. Assim, vota pela negativa do provimento ao recurso especial, acompanhando o relator.

Havendo empate, o julgamento foi suspenso até a convocação do Ministro Marco Buzzi, da quarta turma. O ministro, após relatório, profere seu voto.

Ultrapassado o óbice de conhecimento, cumpre asseverar que a liberdade de expressão, compreendendo a informação, a opinião e a crítica jornalística, por não ser absoluta, encontra algumas limitações ao seu exercício, compatíveis com o regime democrático, podendo-se citar: a) o compromisso ético com a informação verossímil; b) a preservação dos chamados direitos da personalidade, entre os quais incluem-se os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à intimidade; e c) a vedação de veiculação de crítica jornalística com intuito de difamar, injuriar ou caluniar a pessoa (REsp 801.109/DF, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 12/06/2012, DJe 12/03/2013) (BRASIL, 2016a, p. 54).

Entende o Ministro que os meios de comunicação têm o dever com a ética e a veracidade das informações por ele divulgadas, ainda que estejam inseridas em entrevistas. Não cabe uma postura somente sensacionalista ou difamatória. Principalmente porque, no caso descrito, o fato divulgado era controverso. Não houve por parte do jornal a aplicação do dever de zelo (BRASIL, 2016a, p. 55). Continua:

Ora, como é sabido, **a liberdade para o exercício da informação não pode ser erigida à condição de verdadeiro escudo acobertador da prática de atos irresponsáveis**, sendo perfeitamente plausível que aquele que se sinta ofendido formule em juízo pretensão de obter a reparação pelos danos que entenda injustamente causados à sua imagem por conduta abusiva do eventual ofensor (BRASIL, 2016a, p. 56, grifo nosso).

Assim, acompanha a divergência e dá parcial provimento ao recurso, com indenização no valor de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais).

O que se concluiu no caso, mostrado já na ementa, é que deve haver a responsabilização da empresa jornalística. Além disso, não é necessário que seja comprovada a má-fé por parte da empresa informativa, que deve realizar a tutela da dignidade da pessoa humana.

Interessante ainda notar que os vários julgados do STJ colacionados a essa decisão trazem expressamente a ideia de que a liberdade de expressão e informação não são direitos absolutos. Além disso, quando se referem aos limites desses direitos, fazem referência à dignidade da pessoa humana.

5.5 CASO GOOGLE BRASIL

Finalmente, chega-se ao caso mais recente julgado pelo STJ em que há expressa referência ao direito ao esquecimento, o AgInt no Resp 1.593.873/SP. Foi julgado em 11/11/2016, sendo publicado no DJe em 17/11/2016. A relatora é a ministra Nancy Andrichi, tendo como agravado S M S e *Google Brasil Internet Ltda.* Decisão da Terceira Turma do STJ.

Trata-se de ação de obrigação de fazer do provedor de pesquisa. A aplicação do direito ao esquecimento na internet, como se sabe, exige que haja a filtragem prévia de buscas, bloqueando palavras-chaves, o que se discute no caso. S M S ajuizou ação objetivando o bloqueio de buscas realizadas em seu nome, que poderiam culminar em páginas com imagens de nudez suas.

A Ministra relatora, Nancy Andrichi inicia com o relatório. O recurso foi interposto pelo *Google* contra acórdão que deu provimento à apelação da recorrida, nos termos:

OBRIGAÇÃO DE FAZER - Autora que busca impedir a veiculação de resultado de pesquisa, cujo conteúdo envolva suas imagens a partir do seu nome em site de busca - Possibilidade - Direito de esquecimento - Conteúdo sem interesse público, circunscrito apenas à vida privada da pessoa exposta – Afirmação do preceito constitucional da dignidade da pessoa humana - Recurso Provido (e-STJ fl. 121) (BRASIL, 2016b, p. 4).

Após, inicia seu voto. A questão determinante nesse caso é estipular quais são os limites da responsabilidade dos provedores de busca quando da realização de pesquisas na internet, principalmente com relação ao direito ao esquecimento. A decisão visa, portanto, estipular os limites de aplicação do direito ao esquecimento na internet.

O direito ao esquecimento é a fundamentação básica do acórdão recorrido, que decidiu pela necessidade de filtragem dos resultados de busca que contenham o nome da recorrida. A ministra argumenta que doutrinariamente o direito ao esquecimento passa por fase de consolidação, inclusive através do Enunciado 531 da CJF.

O conceito de direito ao esquecimento que se apresenta é: “[...] o direito de não ser lembrado contra sua vontade, especificamente no tocante a fatos desabonadores, de natureza criminal, nos quais se envolveu, mas que, posteriormente, fora inocentado”. Esse conceito, como se percebe, traz um viés penalista, ou seja, aborda casos nos quais o indivíduo tenha se envolvido em algum crime em momento do passado (BRASIL, 2016b, p. 6).

Ao citar casos nos quais o STJ já atendeu pela aplicação do direito ao esquecimento, a relatora argumenta que, neles, foi feita uma ponderação que concluiu pela estabilização do passado pelo Direito em alguns casos, conferindo segurança e previsibilidade. Para isso, rememora o argumento segundo o qual a prescrição é um direito ao esquecimento programado constante na ordem jurídica pátria (BRASIL, 2016b, p. 6-7).

Defende que o direito ao esquecimento existe no ordenamento brasileiro em razão de princípios, mas também com base em leis específicas, como a prescrição estabelecida pelo CC, bem como o art. 43, §1º do CDC (BRASIL, 2016b, p. 7). Desse modo, advoga pela existência do direito ao esquecimento, bem como a sua aplicação em casos determinados (BRASIL, 2016b, p. 8).

Nesse ponto, passa a relatora a analisar a aplicabilidade do direito ao esquecimento quando se trata dos buscadores na internet. Ou seja, a questão dos provedores seria diversa porque eles não detêm a informação que se deseja ver esquecida, mas apenas facilitariam a busca das mesmas na rede internacional de computadores (BRASIL, 2016b, p. 8).

Como esse é o primeiro caso sobre o tema que chega aos tribunais superiores brasileiros, a relatora refere-se a um caso julgado no Tribunal de Justiça Europeu, o caso de M. Costeja González, já referenciado. Nesse caso o Tribunal decidiu:

- 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, 2016b, p. 9, grifo nosso).

A ministra, porém, salienta que a decisão do Tribunal Europeu ocorre em razão da legislação específica que existe sobre tratamento e proteção de dados. No Brasil, todavia, como já visto, não há uma lei específica sobre esse assunto, somente havendo proteções esparsas em algumas legislações (BRASIL, 2016b, p. 10).

No entanto, não se acredita que a falta de legislação possa prejudicar a concretização de uma ação que beneficie o cidadão e sua dignidade. Até mesmo porque, se na União Europeia essa foi a decisão, e houve aplicação, comprova-se que é possível, tecnicamente, a exclusão de determinados resultados após a realização de busca *online*.

Desse modo, a Ministra passa a analisar legislação que trata de tema próximo, qual seja, o Marco Civil da Internet, (Lei n. 12.965/14), principalmente no que tange ao seu art. 7º, I e X. Nesse sentido,

Assim, com relação aos provedores de aplicação de internet, a exclusão de dados pessoais é claramente um direito subjetivo que pode ser exercido sem qualquer condicionamento, exceto os casos de guarda obrigatória de registros.

Contudo, uma consideração deve ser feita. Aplicações de internet são definidas no MCI como “o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet”. Assim, o direito à exclusão mencionado acima alcança somente as informações que o próprio indivíduo houver fornecido para um determinado provedor de aplicações de Internet (BRASIL, 2016b, p. 10).

O alcance do artigo do Marco Civil da Internet seria assim, extremamente restritivo, ao estipular que só podem ser excluídas as informações inicialmente cedidas pelo titular dos dados. Com a devida vênia, não se acredita que esse seja o entendimento que deve prosperar. Por óbvio, os dados divulgados pelo próprio titular devem ser excluídos quando essa for a sua vontade. No entanto, o mesmo entendimento deve ser aplicado independentemente da origem ou de quem divulgou a informação. Aliás, com muito mais razão devem poder ser excluídas aquelas informações que jamais foram publicadas com o consentimento do titular.

Nesse ponto, passa-se a analisar o REsp. 1.316.921/RJ, conhecido como o Caso Xuxa Meneghel, onde se decidiu:

Essa provedoria de pesquisa constitui uma espécie do gênero provedor de conteúdo, pois esses sites não incluem, hospedam, organizam ou de qualquer outra forma gerenciam as páginas virtuais indicadas nos resultados disponibilizados, se limitando a indicar links onde podem ser encontrados os termos ou expressões de busca fornecidos pelo próprio usuário. (REsp 1.316.921/RJ, Terceira Turma, julgado em 26/06/2012, DJe 29/06/2012) (BRASIL, 2016b, p. 12).

No entanto, se entende que não importa exatamente o conteúdo disponibilizado pelo provedor de busca. Geralmente a pessoa não pede a exclusão do conteúdo específico, até mesmo pela dificuldade prática que isso acarretaria. Importa na verdade a desindexação, ou seja, que não apareçam os resultados determinada informação, dado ou imagem. A aplicação dessa espécie de filtro já constituiria proteção significativa à pessoa humana.

Aos serviços prestados pela internet, incluindo os serviços de busca, são aplicadas as normas constantes no CDC. Tanto é que “[...] os provedores de pesquisa devem garantir o sigilo, a segurança e a inviolabilidade dos dados cadastrais de seus usuários e das buscas por eles realizadas, bem como o bom funcionamento e manutenção do sistema.” (BRASIL, 2016b, p. 12).

No entanto, a ministra argumenta que a filtragem de conteúdo das pesquisas não é serviço intrínseco, não se podendo aplicar o artigo 14 do CDC⁵⁷. Defende que os resultados apresentados na busca são outros sites presentes na internet, que já são públicos. Assim, a visualização dos mesmos poderia ocorrer mesmo sem os mecanismos de busca. Mais que

⁵⁷ Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

isso, seria impossível que o provedor de busca realizasse controle sobre os resultados que ele apresenta (BRASIL, 2016b, p. 13).

Por óbvio, a desvinculação de determinado site nos mecanismos de busca não faz com que a página que contem o dado ofensivo seja excluída. No entanto, é claro que é através das buscas *online* que se consegue chegar à maioria dos sites. Essa é uma ferramenta extremamente relevante para a pesquisa de informações *online*.

A responsabilidade do provedor é assim afastada, já que “[...] a recorrente não armazena as informações e imagens indicadas pela recorrida, de modo que não há como lhe imputar responsabilidade por elas.” (BRASIL, 2016b, p. 13).

Por fim, defende a relatora que, se determinada página divulga conteúdo ilícito, o ofendido deve executar medidas que visem à exclusão da página específica, o que as retiraria automaticamente dos resultados da busca (BRASIL, 2016b, p. 14). Essa solução, infelizmente, é inviável ao cidadão na prática. É impossível que a pessoa identifique todas as páginas que apresentem conteúdo lesivo. Além disso, esse entendimento retira toda a responsabilidade do *Google* e a transfere ao indivíduo, hipossuficiente⁵⁸.

Entendendo que a recorrente não armazena as informações, não deveria figurar no polo passivo da lide (BRASIL, 2016b, p. 14). Não há qualquer legislação que imponha ao *Google* que faça esse filtro nos resultados da busca. A ausência de legislação, segundo a ministra, impede que a solução brasileira seja a mesma da europeia.

A legislação mencionada acima não permite imputar a um terceiro – que não detém de forma propriamente dita a informação que se quer ver esquecida – cumprir a função retirar o acesso do público em geral de determinado conjunto de dados (BRASIL, 2016b, p. 15-16).

Desse modo, a ministra dá provimento ao recurso especial, extinguindo o processo por ausência de legitimidade passiva (BRASIL, 2016b, p. 16). A Terceira Turma, assim, deu provimento ao recurso por unanimidade. Concordaram com a Ministra Relatora os Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro.

O entendimento que predominou foi o de que os provedores de pesquisa são impossibilitados de filtrar as palavras-chaves, eliminando resultados específicos de alguns termos ou expressões. A indicação da página que causaria violação aos direitos da pessoa é

⁵⁸ Com relação à hipossuficiência do indivíduo frente aos meios de comunicação: “cotejados, de uma parte o cidadão inerte e, de outra, os grandes meios de comunicação de massa, ressalta de pronto a enorme desproporção de forças. Do que se depreende a urgente necessidade da tutela do indivíduo, para que não venha a ser sufocado pelas forças gigantescas da divulgação, aniquilado e impedido no livre desenvolvimento de sua personalidade” (COSTA JÚNIOR, 2007, p. 85/86).

indiferente, já que os provedores permanecem sem a obrigação de excluí-las. Utiliza-se como argumento também a ausência de lei que obrigue os provedores a implementar o direito ao esquecimento.

5.6 DIFERENCIAÇÃO ENTRE MÍDIA TELEVISIVA E INTERNET

Na internet o direito ao esquecimento se expressa de forma diferente, em razão da natureza fluida e da grande capacidade de armazenamento que lhe são próprias. Nesse ambiente tornam-se relevantes outras questões, como contra quem a ordem será dirigida; se a decisão será dos órgãos judiciais ou das empresas privadas detentoras da informação, dentre outras.

A questão da efetividade na internet não será enfocada no presente estudo, que se fixa na existência, conceituação e amplitude do direito ao esquecimento. Embora não seja pretensão dessa dissertação discorrer sobre tal efetividade, é necessário reconhecer que esse ponto merece receber um tratamento mais apurado em outras pesquisas. Ele é interessante e essencial, merecendo análise interdisciplinar com questões de técnica computacional.

No Resp 1.334.097/RJ (Caso Chacina da Candelária), o relator Ministro Luis Felipe Salomão afirma que cabe uma análise diferenciada do direito ao esquecimento quando de sua aplicação na internet e nas mídias televisivas. O relator conclui o item 5 do acórdão (BRASIL, 2013a, p. 26-27) afirmando que o direito ao esquecimento tem contornos diferentes na mídia televisiva e na internet.

Afirma Salomão que o direito ao esquecimento ganha maior visibilidade com o desenvolvimento da internet, mas que é também nesse contexto que a sua aplicação se torna mais complexa. Isso porque, como já tratado, a internet disponibiliza um número gigantesco de informações, todas elas oferecidas ao grande público com extrema facilidade. Uma vez na internet, tais dados dificilmente seriam permanentemente excluídos, tornando as informações *online* eternamente presentes.

A análise do STJ nos dois primeiros casos (Chacina da Candelária e Aida Curi) seria assim simplificada, já que abarcam somente a publicação por meio da mídia televisiva, não na internet. Nos casos abordados, a aplicação ou não do direito ao esquecimento, os argumentos e as respectivas decisões diriam respeito especificamente às publicações na mídia televisiva.

Os principais argumentos para a diferenciação dos dois meios como suporte de informações seriam, assim, as questões de índole técnica suscitadas pela aplicação na internet;

além da possibilidade de circulação do conteúdo internacionalmente, já que no mundo *online* não há fronteiras, o que poderia suscitar questões referentes à soberania dos Estados.

O debate na internet deveria ser feito de maneira diversa, conforme ocorreu no julgamento do AgInt no Resp 1.593.873/SP. A ministra relatora, Nancy Andriighi também trata da diferenciação da aplicação do direito ao esquecimento em âmbitos como os programas televisivos e a internet. Nesse sentido:

Por fim, com relação à jurisprudência desta Corte superior, no que se refere ao direito do esquecimento, há duas situações distintas. A primeira não aborda diretamente a responsabilidade do provedor de aplicação de busca na internet, ao envolver apenas empresas de comunicação televisiva, como nos julgamentos dos REsp 1.335.153/RJ e REsp 1.334.097/RJ. A segunda, em que se encontra o decidido no REsp 1.316.921/RJ, quando aborda a questão do direito ao esquecimento no ambiente digital, rejeita imputar ao provedor de buscas a obrigação de fiscalizar o conteúdo acessível ao público, como expressamente afirmado naquela oportunidade: Dessa forma, **não há fundamento legal que permita impor aos provedores de pesquisa a obrigação de eliminar do seu sistema os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, sob a alegação de implementar o direito ao esquecimento de qualquer requerente** (REsp 1.316.921/RJ, Terceira Turma, julgado em 26/06/2012, DJe 29/06/2012. Grifou-se). (BRASIL, 2016b, p. 16).

No entanto, é válido lembrar que houve modificação com relação à resposta que deve ser dada pelo provedor de busca após o Marco Civil da Internet. Assim, problemática é a questão dos destinatários dos pedidos de exclusão. A informação disponível *online* está contida em um ou vários sites, e torna-se acessível através de buscas com termos específicos nos provedores de busca, sendo o *Google* o mais conhecido na atualidade.

Desta feita, questiona-se com relação à eficiência do pedido de desindexação direcionado ao *Google*. Para alguns doutrinadores, “não pode ser o *Google* (ou qualquer outra plataforma de busca) o destinatário do pedido” (BRANCO, 2017, p. 176). Isso porque, na desindexação, a eficácia seria apenas parcial, já que o resultado ainda seria acessível através de outros motores de busca, além de permanecer disponível no site primário.

A questão da destinação do pedido de exclusão é complexa. Por óbvio, a exclusão dos sites específicos nos quais o dado lesivo se encontra seria a medida mais eficiente. No entanto, é inviável que o indivíduo, hipossuficiente, venha a identificar todos os sites onde a informação se encontra. Esses sites podem até mudar, serem cancelados, ou pode haver o surgimento de novos durante o ajuizamento da ação. A internet, como já se afirmou, tem natureza essencialmente fluida.

Assim, é razoável pensar que os provedores, que auferem os lucros dessa atividade, tenham também o ônus de arcar com as desindexações, quando necessárias. É presumível que grande parte da população só tem acesso à maioria dos sites depois da pesquisa no provedor

de busca. Se os resultados não forem elencados, dificilmente a página com a notícia ou dado que lesa o indivíduo será acessada.

Concluindo, um dos maiores problemas com relação à aplicação do direito ao esquecimento na internet passa por questões de natureza técnica. Assim, questiona-se como realmente tornar efetivas decisões que imponham a desvinculação do nome ou o real cancelamento de determinada informação. Os obstáculos, no mundo digital, são inúmeros. O dinamismo da internet dificulta que essas informações se tornem realmente inacessíveis.

Ademais, a questão dos provedores como terceiros, que não contêm as notícias, dificulta sua responsabilização, principalmente na legislação atual. A própria questão da ausência de limites territoriais na rede de computadores é problemática, já que expõe questões de soberania nacional. É extremamente complicado “[...] efetivar internacionalmente decisões que determinem a remoção do conteúdo do site onde ele se encontra” (BRANCO, 2017, p. 177).

No entanto, concorda-se com Bucar (2013, p. 5), para quem a exclusão do espaço da internet das discussões sobre direito ao esquecimento deve ser analisada com parcimônia. As barreiras técnicas não deveriam tornar a internet imune à incidência de qualquer disciplina jurídica.

Os desafios da aplicação do direito ao esquecimento à internet são muitos. Não se contesta a existência deles. No entanto, defende-se que a existência desses empecilhos não pode servir de impedimento para a concretização desse direito no mundo digital, espaço no qual ele é cada vez mais necessário. Na verdade, deve-se pensar em soluções globais e de índole técnica, que permitam realmente que o direito seja efetivado.

Juridicamente, não se encontra qualquer justificativa para que o direito a ser esquecido seja aplicado nos meios físicos, e não no mundo *online*. A sociedade da informação demanda que esse direito seja aceito na internet, e que se procurem soluções da informática, das ciências da computação, enfim, soluções interdisciplinares que possibilitem a proteção ampla da pessoa, inclusive no mundo digital.

5.7 OS INFORMATIVOS DE JURISPRUDÊNCIA

Utilizando a já mencionada metodologia de buscar “direito adj3 esquecimento”, foram encontrados 6 informativos de jurisprudência⁵⁹. Somente 4 se aplicam ao tema, sendo dois deles (Informativo 0587, do período entre 1º a 16 de agosto de 2016, quinta turma e Informativo 0580, do período de 2 a 13 de abril de 2016, sexta turma) inaplicáveis, por se tratarem de questões criminais que citam julgados sobre direito ao esquecimento.

O Informativo 0588, do período entre 17 a 31 de agosto de 2017, terceira turma, trata do direito ao esquecimento do consumidor, e do prazo de 5 anos estabelecido no art. 43, §1º do CDC. O Informativo 0583, do período entre 13 a 26 de maio de 2016, terceira turma, é bastante relevante, pois trata da obrigação dos motores de busca de realizarem a desindexação. Cita o conhecido caso da apresentadora Xuxa Meneghel. O Informativo 0527, do período de 9 de outubro de 2013, quarta turma, trata do caso Aida Curi e da publicação de imagem sem autorização e dever de indenização. Por fim, o Informativo 0527, do período de 9 de outubro de 2013, quarta turma, trata do caso da Chacina da Candelária e da possibilidade de aplicação do direito ao esquecimento aos absolvidos no processo criminal.

Com relação às outras nomenclaturas, foram utilizados também “direito a ser deixado só”, “direito a ser esquecido” e “direito a ser deixado em paz”, com os termos de pesquisa, respectivamente, “direito adj3 estar adj2 só”, “direito adj3 ser adj2 esquecido” e “direito adj3 deixado adj2 paz”. Não foram encontrados resultados de acórdãos relevantes sobre esses termos de pesquisa. Com relação aos informativos de jurisprudência, nos dois últimos casos é citado o Informativo 0580, do período de 2 a 13 de abril de 2016, sexta turma, já referenciado e inaplicável à presente pesquisa, por se tratar de questão criminal.

⁵⁹ Acessíveis através do site

<<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=direito+adj3+esquecimento&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em: 18/07/2017.

6 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DIREITO AO ESQUECIMENTO

No capítulo anterior realizou-se estudo da aplicação do direito ao esquecimento no Superior Tribunal de Justiça. Nesse capítulo apresenta-se a pesquisa realizada no Supremo Tribunal Federal, também apto a analisar questões referentes a esse direito. O intuito é apurar se existem julgados sobre o tema e quais os conceitos e critérios postos na aplicação do direito a ser esquecido.

6.1 RECURSO EXTRAORDINÁRIO CASO AIDA CURI E CONSEQUENTE AUDIÊNCIA PÚBLICA

Com relação à temática do direito ao esquecimento no Supremo Tribunal Federal (STF), não há o julgamento, até o momento da elaboração desse trabalho, de nenhuma ação finalizada na qual tal direito seja expressamente analisado na esfera civil. Há, em andamento, o Recurso Extraordinário (RE) 1.010.606 do Rio de Janeiro, pendente de julgamento no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 833248, que trata do caso de Aida Curi, supracitado.

Com relação a esse último caso, ocorreu, no STF, em junho de 2017, audiência pública⁶⁰ sobre direito ao esquecimento. Tal audiência foi convocada pelo Ministro Dias Toffoli, relator do processo supramencionado. De acordo com a atribuição do Supremo Tribunal Federal, o Ministro publicou em 10 de maio de 2017 o Despacho Convocatório⁶¹ da audiência. Apesar de se basear em caso concreto, ao atingir repercussão geral, a decisão passará a indicar ao Judiciário a orientação que o STF terá sobre o tema (BRASIL, 2017a, p. 8).

⁶⁰ A Audiência Pública é instrumento de participação popular que concretiza a democracia participativa. Carvalho Filho a define como um instrumento destinado a obter opiniões orais, além de provocar discussões em uma sessão pública específica, designada para a análise de uma matéria específica (2012, p. 972). Assim, possibilita-se a participação da comunidade nas decisões administrativas. Para o autor, é ainda possível notar dois efeitos significativos, quais sejam: influenciar a vontade estatal e reclamar que sejam apresentados argumentos ainda mais convincentes quando a escolha for contrária àquela sugerida na audiência pública. Nesse sentido também leciona Häberle (2002, p. 13), para quem a interpretação constitucional é um dos elementos da sociedade aberta. Logo, em uma sociedade extremamente plural, os critérios e os participantes da interpretação constitucional devem ser os mais amplos e variados possíveis. Assim, os intérpretes constitucionais devem ser entendidos em sentido *lato*, abarcando além dos intérpretes jurídicos, os cidadãos, interessados, *experts*, a opinião pública, dentre outros (HÄBERLE, 2002, p. 21-22).

⁶¹ O despacho convocatório, bem como os outros documentos que dizem respeito a essa audiência, a exemplo do edital, cronograma, relação dos habilitados e, posteriormente, a transcrição da audiência pública estão disponibilizados no site do Supremo Tribunal Federal. São acessíveis na parte que traz as audiências públicas já realizadas, no link <<http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublica.asp?tipo=realizada>>. Acesso em 31/08/2017.

A temática dessa audiência é disponibilizada já no Despacho, no qual se esclarece que ela tratará da aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera civil, em especial quando esse for invocado pela própria vítima ou por seus familiares. Assim, essa audiência corrobora a grande amplitude do direito ao esquecimento, que pode ser aplicado com relação a pessoas que não querem que dado específico seja público; a pessoas que já cometeram algum tipo de crime ou às vítimas e familiares do delito.

Apesar da especificidade do tema, no despacho se esclarece que a audiência pública será convocada para: “[...] ouvir o depoimento de autoridades e expertos sobre i) a possibilidade de a vítima ou seus familiares invocarem a aplicação do direito ao esquecimento na esfera civil e ii) a definição do conteúdo jurídico desse direito, considerando-se 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.” Conseqüentemente, sua análise será útil para a análise do conceito e dos critérios de aplicação deste direito postos pela doutrina especializada.

Ocorreu a audiência no dia 12 de junho de 2017, em dois turnos, manhã e tarde, com participação de dezessete expositores, os quais se inscreveram e foram habilitados para sua participação, cada um com o tempo de fala estipulado de 15 minutos.

Inicialmente, antes do início da manifestação dos expositores, há breve resumo do caso concreto. Inclusive, o ministro relator Dias Toffoli reafirma que, para o Superior Tribunal de Justiça, há a possibilidade, no Brasil, do direito ao esquecimento, a despeito de sua não aplicação no caso concreto de Aida Curi (BRASIL, 2017a, p. 12), em razão da aplicação dos critérios.

Já houve oportunidade para contra-argumentar as alegações contrárias à existência do direito ao esquecimento. Ademais, considerando que o objetivo do trabalho é encontrar a definição, bem como os critérios postos pela doutrina e jurisprudência, expositores que sejam contrários à existência desse direito não serão, em regra, abordados.

O primeiro a se manifestar é o advogado dos recorrentes, Roberto Algranti Filho. Ele menciona questão pouco suscitada quando se trata do direito ao esquecimento, que é com relação à saúde de quem é atingido por determinada veiculação (BRASIL, 2017a, p. 24). Para isso, faz análise interdisciplinar do estresse pós-traumático (BRASIL, 2017a, p. 28-29).

Argumenta ainda que o direito ao esquecimento encontra respaldo na Constituição Federal, bem como em julgados do próprio STF. Para exemplificar, trata do *Habeas Corpus* com relação à publicação de livro nazista, no qual tornou-se claro que “[...] o direito subjetivo à liberdade de expressão encontra seu limite na ilicitude” (BRASIL, 2017a, p. 24). Para esse expositor, portanto, não há na legislação infraconstitucional instrumento que proteja o direito

ao esquecimento, já que refuta que o direito de resposta e a responsabilidade civil sejam remédios aplicáveis a esse direito. Afirma ainda que ele protege a privacidade, a intimidade e preserva a saúde (BRASIL, 2017a, p. 26).

Com relação aos critérios, inicialmente aborda a questão da historicidade, já que “[...] o direito ao esquecimento não abarca fatos históricos” (BRASIL, 2017a, p. 27). Conseqüentemente, esse direito não teria interferência na questão histórica. Trata ainda da contemporaneidade da notícia, bem como do interesse público (BRASIL, 2017a, p. 30). Sem eles, não haveria razão para a predominância da liberdade de expressão, o que justificaria a aplicação do direito ao esquecimento no caso concreto. Assim, a publicação de tragédia teria, no máximo, interesse do público e o intuito de lucro pela venda e publicidade, não agregando nada de novo (BRASIL, 2017a, p. 31).

Com relação à aplicação à vítima, se argumenta que seria ainda mais justificada, já que ela nunca abriu mão de sua privacidade por escolha, “[...] ela não renunciou a sua privacidade. Ela é uma vítima do crime, é uma vítima do destino e, até hoje, é uma vítima da imprensa, das mídias, por enquanto em caráter perpétuo.” (BRASIL, 2017a, p. 28).

Argumenta ainda que os fatos não se apagam, sendo, no máximo, limitada a divulgação, quando houver razões para tal. Logo, o direito ao esquecimento não deveria ser aplicado de forma binária, já que “[...] a invocação do direito ao esquecimento, por quem quer que seja, não é uma coisa automática que gerará o cerceamento de uma divulgação.” (BRASIL, 2017a, p. 32). Ao contrário, sua aplicação depende de critérios de acordo com o caso concreto.

Esse entendimento é relevante porque, seja ao longo da audiência, seja com relação à doutrina, existe o receio, justificado, de que a adoção do direito ao esquecimento signifique a sua aplicação em todos os casos em que seja suscitado. Porém, o medo não se concretiza. Além da sua adoção, em abstrato, é necessário que haja, por parte do aplicador, a análise de critérios de aplicação desse direito. Ademais, isso já se mostrou possível no próprio caso aqui referenciado, quando julgado no STJ, que optou pela não aplicação do direito ao esquecimento no caso de Aida Curi, ainda que tenha corroborado a sua existência no ordenamento brasileiro.

O segundo a se apresentar é Gustavo Binenbojm, pela ABERT (Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão). Ele argumenta pela inexistência do direito ao esquecimento, dizendo que o mero desejo de alguém não pode limitar as liberdades de expressão e imprensa (BRASIL, 2017a, p. 35).

A terceira é Taís Borja Gasparian, da ABRAJI (Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo), também contrária à existência do direito ao esquecimento no ordenamento brasileiro (BRASIL, 2017a, p. 45). É importante salientar que a expositora é contrária a esse direito em razão de sua imprecisão terminológica e da dificuldade da jurisprudência em defini-lo e aplicá-lo. Consequentemente, mostra-se a relevância do esforço despendido no presente trabalho.

Posteriormente expõe Daniel Sarmiento, pela ANJ (Associação Nacional de Jornais) e ANERJ (Associação Nacional de Editores de Revista), também contrário a esse direito. A posição do professor já se mostrava clara no Parecer por ele elaborado, o qual já foi referenciado.

A quinta expositora é Cíntia Rosa Pereira de Lima, que fala pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto. Essa expositora trata o direito ao esquecimento como um direito autônomo da personalidade, já que tal direito não é só privacidade, nem somente proteção de dados pessoais. Esse direito teria *corpus* de identidade pessoal e *animus* de direito à privacidade (BRASIL, 2017a, p. 66).

Trata ainda do conceito do direito à desindexação, que seria “[...] o direito a não ver facilmente encontrada uma notícia que não seja mais atual” (BRASIL, 2017a, p. 69). Afirma que se trata de direito diverso, decorrente do sistema de proteção de dados, da autodeterminação informacional (BRASIL, 2017a, p. 71).

Afirma que não se trata de direito absoluto e sugere como critérios o decurso de tempo razoável, além da perda de utilidade de determinada informação para a sociedade.

Não é isso que se busca: reescrever-se a história ou alterar-se a verdade dos fatos. O que se busca é não ter a identidade de um determinado indivíduo estigmatizada por fatos ocorridos no passado que deixaram de ter uma relevância pública. (BRASIL, 2017a, p. 67).

Depois ocorre a manifestação de José Carlos Costa Netto, desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo. Manifesta-se pela existência e aplicação do direito ao esquecimento.

[...] o direito de personalidade é da pessoa, não dos fatos. Ninguém pode alterar os fatos. Os fatos existem e, de alguma forma, eles são divulgados, ou não. O que interessa é esquecimento em relação à pessoa; a pessoa que quer ser esquecida (BRASIL, 2017a, p. 80).

Nesse sentido seria possível, por exemplo, a divulgação da informação com a omissão do nome e da fisionomia da pessoa, buscando a compatibilização de direitos, o que se manifesta no acórdão do caso da Chacina da Candelária.

O sétimo expositor é Renato Ópice Blum, no INSPER (Instituto de Ensino e Pesquisa). Ele argumenta com relação aos algoritmos, reafirma o Enunciado 531 do CJF. Apresenta o direito ao esquecimento como “[...] a possibilidade de discutir o uso que é dado a

fatos pretéritos, mais especificamente ao modo e à finalidade que são lembrados” (BRASIL, 2017a, p. 90). Logo, como já afirmado, não seria esse direito hábil a apagar fatos ou reescrever a própria história.

Com relação aos critérios, trata do trinômio finalidade *vs* interesse *vs* licitude, o que não se confunde com censura ou restrição à liberdade de informar (BRASIL, 2017a, p. 92), mas sim em ponderação de interesses.

Já na parte da tarde, o primeiro a se manifestar é Anderson Schreiber, pelo IBDCIVIL (Instituto Brasileiro de Direito Civil). Argumenta que, nos países da Europa continental, o direito ao esquecimento é um desdobramento do direito à privacidade (BRASIL, 2017a, p. 107). Nesses países, o conceito seria:

[...] direito a não ser perseguido pelos fatos do passado que já não mais refletem a identidade atual daquela pessoa. Trata-se assim, essencialmente, de um direito contra uma recordação opressiva dos fatos pretéritos que projete o ser humano, na esfera pública, de forma equivocada, porque não atual, impedindo-o de ser reconhecido pelo público como quem realmente é (BRASIL, 2017a, p. 107-108).

Tal direito seria, para Schreiber, a favor da verdade, de contar a história completa da vida do sujeito, que não reduza a pessoa a um rotulo do passado (BRASIL, 2017a, p. 108). Conseqüentemente, deve ser priorizada a identidade presente do indivíduo. Por isso critica o conceito de direito ao esquecimento trazido no caso da Chacina da Candelária, como o “direito de não ser lembrado contra a sua vontade”, já que esse direito não é aplicado de acordo com a mera vontade da pessoa retratada (BRASIL, 2017a, p. 109). A visão voluntarista, bem como a proprietária do indivíduo sobre seus acontecimentos pretéritos, deve ser rechaçada.

Defende Schreiber o mesmo ponto de vista desse trabalho, qual seja, que a solução não é excluir o direito ao esquecimento da esfera privada, mas sim a sua aplicação de acordo com critérios pré-estabelecidos, considerando se “[...] aquela projeção específica do ser humano na esfera pública, com base em uma condição pretérita, efetivamente compromete ou impede a realização da sua personalidade no momento atual.” (BRASIL, 2017a, p. 110). Assim, havendo colisão de direitos fundamentais, o STF deve fornecer parâmetros para a realização de ponderação no caso concreto (BRASIL, 2017a, p. 116).

Com relação aos critérios, Schreiber cita alguns (BRASIL, 2017a, p. 112). O primeiro é o de relevância histórica do fato, no qual deve haver análise se o crime retratado é crime com “efetiva importância histórica”, o que justificaria sua exposição pública. O segundo é a análise da legitimidade da reprodução, ou seja, o modo como o crime é reproduzido e relatado. Logo, serão analisadas questões como a necessidade de identificação da vítima e da

reprodução de cenas mórbidas. O terceiro é o da fama prévia (BRASIL, 2017a, p. 114), devendo ser avaliado se a vítima ou familiares já gozam de reconhecimento na esfera pública. Isso porque, contrariamente à autoexposição, não seria válido que a pessoa invocasse o direito ao esquecimento se ela própria expôs publicamente tal fato.

Após, se manifesta Marcel Leonardi, representando o *Google Brasil Internet Ltda.*, que se manifesta pela desnecessidade do reconhecimento do direito ao esquecimento no Brasil (BRASIL, 2017a, p. 118). Segundo Leonardi, o Brasil já tem instrumentos hábeis para solucionar casos extremos (BRASIL, 2017a, p. 125). Argumenta contra a preponderância presumida da privacidade e a existência do direito ao esquecimento como um superdireito (BRASIL, 2017a, p. 127), com o que também não se concorda, como já exposto em diversos momentos.

O décimo expositor é Gustavo Mascarenhas Lacerda Pedrina, do IBCCRIM (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais). O expositor trata do âmbito penal do direito ao esquecimento. No entanto, por trazer critério relevante de aplicação do direito ao esquecimento, sua fala será analisada. Válida ainda a anotação de que predomina em seu voto o argumento da regenerabilidade da pessoa, para que ela não carregue sempre forma de penalização por fato ocorrido no passado (BRASIL, 2017a, p. 134-135).

O expositor sustenta a colocação de um marco temporal para a aplicação do direito ao esquecimento, a partir do qual as pessoas teriam a oportunidade de serem esquecidas pelos acontecimentos antigos. Se baseia na legislação penal para sugerir o prazo de 5 (cinco) anos.

[...] o IBCCRIM propõe e defende, hoje, aqui, o entendimento de que, passados cinco anos do cumprimento, ou extinção da pena, os agentes envolvidos nos fatos criminosos, desde que manifestem sua vontade - porque aqui se trata de um direito de personalidade -, também não devem ser alvo de novas reportagem jornalísticas ou documentais. E ainda que não possam ter os seus nomes indexados à novos *links* em buscadores de *internet*, surgidos depois de atingido esse marco temporal. (BRASIL, 2017a, p. 140).

Posteriormente se manifesta Carlos Affonso Pereira de Souza, do ITS RIO (Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro), para quem o direito ao esquecimento é uma máscara para a aplicação de outros direitos fundamentais (BRASIL, 2017a, p. 146). Contesta ainda o nome “esquecimento”, já que a decisão judicial não é capaz de causar esse efeito na sociedade (BRASIL, 2017a, p. 147).

O próximo a se apresentar é André Zonaro Giacchetta, representando o Yahoo! do Brasil Internet Ltda, que também é contrário à existência do direito ao esquecimento.

O décimo terceiro expositor é Coriolano Aurélio de Camargo Santos, Conselheiro da Seccional de São Paulo da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). A exposição do

Conselheiro é interessante porque ele propõe a via conciliatória, trazendo a possibilidade da família ser chamada previamente ao debate (BRASIL, 2017a, p. 167). Essa via é bastante interessante e já foi explorada no item 4.1.1. Além disso, ele reconhece o direito ao esquecimento como valor e direito que deve ser tutelado, concretizando a dignidade da pessoa humana (BRASIL, 2017a, p. 168-169).

Posteriormente se manifesta Paulo de Camargo Cerdeira (BRASIL, 2017a, p. 170-181), pelo Centro de Tecnologia e Sociedade da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro. Trata da questão da efetividade das decisões judiciais, com relação à aplicação desse direito na internet.

Alexandre Pacheco da Silva, pelo Grupo de Ensino e Pesquisa em Inovação da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas é o próximo a expor na audiência. Traz os problemas na relação do Direito com a tecnologia. Sua fala é importante ainda por conter a conceituação desse direito: “Se a divulgação de um determinado fato causa sofrimento psicológico a uma pessoa ou a um grupo, e não há vantagens que justifiquem essa divulgação, então a pessoa ou o grupo se pode requerer a restrição de acesso ou uso de informações sobre o fato.” (BRASIL, 2017a, p. 184). Posto desde logo o critério da utilidade da informação, ou seja, a verificação se a divulgação do dado traz contribuições efetivas para a sociedade. Afirma que o Programa Linha Direta realiza narrativa de alerta (BRASIL, 2017a, p. 185). Estabelece alguns critérios que devem ser levados em consideração, como o contexto da mensagem; a adequação do formato; a contribuição que se pretende alcançar; o alcance do programa e a influência do fato narrado ao cotidiano da audiência (BRASIL, 2017a, p. 188). A questão principal levantada é, portanto, a análise da contribuição efetiva do conteúdo divulgado.

A próxima expositora é Mariana Cunha e Melo de Almeida rego, Professora e Pesquisadora, que traz perspectiva do direito norte-americano sobre o tema da privacidade e do direito ao esquecimento.

O último a se manifestar é Odim Brandão, Subprocurador-geral da República, que se manifesta brevemente. Afirma que é necessário delimitar o que se está discutindo no caso. Se a dignidade da pessoa humana está em discussão, questiona se ela deve ser ponderada. Ainda estabelece que é essencial no caso a ponderabilidade de direitos (BRASIL, 2017a, p. 204), já que se tratam de direitos de status constitucional e fundamentais à ordem jurídica brasileira.

6.2 BIBLIOGRAFIA, LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

A despeito da não existência de julgados específicos com relação o direito ao esquecimento no Supremo Tribunal Federal, cumpre salientar que o STF e a Secretaria de Documentação, por meio da Coordenadoria de Biblioteca, disponibilizaram edição sobre direito ao esquecimento, contendo bibliografia, legislação e jurisprudência temática sobre o tema.

Na edição sobre direito ao esquecimento, logo na apresentação (BRASIL, 2017b, p. 4), o STF esclarece quais termos utilizou na pesquisa, quais sejam: “direito ao esquecimento”; “direito à intimidade”; “liberdade de informação”; “liberdade de expressão”; “direitos da personalidade”; “princípio da dignidade da pessoa humana”; “direito à própria imagem” e “honra”. Todos esses termos se relacionam em alguma medida com a aplicação do direito ao esquecimento, conforme se demonstrou ao longo desse trabalho.

No entanto, com relação à jurisprudência, não foram localizados precedentes específicos acerca do direito ao esquecimento na esfera cível. Conseqüentemente, foram selecionados julgados sobre “direito ao esquecimento na esfera criminal”; “liberdade de expressão e direito à informação” e “inviolabilidade da honra, intimidade e privacidade” (BRASIL, 2017b, p. 4).

Com relação à legislação (BRASIL, 2017b, p. 19), são destacadas a Constituição Federal de 1988, o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/14), o Código Civil (Lei nº 10.406/02) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90). Todas essas legislações, já analisadas no capítulo 3, justificam a existência do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro, ainda que não expressamente.

No que tange à jurisprudência, foram selecionados seis acórdãos e três decisões monocráticas. Conforme esclarecimento constante na parte inicial do documento, a análise jurisprudencial desse instituto no Supremo Tribunal Federal ocorre, na maioria das vezes, na seara penal, como se comprovará na análise a seguir.

Na questão penal, desde logo cabe esclarecer com relação ao instituto da reincidência, estipulado no artigo 64, I do Código Penal, que aduz:

Art. 64 - Para efeito de reincidência:

I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação;

Isso significa que “[...] o art. 64 do Código Penal elimina de nosso sistema a perpetuidade dos efeitos da condenação anterior” (GRECO, 2011, p. 563). Para isso estipula-se o prazo de 5 (cinco) anos.

Assim, o entendimento que prevalece é o de que os crimes pretéritos não podem servir de justificativa para a elevação da pena-base, em razão da dignidade da pessoa humana; necessidade de ressocialização do preso e vedação das penas de caráter perpétuo (art. 5º, XLVII, “b”, CF). Esse mesmo prazo de cinco anos foi usado como medida de aplicação do direito ao esquecimento na esfera cível pelo décimo expositor, como visto no item anterior.

O primeiro acórdão (BRASIL, 2017b, p. 20-21), do HC 128080/SP, se refere ao direito ao esquecimento na seara penal, com relação à progressão de regime. Isso porque as faltas disciplinares em discussão foram cometidas acima do prazo de 5 (cinco) anos.

O segundo acórdão (BRASIL, 2017b, p. 21-24), HC 126315/SP, discute a aplicação de direito ao esquecimento em relação à majoração da pena por maus antecedentes. A discussão ocorre em razão de decurso de tempo maior que 5 (cinco) anos, estabelecido pelo supracitado art. 64, I do CP. São utilizados como argumento os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e dignidade de pessoa humana. Ademais, cita-se a vedação das penas de caráter perpétuo no sistema pátrio e a necessidade de ressocialização do apenado.

O terceiro acórdão (BRASIL, 2017b, p. 24-39) do STF analisado é o referente a ADI 4815/DF, conhecida como a ADI das Biografias não autorizadas. Essa ADI visa a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 20 e 21 do CC/02. O seu objetivo é que predomine o direito à liberdade de expressão, de modo que possa ocorrer a divulgação de escritos, transmissão da palavra, produção, publicação, exposição e utilização da imagem do biografado, sem a necessidade de autorização do mesmo.

A decisão foi no seguinte sentido:

O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto da Relatora, julgou procedente o pedido formulado na ação direta para dar interpretação conforme à Constituição aos artigos 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 o consentimento de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo por igual desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas). (BRASIL, 2017b, p. 26)

Como se percebe, essa decisão parece em sentido contrário às demais ora analisadas, já que prioriza o direito à liberdade de expressão e liberdade de imprensa, em detrimento dos direitos da personalidade. Ao indivíduo, de alguma forma lesado, se torna possível somente o exercício do direito de resposta ou o pedido de indenização pecuniária. No entanto, a divulgação de fatos privados da vida do indivíduo foi permitida sem limitações, e a continuidade da publicação da obra acarretará a permanência da lesão.

O quarto acórdão (BRASIL, 2017b, p. 39-40), RHC 118977/MS, se refere a dosimetria da pena, ou seja, se as condenações com mais de 5 anos podem ser utilizadas como maus antecedentes. Assim como no segundo acórdão, são utilizados princípios como a dignidade da pessoa humana, proporcionalidade e ressocialização para justificar a não utilização desses registros antigos.

O quinto acórdão (BRASIL, 2017b, p. 40-42), AO 1390/PB, trata da limitação à liberdade de expressão em razão do exercício dos direitos à honra, intimidade e imagem. Entende esse julgado que a manifestação do pensamento não é um direito absoluto, como se percebe:

[...] 2. Embora seja livre a manifestação do pensamento, tal direito não é absoluto. Ao contrário, **encontra limites em outros direitos também essenciais para a concretização da dignidade da pessoa humana**: a honra, a intimidade, a privacidade e o direito à imagem. (BRASIL, 2017b, p. 41. grifo nosso).

Por fim, o sexto acórdão (BRASIL, 2017b, p. 42-58), a ADPF 130/DF, é a conhecida ADPF para analisar a constitucionalidade da Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67). A conclusão do STF nesse caso é a de que é impossível conciliar a Lei de Imprensa com a estrutura da Constituição de 1988.

A primeira decisão monocrática (BRASIL, 2017b, p. 59-60) é referente ao ARE 1004569/AC. No caso o direito ao esquecimento é usado como justificativa para contrariar a decisão de concessão de certificado de curso de vigilante em razão de condenação criminal anterior, transitada em julgado, o que violaria a Constituição. Nesse sentido:

Sustenta-se, em suma, que “a negativa de registro de certificado de vigilante a pessoa livre, cuja pena fora extinta há mais de dez anos, incorreu em grave vulneração a uma série de preceitos constitucionais que consagram posições jurídicas fundamentais, como a proibição das penas de caráter perpétuo, o estado de inocência, os direitos ao trabalho, à intimidade, e à vida privada e o direito ao esquecimento.”. (BRASIL, 2017b, p. 59).

A segunda (BRASIL, 2017b, p. 60-64), HC 139321/SP, discute a ilegalidade na dosimetria da pena, já que os crimes ocorreram há mais tempo que o prazo legal de 5 (cinco) anos. Assim, há uma divergência com relação à concessão do Habeas Corpus. O STJ decidiu nesse caso que o crime ocorrido além desse prazo não pode ser usado para fins de reincidência, mas seriam legítimos para respaldar o aumento de pena por maus antecedentes. O STF, por sua vez, entende que não é possível a utilização desses cadastros nem mesmo para a configuração de maus antecedentes.

Na decisão, é citado o julgamento do HC n. 126.315/SP, da Segunda Turma do STF, que definiu não ser possível o alargamento da interpretação do art. 64, I do CP, para permitir o reconhecimento dos crimes pretéritos como maus antecedentes.

[...] 4. Período depurador de 5 anos estabelecido pelo art. 64, I, do CP. Maus antecedentes não caracterizados. Decorridos mais de 5 anos desde a extinção da pena da condenação anterior (CP, art. 64, I), não é possível alargar a interpretação de modo a permitir o reconhecimento dos maus antecedentes. Aplicação do princípio da razoabilidade, proporcionalidade e **dignidade da pessoa humana**. 5. **Direito ao esquecimento**. (BRASIL, 2017b, p. 62. grifo nossos)

Argumenta-se ainda na decisão que a Constituição veda de forma expressa as penas de caráter perpétuo. Assim, ela deveria ser sempre proporcional. “Ora, a possibilidade de sopesarem-se negativamente antecedentes criminais, sem nenhuma limitação temporal, *ad eternum*, em verdade é uma pena de caráter perpétuo mal revestida de legalidade” (BRASIL, 2017b, p. 63).

Percebe-se que esse julgado se utiliza de forma expressa do direito ao esquecimento e seus fundamentos, como a dignidade da pessoa humana e a proporcionalidade para justificar a não aplicação de penas de caráter perpétuo. Continua a decisão:

É que, em verdade, assiste ao indivíduo o direito ao esquecimento, ou direito de ser deixado em paz, alcunhado, no direito norte-americano, como *the right to be let alone*. O direito ao esquecimento, a despeito de inúmeras vezes contrárias, também encontra respaldo na seara penal, enquadrando-se como um direito fundamental implícito, corolário da vedação à adoção de pena de caráter perpétuo e dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da proporcionalidade e da razoabilidade. (BRASIL, 2017b, p. 63).

Por fim, o documento cita o HC 131945/PB, no qual permanece a discussão sobre a adoção de penas ocorridas há período maior de 5 anos para fins de sua majoração. Entende-se que o intuito do legislador, ao proibir a utilização de dados passados para aplicação de reincidência, foi exterminar qualquer consequência negativa da condenação após esse período. Não pode, portanto, interferir na dosimetria da pena.

Continua a decisão:

O homem não pode ser penalizado eternamente por deslizes em seu passado, pelos quais já tenha sido condenado e tenha cumprido a reprimenda que lhe foi imposta em regular processo penal. Faz ele jus ao denominado “direito ao esquecimento”, não podendo perdurar indefinidamente os efeitos nefastos de uma condenação anterior, já regularmente extinta. (BRASIL, 2017b, p. 77).

Consequentemente, se depreende da análise dessas decisões e do documento formulado pelo Supremo Tribunal que não se pode, por enquanto, extrair conceitos ou critérios desse Tribunal com relação ao direito ao esquecimento na esfera cível. As decisões existentes, no máximo, empregam o direito ao esquecimento como argumento da não utilização de delitos antigos para majoração da pena.

Mesmo as manifestações constantes na audiência pública são de especialistas, contando como doutrina no assunto. Será necessário aguardar a decisão que virá dos ministros, após a audiência, para concretizar a análise do Supremo Tribunal Federal com relação ao direito ao esquecimento.

7 CONCLUSÃO

A revolução tecnológica trouxe uma tendência marcante na atualidade, qual seja, de invasão cada vez maior na esfera íntima dos cidadãos. Hoje é comum que se permita, até com bastante naturalidade, o acesso a informações íntimas e pessoais. Esses dados são mantidos e difundidos principalmente pela rede internacional de computadores. Logo, assume relevância e requer especial tutela o direito ao esquecimento, como direito da pessoa. O intuito é proteger a privacidade, intimidade e a livre construção da personalidade de cada indivíduo.

Inicialmente, concluiu-se pelo enquadramento do direito ao esquecimento no direito à privacidade. Esse direito se concretiza, no mundo atual, através da proteção de dados pessoais e da criação de efetiva autodeterminação do indivíduo, inclusive no ambiente virtual. As violações desses direitos por diversas empresas ocorrem cada vez mais e sem a intromissão adequada do Direito.

Os direitos de personalidade devem ser protegidos e é dever do Estado evitar a lesão a esses direitos. Ademais, o centro do ordenamento é o homem e sua dignidade que é fundamento da República Federativa do Brasil, a merecer a tutela mais ampla possível. Assim, o ordenamento pátrio atual, ainda que não de forma expressa, se organiza para conceder tutela também ao direito ao esquecimento como forma de proteção da pessoa e sua dignidade na sociedade da informação.

A proteção de dados pessoais, incluindo o direito ao esquecimento, deve ser normatizada de forma eficiente pelo legislador pátrio, para evitar que as lesões à pessoa sejam perpetuadas. A partir disso, o Judiciário deve construir decisões pautadas em critérios objetivos, legislados, que efetivamente protejam todos os indivíduos de forma igualitária.

Ao longo do trabalho, defendeu-se que a liberdade de expressão, assim como qualquer outro direito, não é absoluto. Não se questiona a importância e a utilidade dos mais diversos meios de informação. Porém, esse direito pode ser limitado, principalmente quando essa restrição advém do exercício de outro direito constitucionalmente assegurado. O estabelecimento de limites faz com que o desempenho das atividades de mídia seja harmônico com a tutela de outros direitos e interesses, especialmente existenciais, das pessoas.

Sustentou-se, outrossim, que o ordenamento jurídico pátrio deve assegurar a possibilidade de as pessoas se arrependem de condutas passadas e construam uma nova vida, com personalidade diversa, sendo, para tanto, a tutela do direito ao esquecimento é uma via.

Paira sobre o direito ao esquecimento enorme preconceito e exagero, como se a adoção desse direito fosse dizimar a liberdade de expressão. Esse direito já nasce, na concepção adequada, se pretendendo como excepcional.

A conceituação desse direito é extremamente complexa, variando de doutrinador a doutrinador. No entanto, sustenta-se que o direito ao esquecimento é instrumento hábil a concretizar a proteção da pessoa na sociedade da informação. Configura-se como o direito do indivíduo de não ser submetido perpetuamente a exposições que lhe causem danos, restringindo o conhecimento público de informação de caráter estritamente pessoal. Sua aplicação, nos casos concretos, deve ser submetida à presença de determinados requisitos.

Visualizou-se que é comum que estejam presentes na sua conceituação alguns critérios que embasam a sua aplicação nos casos concretos. Assim, passou-se a analisar quais seriam esses critérios essenciais.

Inicialmente, sustentou-se a necessidade de decorrência de razoável lapso temporal, que torne a manutenção de informação ou a divulgação de notícia prejudicial à pessoa, em razão do descompasso existente entre a informação antiga e a personalidade atual. Para que o direito ao esquecimento se aplique, é essencial analisar se a informação é dotada de interesse público. Assim, a informação que permaneça sendo útil à sociedade tem preponderância, podendo ser divulgada. Além disso, a pessoa titular da informação deve sofrer algum tipo de dano, entendido esse dano de forma ampla, para que se justifique a limitação à liberdade de informar. A informação divulgada ou armazenada deve ter sido, no momento de sua captação, tornada pública. Caso contrário, não se justificará o interesse público na divulgação posterior. Para que se utilize o instrumento do direito ao esquecimento, no entanto, é salutar que a informação utilizada seja verídica. Em caso de dado inverídico, presente ou passado, outros instrumentos podem conter a lesão à pessoa. Além disso, quando da divulgação da informação passada, é imprescindível a análise quanto à forma que a exposição foi realizada. O interesse público se mantém nos casos em que a informação seja transmitida de forma proporcional, não baseada no sensacionalismo.

Em outras palavras, a sua adoção ocorrerá em casos específicos, quando a divulgação ou manutenção da informação for prejudicial aos direitos de personalidade do indivíduo. Além disso, muitas vezes será possível compatibilizar direitos, com o menor sacrifício da liberdade informativa (a não divulgação de um nome ou imagem, por exemplo), ao mesmo tempo em que se preserva a privacidade do indivíduo. Em razão da importância incontestável do direito à liberdade de expressão no ordenamento pátrio, sustenta-se que, sempre que

possível, os direitos em conflito devem ser harmonizados para serem preservados na maior medida possível.

Essencial é, ainda, perceber que o direito ao esquecimento encontra limites bastante claros na preservação da memória nacional. Define-se esse direito como instrumento apto a preservar somente a memória individual. Não deve ser utilizado como instrumento de censura social ou para abarcar casos históricos.

É interessante ainda analisar a variabilidade dos doutrinadores com relação à definição de quais crimes são históricos. Quando do julgamento do Caso Aida Curi, no STJ, essa divergência tornou-se clara. É questão tormentosa analisar se o crime histórico é assim classificado por dizer respeito a pessoas conhecidas, ou por serem amplamente noticiados pela mídia e conhecidos pela sociedade.

Deve-se ainda salientar que, através da jurisprudência analisada, tornou-se clara a grande extensão do direito ao esquecimento. Ele pode ser conceituado como direito da pessoa que cometeu crime, vinculando os fatos passados, que não devem ser rememorados, a aqueles de natureza criminal.

Pode ainda ser analisado sobre o viés da vítima de delito no passado, bem como de seus familiares. Nesse caso, sua aplicação é conturbada, já que se pode entender, como foi o entendimento do STJ, que o passar do tempo prejudica a aplicação desse direito em razão da diminuição da dor do delito, vivenciada no passado.

Ainda pode ser vinculado a indivíduos que tiveram participação em momentos relevantes da histórica nacional, como a Ditadura Brasileira de 1964. Por fim, encontra campo fértil para seu desenvolvimento na internet, através da desvinculação do nome do indivíduo a dados ou fatos do passado.

Após análise bibliográfica, de legislação e jurisprudência, conclui-se pela adoção do direito ao esquecimento no ordenamento pátrio atual. Entende-se que sua aplicação é uma forma essencial para a proteção da pessoa, sua privacidade e dignidade no mundo atual. Sem descuidar da importância de direitos como liberdade de expressão e informação, objetiva-se demonstrar que o direito ao esquecimento se articula com outras liberdades e garantias voltadas à proteção da pessoa e sua dignidade.

Sua aplicação, principalmente no ambiente *online*, poderá enfrentar dificuldades de ordem técnica em razão da própria natureza fluida e mutável da internet. As páginas e dados ali presentes estão em constante modificação. No entanto, a efetividade das decisões judiciais que decidam pela exclusão ou desindexação, que engloba a análise de questões técnicas,

deverá ser objeto de futuros estudos, que tenham viés interdisciplinar, com relação ao Direito e à Informática.

O tema do direito ao esquecimento no Brasil, assim como no mundo, ainda está em fase de desenvolvimento. Sua classificação, conceito e limites estão sendo estudados e delimitados por doutrinadores ao redor do globo. O presente estudo não se pretende exaustivo, mas uma contribuição para a delimitação tão necessária a esse direito, em âmbito nacional.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA JÚNIOR, Vitor de Azevedo. A imagem fora de contexto: o uso de imagens de arquivo. In: SCHREIBER, Anderson, coord. **Direito e mídia**. São Paulo: Atlas, 2013.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil – Introdução**. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRANCO, Sérgio. **Memória e esquecimento na internet**. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 215/15**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=946034>> Acesso em: 15 Ago. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 1676/2015**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1295741>> Acesso em: 16 Ago. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 8443/2017**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2149979>> Acesso em: 07 Set. 2017.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **I Jornada de Direito Civil**. 2002. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/Jornada%20de%20Direito%20Civil%201.pdf/view>> Acesso em: 06 Set. 2017.

BRASIL. Conselho De Justiça Federal, **IV Jornada de Direito Civil**: Enunciado 274, 2006. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/214>> Acesso em: 31 Jul. 2017.

BRASIL. Conselho De Justiça Federal, **IV Jornada de Direito Civil**: Enunciado 279, 2006-a. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/219>> Acesso em: 31 Jul. 2017.

BRASIL. Conselho De Justiça Federal, **IV Jornada de Direito Civil**: Enunciado 287, 2006-b. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/217>> Acesso em: 31 Jul. 2017.

BRASIL. Conselho De Justiça Federal, **V Jornada de Direito Civil**: Enunciado 404. 2009, Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/208>> Acesso em: 31 Jul. 2017.

BRASIL. Conselho De Justiça Federal, **VI Jornada de Direito Civil**: Enunciado 531, 2013. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>> Acesso em: 31 Jul. 2017.

BRASIL. Conselho De Justiça Federal, **VII Jornada de Direito Civil**: Enunciado 576, 2015, Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/821>> Acesso em: 31 Jul. 2017.

BRASIL. Conselho De Justiça Federal, **VII Jornada de Direito Civil**: Enunciado 587, 2015-
b Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/841>> Acesso em: 31 Jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Audiência Pública Direito ao esquecimento na esfera cível RE 1.010.606**, Relator Ministro Dias Toffoli. (2017a) Disponível em: <www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/AUDINCIAPUBLICASOBREODIREITOAQUESQUECIMENTO_Transcries.pdf> Acesso em: 31 Ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Secretaria de Documentação. Coordenadoria de Biblioteca. **Direito ao esquecimento – Bibliografia, Legislação e Jurisprudência Temática**. Junho de 2017. (2017b) Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaBibliografia/anexo/direito_ao_esquecimento.pdf> Acesso em: 17 Jul. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resp nº 1.369.571 - PE**, Acórdão. Recorrente: Ricardo Zarattini Filho. Recorrido: Diário de Pernambuco S/A. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, DF, 22/09/2016. DJe: 28/10/2016. (2016a) Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1519492&num_registro=201102359630&data=20161028&formato=PDF>. Acesso em: 08 Jun. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agint no Resp nº 1.593.873 - SP**, Acórdão. Agravante: Google Brasil Internet Ltda.. Agravado: S M S. Relator: Ministra Nancy Andrichi. Brasília, DF, 10/11/2016. DJe: 17/11/2016. (2016b) Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1553533&num_registro=201600796181&data=20161117&formato=PDF>. Acesso em: 08 Jun. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resp nº 1.434.498 - SP**, Acórdão. Recorrente: Carlos Alberto Brilhante Ustra. Recorrido: César Augusto Teles e outros. Relator: Ministra Nancy Andrichi. Brasília, DF, 09/12/2014. DJe: 05/02/2015. (2014) Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1519492&num_registro=201102359630&data=20161028&formato=PDF>. Acesso em: 08 Jun. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resp nº 1.334.097 - RJ**, Acórdão. Recorrente: Globo Comunicações e Participações S/A. Recorrido: Jurandir Gomes de França. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 28/05/2013. DJe: 10/09/2013. (2013a) Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1239004&num_registro=201201449107&data=20130910&formato=PDF>. Acesso em: 08 Jun. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resp nº 1.335.153 - RJ**, Acórdão. Recorrente: Nelson Curi e outros. Recorrido: Globo Comunicações e Participações S/A. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 28/05/2013. DJe: 10/09/2013. (2013b) Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1237428&num_registro=201100574280&data=20130910&formato=PDF>. Acesso em: 08 Jun. 2017.

BUCAR, Daniel. Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a.2, n. 3, 2013. Disponível em: <civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Bucar-civilistica.com-a.2.n.3.2013.pdf> Acesso em: 01 Out. 2016.

BUCAR, Daniel; TEIXEIRA, Daniele Chaves. Autonomia e Solidariedade. 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.

BUTTARELLI, Giovanni. Il “Codice dei dati personali” tra diritto privato e diritto costituzionale. In: ALPA, Guido; ROPPO, Vincenzo (a cura di). **Il Diritto Privato nella Società Moderna**. Napoli: Jovene Editore s. p. a., 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2012.

CONSALTER, Zilda Maria. **Direito ao esquecimento: proteção da intimidade e ambiente virtual**. Curitiba: Juruá, 2017.

CORDEIRO, Carlos José; PAULA NETO, Joaquim José. A concretização de um novo direito da personalidade: o direito ao esquecimento. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a.4, n.2, 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-concretizacao-de-um-novo-direito-da-personalidade/>> Acesso em: 28 Dez. 2015.

COSTA, André Brandão Nery. Direito ao esquecimento na Internet: a Scarlet letter digital. In: SCHREIBER, Anderson, coord. **Direito e Mídia**. São Paulo: Atlas, 2013.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DE ANDRADE, Fábio Siebeneichler. Considerações sobre a Tutela dos Direitos da Personalidade no Código Civil de 2002. In: SARLET, Ingo Wolfgang, org. **O novo Código Civil e a Constituição**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. 2 ed. São Paulo: Quorum, 2008.

DE FARIAS, Edilsom Pereira. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e comunicação**. 3 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

DE MORAES, Maria Celina Bodin. O Princípio da Dignidade Humana. In: DE MORAES, Maria Celina Bodin, coord. **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DE MORAES, Maria Celina Bodin; KONDER, Carlos Nelson. **Dilemas de direito civil-constitucional – Casos e decisões sobre os novos desafios para a tutela da pessoa humana nas relações existenciais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

DE TEFFÉ, Chiara Spadaccini; BARLETTA, Fabiana Rodrigues. O direito ao esquecimento: uma expressão possível do direito à privacidade. 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.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 dez. 1948. Disponível em:
<https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm> Acesso em: 14 Dez. 2017.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação: possibilidades e limites**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. 13 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

_____. **Curso de Direito Penal – Parte Especial**. Volume II. Rio de Janeiro, Impetus, 2012.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Reimpressão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HUYSEN, Andreas. **Seduzidos pela memória: arquitetura, monumentos, mídia**. Rio de Janeiro: Aeroplano Editora, 2000.

ITÁLIA. **Dichiarazione dei diritti in internet**, de 14 de julho de 2015. Disponível em: <www.camera.it/application/xmanager/projects/leg17/commissione_internet/dichiarazione_de_i_diritti_internet_publicata.pdf> Acesso em: 21 Dez. 2017.

LE GOFF, Jacques. Memória. In: **Enciclopédia Einaudi**, vol. 1. Memória – História. Imprensa Nacional Casa da Moeda, 1984. P. 11-50.

LE GOFF, Jacques. Documento/monumento. In: **Enciclopédia Einaudi**, vol. 1. Memória – História. Imprensa Nacional Casa da Moeda, 1984. P. 95-106.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MALDONADO, Viviane Nóbrega. **Direito ao esquecimento**. Barueri, SP: Novo Século Editora, 2017.

MARINI, Giovanni. La giuridificazione della persona. Ideologie e tecniche nei diritti della personalità. In: ALPA, Guido; ROPPO, Vincenzo (a cura di). **Il Diritto Privato nella Società Moderna**. Napoli: Jovene Editore s. p. a., 2005.

MARTINEZ, Pablo Dominguez. **Direito ao esquecimento – A proteção da memória individual na sociedade da informação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

MASERA, Anna; SCORZA, Guido. **Internet, i nostri diritti**. Bari (Italy): Laterza & Figli, 2016.

MELLO, Cláudio Ari. Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos da personalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang, org. **O novo Código Civil e a Constituição**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PALAZZO, Antonio. Stefano Rodotà: ermeneutica giuridica e costituzionalizzazione del diritto civile. In: ALPA, Guido; ROPPO, Vincenzo (a cura di). **Il Diritto Privato nella Società Moderna**. Napoli: Jovene Editore s. p. a., 2005.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância – a privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. L'antropologia dell'homo dignus. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a.2, n.1, jan.-mar./2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/antropologia-homo-dignus/>>. Acesso em: 18 Mar. 2017.

_____. **Il diritto di avere diritti**. Bari (Italy): Laterza & Figli, 2012.

_____. **Il mondo nella rete – Quali i idiritti, quali i vincoli**. Roma: Laterza & Figli – Gruppo Editoriale L'Espresso, 2014.

_____. **Intervista su privacy e libertà**. Roma-bari: Laterza & Figli, 2005a.

_____. **La dignità della persona**. Scuola di Cultura Costituzionale, 14 gennaio 2011. Disponível em: <www.unipd.it/scuolacostituzionale/documenti/2011/La%20dignita%20della%20persona%20-%20Rodota.pdf> Acesso em: 28 Mar. 2017.

_____. Persona, libertà, tecnologia. Note per una discussione. **Diritto & Questione Pubbliche**. n. 5, 2005. 2005b. Disponível em: <www.dirittoequestionipubbliche.org/page/2005_n5/mono_S_Rodota.pdf>. Acesso em: 28 Mar. 2017.

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: 28 Dez. 2016.

SCHREIBER, Anderson. **Direito Civil e Constituição**. São Paulo: Atlas, 2013a.

_____. **Direitos da Personalidade**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. Direito e Mídia. In: SCHREIBER, Anderson, coord. **Direito e mídia**. São Paulo: Atlas, 2013b.

SCHULMAN, Gabriel. www.privacidade-em-tempos-de-internet.com: o espaço virtual e os impactos reais à privacidade das pessoas. 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. A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 4 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

UNIÃO EUROPEIA. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia**, de 18 de dezembro de 2000. Disponível em <www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf> Acesso em: 21 Dez. 2017.

UNIÃO EUROPEIA. **Directiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho**, de 12 de Julho de 2002, relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas (Directiva relativa à privacidade e às comunicações electrónicas). Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32002L0058>> Acesso em: 21 Dez. 2017.

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 Directiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Protecção de Dados). Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32016R0679>> Acesso em: 21 Dez. 2017.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. **The Right to Privacy**. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1321160>> Acesso em: 22 Abr. 2017.