

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL**

JOSÉ EVANDRO MARTINS PAZ

FUNDAMENTOS JURÍDICOS DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

Porto Alegre

2014

JOSÉ EVANDRO MARTINS PAZ

FUNDAMENTOS JURÍDICOS DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.
Orientador: Prof. Dr Gerson Luiz Carlos Branco.

Porto Alegre

2014

A meus pais, a minha irmã
e a minha esposa,
por ser quem sou e amar a quem amo.

AGRADECIMENTOS

Meus mais sinceros agradecimentos...

Agradeço a Deus pelo Dom da vida e pelas Bênçãos recebidas.

A meus pais, por que me ensinaram a ter valores e ser persistente na busca pelos meus objetivos.

A minha esposa pelo companheirismo e paciência nas ocasiões em que o trabalho e a vida acadêmica exigiram muito mais de nós do que somente de mim.

Ao Professor Doutor Gerson Luiz Carlos Branco pelos ensinamentos e pela disponibilidade em orientar este acadêmico nos meandros teóricos da Ciência do Direito.

Aos professores do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul pelos conhecimentos transmitidos através da prática docente.

“Só há memória sobre um fundo de esquecimento,
este esquecimento ameaçador e,
contudo, necessário.”

Pierre Vidal-Naquet

RESUMO

Este trabalho objetiva apresentar uma análise do conceito do Direito ao Esquecimento e os conflitos envolvendo Direito à informação e Direito à Memória. Considerando que o Direito de ser esquecido é parte dos Direitos da Personalidade, este trabalho objetiva examinar sua proteção jurídica na legislação brasileira. Por conclusivo, são apresentadas duas decisões do Superior Tribunal de Justiça, julgados que versam sobre o Direito ao Esquecimento em programas de Televisão. Pode-se verificar que as decisões são restritas à aplicação do conceito de Direito ao Esquecimento em casos envolvendo criminosos condenados, quando o interesse de reintegração supera o interesse da sociedade de ser informada sobre a história destes indivíduos e seus registros criminais. A principal conclusão é ser possível identificar e aplicar o Direito ao Esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, é necessário adequar sua aplicabilidade ao caso concreto.

Palavras- Chave: Direito ao Esquecimento. Direitos da Personalidade. Direito à Informação

ABSTRACT

This paper aims at providing an analysis on the concept of Right to be Forgotten and the conflicts involving the Right to information and the Right to Memory. Considering that the Right to be Forgotten is part of Rights of Personality, this paper intends to examine its legal protection in Brazilian Law. Conclusively, it is presented two cases from the Superior Court of Justice (STJ), judged that deal with the right to be forgotten on television programs. It was observed that the decisions are restricted to the applicability of this concept in cases involving convicted criminals when the interest of reintegration outweighs the interests of society in being informed about the history of specific individuals and their criminal records. The main conclusion is that it is possible to identify and to apply The Right to be Forgotten in Brazilian Legal Context. However it is necessary to adequate its applicability to the specific case.

Key Words: Right to be Forgotten. Rights of Personality. Right to Information.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	09
2 FUNDAMENTOS JURÍDICOS DO DIREITO AO ESQUECIMENTO.....	12
2.1 A Constituição Brasileira e o Direito ao Esquecimento.....	12
2.2 Direitos da Personalidade.....	16
2.3 Disciplina Legal dos Direitos da Personalidade no Brasil.....	19
3 DESDOBRAMENTOS JURÍDICOS DO DIREITO AO ESQUECIMENTO.....	23
3.1 Direito ao Esquecimento.....	23
3.2 Direito ao Esquecimento como uma das faces do Direito à Privacidade.....	28
3.3 Direito à Informação e Direito ao Esquecimento.....	32
3.4 Direito à Memória e Direito ao Esquecimento.....	37
3.5 O Direito ao Esquecimento no contexto Brasileiro.....	41
4 TESE DO DIREITO AO ESQUECIMENTO À LUZ DE CRITÉRIOS JURISPRUDENCIAIS.....	43
4.1 Casos do Brasil.....	43
4.1.1 Recurso especial n. 1.335.153- RJ - Caso Aida Curi.....	44
4.1.2 Recurso Especial nº 1.334.097- RJ – Caso Chacina da Candelária.....	48
4.2 Precedente da União Europeia.....	51
4.2.1 Caso Google Spain SL e a Google Inc. versus Agencia Española de Protección de Datos e a M. Costeja González.....	53
5 CONCLUSÃO.....	59
REFERÊNCIAS.....	62

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho pretende abordar questões relacionadas ao Direito ao Esquecimento, assim como os fundamentos jurídicos que permitem seu reconhecimento e sua adequação ao contexto Brasileiro. Nesse sentido, é importante observar que a sociedade de informação, em que vivemos, se apresenta multifacetada, bem como o acesso à informação se mostra cada vez mais acessível a diferentes tipos de público e de forma extremamente rápida. Por essa razão, o estudioso do Direito se depara com questões e conflitos existentes, por exemplo, entre o direito de ser informado ou de informar num contraponto à intimidade, à vida privada, evidenciando a maneira como o Direito ao Esquecimento- “direito de ser esquecido”- pode ser compreendido e aplicado no caso concreto.

Quando se aborda a questão do Direito ao Esquecimento, surgem situações conflituosas no que se refere aos demais direitos juridicamente tutelados. Dentre esses direitos, pode-se mencionar o Direito à Informação, o Direito à Liberdade de Imprensa e o Direito à Memória, por exemplo. Convém mencionar que o acolhimento ao Direito de ser esquecido não pode significar desproporcional cerceamento ao direito a informações, sob pena de tornar impossível a manutenção da memória da coletividade, em prejuízo de toda a sociedade. Privilegiar o direito ao esquecimento, sem o exame criterioso do caso concreto, considerando questões de fato e de direito, bem como sem realizar ponderação de valores e princípios, configura atitude temerária, que pode incorrer em ato de manifesta censura.

Na doutrina estrangeira, o Direito ao Esquecimento¹ tem sido tema recorrente dos debates e discussões no que se tange à maneira como a Ciência do Direito e as legislações internas de cada Estado abordam a questão. Muitas das legislações estrangeiras, mormente na União Europeia já inseriram em seus *corpus*, questões relativas à proteção de dados e informações pessoais no sentido de evitar sua divulgação indiscriminada. No entanto, o ponto que ganha notoriedade e exige do Direito uma capacidade de evolução técnica e procedimental de análise, diz respeito à forma como se tutela o Direito de ser esquecido num contexto mundial de

¹ Em inglês o direito ao Esquecimento é entendido como The Right to be Forgotten, a doutrina francesa se refere ao Le droit a l'oubli. Na doutrina espanhola, tem-se o chamado Derecho al Olvido e na doutrina Italiana, Diritto all'oblio.

globalização e acesso a fontes de informação em diferentes lugares e nações do planeta. Especificamente nesse ponto, a questão jurídica apresenta novos contornos a serem traçados, na medida em que a internet possui uma série de especificidades tecnológicas e legais que envolvem mais de um Estado e mais de uma forma de controle.

O Direito ao Esquecimento encontra-se inserido na disciplina dos Direitos da Personalidade, mais especificamente é uma das formas de proteção à privacidade, cuja tutela, em aspectos gerais, desde o período pós segunda guerra mundial, possui grande importância nos ordenamentos jurídicos dos Estados Ocidentais, na medida em que considera o ser humano em sua individualidade e em sua subjetividade, devendo ser protegido enquanto tal.

No caso do Brasil, os direitos da personalidade foram elevados à condição de Direitos Fundamentais, na medida em que foram inseridos no texto da Constituição Federal, incumbindo ao Estado a obrigação de tomar medidas, visando garantir e proteger esses direitos. A matéria encontra-se positivada nos artigos 5º, X, XI e XII, da Constituição da República e no Código Civil, do artigo 11 ao 21. Outrossim, em recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, a jurisprudência brasileira consolida o reconhecimento ao Direito de ser esquecido, na medida em que tal argumento jurídico foi tratado como o cerne das questões que envolviam litígio referente à veiculação na mídia televisiva de informações referentes a pessoas mencionadas em casos criminais famosos.

Dessa forma, este trabalho tem o objetivo de apresentar de forma breve e sucinta questões relacionadas ao Direito ao Esquecimento. Para tanto, abordaremos alguns dos fundamentos jurídicos do Direito em comento, identificados na Constituição Federal e no Código Civil. Convém registrar a forma como a matéria vem sendo analisada no direito internacional, de maneira que tal situação também pode vir a estabelecer balizas para a formação sólida e consistente dos precedentes judiciais brasileiros, no que tange o direito das pessoas de não terem suas identidades vinculadas a notícias ou informações veiculadas nos meios de comunicação ou apresentadas na internet através de ferramentas de busca.

Nessa linha de pensar, é importante, aos operadores do Direito, identificar como a jurisprudência, mormente os Tribunais Superiores, vem entendendo esta matéria tão atual, bem como vislumbrar quais as dificuldades encontradas sobre o tema.

Por esse motivo, com vistas a observar certos critérios utilizados pela jurisprudência pátria, este trabalho pretende apresentar os apontamentos mais importantes presentes no Recurso Especial N° 1.334.097-RJ e no Recurso Especial 1.335.153-RJ, ambos da lavra no Ministro Luis Felipe Salomão da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Tais casos jurisprudenciais analisaram questões relacionadas a contenção constitucional à liberdade de informação, fundada na inviolabilidade da vida privada, intimidade, honra, imagem e, de resto, nos valores da pessoa e da família. Também foram abordados tópicos relacionados à prevalência do Direito à informação quando o caso tratar de matéria reconhecidamente histórica e que envolva o direito da sociedade de manter a sua memória histórica e social.

Destaca-se também que, consideradas as interpretações dadas à matéria no direito estrangeiro, busca-se identificar a aplicabilidade do direito ao esquecimento no contexto jurídico brasileiro, decorrente não só dos princípios de direitos fundamentais, como também do direito positivo infraconstitucional e, neste ponto, considera-se aspectos que reforçam as previsões legais do ordenamento jurídico brasileiro, os quais buscam a estabilidade do passado e a previsibilidade para o futuro.

Por essa razão, este trabalho apresentará também o caso apreciado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia e que tratou do reconhecimento e da aplicabilidade do Direito de ser esquecido no âmbito dos sites de busca da internet ainda que envolvam empresas de alcance internacional, como a Google. O caso a ser apresentado refere-se ao processo C-131/12- Google Spain SL, Google Inc. contra Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González. Neste caso, a Corte entendeu ser possível a aplicação do Direito ao Esquecimento, analisadas as condições específicas do caso concreto e consideradas a adequada ponderação entre os direitos envolvidos.

2 FUNDAMENTOS JURÍDICOS DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

O Direito ao Esquecimento pode ser considerado uma das possibilidades de resguardar a privacidade e a dignidade da pessoa humana, numa época em que o acesso à informação é amplo e praticamente irrestrito. Nesse sentido, existe a necessidade verificar sua adequação ao ordenamento jurídico do Brasil, bem como os fundamentos que permitem o reconhecimento desse direito, considerando em sua relação com outros direitos.

2.1 A Constituição Brasileira e o Direito ao Esquecimento

Preliminarmente, há que se compreender o processo de 'constitucionalização' do Direito Civil e a 'civilização' do Direito Constitucional. Para que se consiga analisar o instituto jurídico do Direito ao Esquecimento, há que se partir da premissa que tal direito se insere no âmbito do Direito Civil e, portanto, é regido pelos princípios e regras inerentes a esse ramo do Direito.

Para tanto, há que se ter em mente que os Estados de Direito contemporâneos baseiam sua estrutura e sua forma de existir na constitucionalização de Direitos Fundamentais, de maneira que a hermenêutica jurídica deve partir da visão unitária do ordenamento. Segundo Pietro Perliengieri, a distinção entre Direito Público e Direito Privado, que já os Romanos tinham dificuldade em definir, é substanciada ora na natureza pública do sujeito titular dos interesses, ora na natureza pública e privada dos interesses.

Em uma sociedade como a atual, torna-se difícil individuar um interesse particular que seja completamente autônomo, independente, isolado do interesse dito público. As dificuldades de traçar linhas de fronteira entre direito público e privado aumentam, também, por causa da cada vez mais incisiva presença que assume a elaboração dos interesses coletivos como categoria intermediária [...] (PERLIENGIERI, 2007, p.53).

Ainda conforme o autor, a seara do Direito Civil, tradicionalmente marcada pela livre manifestação da vontade das partes, tem suas fronteiras invadidas e incorporadas pela influência do Direito Público, destacadamente o Direito Constitucional. Outrossim, segundo Perliengieri

Diante da aplicação destas técnicas no âmbito do Direito Civil, normalmente visto como setor da livre vontade dos sujeitos, entra em crise a comum sistemática do direito subdividido em privado e público. Técnicas e institutos nascidos no campo do direito privado tradicional são utilizados naquele do direito público e vice-versa, de maneira que a distinção, neste contexto, não é mais qualitativa, mas quantitativa. Existem institutos em que é predominante o interesse dos indivíduos, mas é, também, sempre presente o interesse dito da coletividade e público; e institutos em que, ao contrário, prevalece, em termos quantitativos, o interesse da coletividade, que é sempre funcionalizado, na sua íntima essência, à realização de interesses individuais e existenciais dos cidadãos. (PERLIENGIERI, 2007, p.54)

É nessa linha de raciocínio que se apresenta a questão do Direito ao Esquecimento, pois, ao postulá-lo como razões da causa de pedir, os indivíduos colocam, em posições opostas, direitos constitucionalmente tutelados como o direito à informação, enquanto manifestação do direito de informar, ser informado e manter a memória coletiva de um povo; e um direito da personalidade, enquanto manifestação à intimidade, à privacidade e ao direito de não ter subjetividade invadida. Essa situação de conflito aparente entre questões de direito privado e questões de direito público acabam por motivar uma análise menos segregária entre as diferentes áreas.

Convém mencionar ainda que o Estado da atualidade não deve ser marcado por aquela clássica relação entre cidadão e Estado, onde o vínculo que se estabelece é de subordinação ou de manutenção da ordem pública, pois, em diferentes ocasiões há de se fazer valer o compromisso constitucionalmente de respeitar os direitos individuais do sujeito, promovendo-os e buscando possibilitar de maneira efetiva a titularidade e o exercício pleno de direitos.

Como já destacado anteriormente, a base do Direito ao Esquecimento é a mesma dos Direitos da Personalidade, pois aquele se insere no rol das espécies deste, mais especificamente no âmbito daquilo que é concebido como Direito à privacidade. Convém mencionar que, de maneira mais ampla, é possível afirmar que os direitos da Personalidade se inserem dentro do princípio fundamental da Dignidade da Pessoa Humana.

A Constituição de 1988 abriu espaço para que matérias, tais como os Direitos da Personalidade, fossem abordadas de uma perspectiva constitucional. Como evidenciado anteriormente, tal fato não constitui traço específico e único da legislação brasileira; manifesta-se, na verdade, forte tendência que norteou a elaboração das Constituições em diferentes Estados, após as barbáries cometidas durante a vigência do Nazismo e a segunda guerra mundial, período no qual a falência da alegada racionalidade e objetividade da ciência, inclusive, da Ciência Jurídica, não tinham sido

suficientes para impedir o rumo tomado pelas diferentes nações, qual seja, a direção da destruição em massa de vidas humanas.²

O discurso científico muitas vezes ou foi silente ou, em ocasiões piores foi legitimador das atrocidades, pois, sob alegada racionalidade e argumentos 'jurídico-científicos', tentaram justificar o injustificável. Dessa perspectiva, o ser humano teve de ser considerado na sua subjetividade e na sua identidade, enquanto valores a serem tutelados.

Dessa forma, com o objetivo de evitar que o ciclo de terror se repetisse, os constituintes buscaram inserir nos textos constitucionais previsão normativa que abarcasse a valorização do ser humano, enquanto tal, buscando evitar que novos argumentos supostamente científico-rationais, acabassem por ferir o ser humano, naquilo que lhe é essencial, sua condição humana, sua dignidade humana.

Por essa razão, a Constituição Brasileira elevou a dignidade da pessoa humana à posição de destaque no ordenamento jurídico, de maneira que esta se encontra no texto da Magna Carta, entre os fundamentos da República:

Art. 1 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.

Assim, a base constitucional dos Direitos da Personalidade, juridicamente expressos a partir de 1988, possibilitou aos referidos direitos terem, além de caráter de direitos fundamentais, também a proteção jurídica do Estado ao nível de cláusulas pétreas. A Constituição Federal de 1988 disciplina em seu artigo 5º, inciso X, a inviolabilidade da honra, da intimidade, a vida privada e a imagem das pessoas, sendo assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral causado quando da violação destes direitos.³

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza,

² MELLO. Claudio Ari Mello. Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos da personalidade. In O novo Código Civil e a Constituição. Org Ingo Wolfgang Sarlet, p.69-83.

³ Idem nota 2.

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:

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Considerados como Direito Fundamental, os Direitos da Personalidade e, portanto, o Direito ao Esquecimento, devem ser analisados sob a perspectiva da análise do caso concreto e do sopesamento entre os diferentes direitos envolvidos na controvérsia. Ademais, em termos de direitos fundamentais, há que se resguardar com todos dos mecanismos possíveis do ordenamento jurídico, social e político os valores e princípios que evitem seu cerceamento ou violação. Não há falar que os Direitos fundamentais sejam absolutos; no entanto, tem-se a convicção de que existe a necessidade e o dever de ponderação sobre a preponderância de determinado valor sobre outro. Como nos ensina Norberto Bobbio, em sua obra *A Era dos Direitos*,

Não se trata de encontrar o fundamento absoluto - empreendimento sublime, porém desesperado -, mas de buscar, em cada caso concreto, os *vários fundamentos possíveis*. Mas também essa busca dos fundamentos possíveis- empreendimento legítimo e não destinado, como o outro, ao fracasso- não terá nenhuma importância histórica se não for acompanhada pelo estudo das condições, dos meios e das situações nas quais este ou aquele direito pode ser realizado (BOBBIO, 2004, p. 43-44).

Bem se vê, pelos ensinamentos de Bobbio, que é necessário ponderar quais são os bens jurídicos efetivamente tutelados e a maneira como será aplicada a letra da lei ao caso concreto, dentro de um contexto histórico e social específico. Percebe-se que mais do que definir o bem jurídico ou o direito fundamental absoluto, importa delimitar quais os fundamentos possíveis e qual é aquele que se deve tutelar.

Subsumir à tutela do Direito ao esquecimento qualquer pedido de retirada ou supressão de informações pessoais dos meios de comunicação, de forma indiscriminada e sem ponderação, pode incorrer em posicionamento retrógrado no que se refere ao Direito de acesso à informação ou a Liberdade de Imprensa, conquistadas a duras penas em muitos Estados contemporâneos. Por outro lado, elevar ao caráter de absolutos o Direito à informação ou a Liberdade de Imprensa,

pode constituir em grave afronta ao direito dos indivíduos no interior da sua vida privada ou de sua subjetividade. Nesse sentido, reitera-se a necessidade de análise criteriosa do caso concreto.

Essa ponderação entre os direitos envolvidos no caso, sob análise, deve ter claro que a subjetividade do indivíduo, manifestada através de sua personalidade, e a tutela desses direitos; nem sempre estiveram presentes nos ordenamentos jurídicos, o que evidenciou a clara incapacidade que o Estado teve, durante séculos, de assegurar direitos fundamentais apenas considerando-os sob a ótica liberal de que não se deve impedir ações individuais e não se devem afetar e/ou eliminar propriedades e situações ou posições jurídicas.⁴

Por essa razão, não é suficiente que o Estado tenha uma postura negativa nas relações privadas, porquanto a falibilidade comprovada dessa maneira de lidar com os direitos fundamentais foi evidente diante das inúmeras violações de direitos ocorridas em uma época em que essa era a postura do Estado. Com isso, a tutela efetiva dos direitos fundamentais somente acontecerá se o Estado, além de respeitar as liberdades individuais e o princípio da autonomia da vontade, se utilizar de instrumentos para possibilitar a prática constante desses direitos. No que se refere ao direito de não ter informações pessoais veiculadas em meios de divulgação de massa, o Estado deve enfrentar essas questões e tomar postura que busque valorizar o indivíduo frente aos interesses de grandes conglomerados de comunicação de massa e de acesso à Internet.

2.2 Direitos da Personalidade

Em meados da segunda metade do século XIX, a sociedade europeia estava marcada por problemas de abusos e falta de regramento estatal nas relações entre as pessoas, evidenciando situações de exploração e de conflito social.

No entanto, a forma como os Direitos do Homem eram entendidos permeava a valorização extrema da Liberdade, não no sentido pleno do termo, mas liberdade numa perspectiva do homem em relação ao Estado. Por esse motivo, ao Estado cabia somente propiciar as condições para que os indivíduos fossem livres.⁵ Esse era o pensamento liberal que era vigente à época, de tal forma que, a essência desse

⁴ Ibidem nota 2.

⁵ SCHEREIBER, Anderson. Direitos da Personalidade. 2.ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2013.

projeto foi inserida no art. 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que nos apresenta

Art. 4º. A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei. ⁶

Nesse contexto histórico, começam a surgir as primeiras nuances e concepções sobre os direitos da personalidade. Schreiber nos ensina que expressão Direitos da Personalidade “foi concebida por jusnaturalistas franceses e alemães para designar certos direitos inerentes ao homem, tidos como preexistentes ao seu reconhecimento por parte do Estado.”(SCHREIBER, 2013, p. 05). Tais direitos eram considerados como essenciais à condição humana a ponto de que o não reconhecimento desses direitos ou a sua violação acarretarem em uma situação da própria negativa do reconhecimento do ser humano, enquanto tal.

Ainda no que se refere ao período de formação do conceito de direitos da personalidade, Gustavo Tepedino leciona que

A categoria dos direitos da personalidade constitui-se, portanto, em construção recente, fruto de elaborações doutrinárias germânica e francesa da segunda metade do século XIX. Compreendem-se, sobre a denominação de direitos da personalidade, os direitos atinentes à tutela da pessoa humana, considerados essenciais à sua dignidade e integridade. (TEPEDINO, 2004, p.24)

Nesse sentido, havia a concepção dos direitos da personalidade, considerados como absolutos, imprescritíveis, inalienáveis e indisponíveis, de maneira que tais atributos estão presentes na atual codificação brasileira. Além disso, os direitos da personalidade devem ser considerados como indissociáveis da pessoa humana, do indivíduo, o qual deveria ser protegido em sua relação com outros seres humanos, mormente no avanço constante de exploração do homem pelo próprio homem.⁷

Conforme Tepedino (2004, p. 26-27), as críticas seriam, paulatinamente

⁶ Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789- Art. 4. La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi. In <http://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-desDroitsdelHommeetduCitoyen-de-1789>. Acesso em: 06 set 2014.

⁷ Idem nota 5.

superadas e estudos demonstrariam que a noção de personalidade deveria ser considerada sob dois aspectos distintos, quais sejam, o aspecto *subjetivo*, segundo o qual é possível identificar a capacidade que tem toda pessoa (física ou jurídica) de ser titular de direitos e obrigações e o outro aspecto a ser considerado seria o *objetivo*, contudo, “tem-se a personalidade como conjunto de características e atributos da pessoa humana, considerada como objeto de proteção por parte do ordenamento jurídico”(TEPEDINO,2004, p.27). Nesse último sentido é que se fala em direitos da personalidade.

Ainda nesse viés, convém mencionar que a sociedade burguesa, a qual idealizou os direitos do homem, e, no seio da qual, se destacaram a primeira geração de direitos fundamentais; pressupunha o centro dos direitos subjetivos focado na proteção da propriedade- concepção tipicamente burguesa e de extrema relevância na época. A codificação civil restringia-se a tutelar o direito de propriedade e a regular a atividade econômica do homem-proprietário.⁸

Dessa forma, essa codificação tipicamente patrimonialista deixava o homem relegado à margem do interesse da lei e do operador do direito. O homem, enquanto ser, caracterizado por sua diversidade e complexidade, evidenciado através de elementos intrínsecos à “humanidade essencial” da pessoa, isto é, sua personalidade, a dimensão existencial da subjetividade humana, não encontrava na codificação da época o amparo e direito à tutela jurisdicional que deveria receber.

Com a evolução da mudança de paradigma central da codificação, do “homem proprietário” para o “homem-ser”, tem-se a chamada personalização do Direito Civil, marcado pelo surgimento dos direitos da personalidade, além de expressar a percepção da existência da subjetividade, a qual pressupõe também a tomada de consciência da vulnerabilidade da subjetividade.⁹

Ademais, no dizer de Gustavo Tepedino

Poucos temas revelam maiores dificuldades conceituais quanto os chamados direitos da personalidade. De um lado, os avanços da tecnologia e dos agrupamentos urbanos expõem a pessoa humana a novas situações que desafiam o ordenamento jurídico, reclamando disciplina; de outro lado, a doutrina parece buscar em paradigmas do passado as bases para soluções das controvérsias que, geradas na sociedade contemporânea, não se ajustam aos modelos nos quais se pretende enquadrá-las. (TEPEDINO,2004, p.23-24)

⁸ MELLO, Claudio Ari. Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos da personalidade. In O novo Código Civil e a Constituição. Org Ingo Wolfgang Sarlet, p.69-83.

⁹ Idem nota 8.

Bem se vê das considerações de Tepedino que a matéria relacionada à conceituação dos direitos da personalidade se apresenta como difícil, mormente quando verificados os avanços tecnológicos da sociedade de informação.

No caso da análise do Direito de ser esquecido, enquanto manifestação da proteção da subjetividade dos indivíduos, com muito mais razão se apresenta como problemática essa inter-relação entre as novas tecnologias de acesso à informação e o controle deste acesso ou dessa disseminação. Tal contexto enseja, além de mera positividade e análise jurídica, recursos de ordem técnica, política e econômica.

2.3 Disciplina Legal dos Direitos da Personalidade no Brasil

No caso do Direito Brasileiro, o Código Civil de 1916 não continha qualquer referência aos Direitos da Personalidade. Tal fato talvez tenha ocorrido, pois, como destacado anteriormente, no final do século XIX, os direitos da personalidade ainda estavam sendo delineados pela doutrina. Antes da positividade dos Direitos da Personalidade na legislação infraconstitucional, isto é, no Código Civil de 2002, a doutrina brasileira havia se debruçado sobre a matéria, tendo sido abordada pelo Anteprojeto de Código Civil de 1963, elaborado pelo Professor Orlando Gomes¹⁰.

Ademais, com o período após a segunda guerra mundial, ocorreu gradual e paulatinamente a chamada publicização do privado¹¹, de maneira que as Constituições, elaboradas após aquele período, foram inserindo, nos seus *corpus*, aspectos e questões originariamente de Direito Privado.

No Brasil, com o processo de redemocratização e os novos ares trazidos pela Constituição Federal de 1988, houve a necessidade de reajustar a codificação civil, ao longo da década de 90, aos preceitos estabelecidos na Carta Magna, referentes aos direitos da personalidade. Com a codificação de 1916, ainda atrelada aos valores e princípios ditados pelo espírito burguês patrimonialista, calcado na pretensa ideia de sistematização das relações privadas da perspectiva da propriedade; direitos fundamentais como proteção à honra, a imagem ou a vida privada estavam à margem da legislação privada infraconstitucional.

Em 2002, vem à tona o novo Código Civil, que tratou especificamente dos

¹⁰ DE ANDRADE, Fábio Siebeneichler. Considerações sobre a Tutela dos Direitos da Personalidade no Código Civil de 2002. Org. Ingo Wolfgang Sarlet (p.103).

¹¹ Idem citação 10.

direitos da personalidade entre os seus arts. 11 a 21¹². Contudo, como nos ensina Anderson Schreiber (2013, p.11) é um Código Civil excessivamente apegado ao passado e, não obstante, registra que 'a inauguração de um capítulo dedicado à proteção da pessoa, em seus aspectos essenciais, deve ser interpretada como afirmação do compromisso de todo o direito civil com a tutela e a promoção da personalidade humana¹³.

O autor destaca, contudo, que, contaminado pelo espírito do seu tempo, o Código Civil de 2002 acabou tratando dos direitos da personalidade de modo excessivamente rígido e puramente estrutural. Muitos dos dispositivos dedicados ao tema trazem soluções absolutas, definitivas, fechadas, que, [...] não se ajustam bem à realidade contemporânea e à própria natureza dos direitos da personalidade, dificultando a solução de casos concretos.¹⁴

Ainda como forma de evidenciar os traços que delineiam o conceito desses

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

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

¹³ SCHREIBER, Anderson. Direitos da Personalidade. 2.ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2013.

¹⁴ Aqui cabe uma consideração importante, no que se refere aos exemplos recentes da jurisprudência brasileira. No ano de 2013, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, decisões contidas no Resp 1.334.097- RJ e no Resp 1.335.153-RJ, reconheceu a possibilidade de adequação jurídica do Direito ao Esquecimento ao ordenamento jurídico brasileiro. O julgamento ficou restrito especificamente para o caso de publicações na mídia televisiva, informando que o debate ganharia contornos bem diferenciados quando transposto para *internet*, pois considerava, neste caso, a necessidade de soluções de índole técnica, com atenção, por exemplo, para a possibilidade de compartilhamento de informações e circulação internacional do conteúdo.

direitos por grande parte da doutrina brasileira, convém mencionar o enunciado da VI Jornada de Direito Civil, que apresenta “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. 1.º, III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana)”.

Nessa linha de pensar, percebe-se que a doutrina entende os direitos da personalidade sob a égide do princípio da dignidade da pessoa humana. Por essa razão, convém destacar que a tutela desses direitos deve ser estendida à gama de direitos da personalidade expressamente previstos, e, também ao conjunto de fatos que não estão expressamente previstos na lei. Como destaca Flávio Tartuce, “existem outros direitos da personalidade tutelados no sistema, como aqueles constantes do Texto Maior. O rol do Código Civil é meramente exemplificativo (*numerus apertus*) e não taxativo (*numerus clausus*)”(TARTUCE, 2014, p. 87).

Nesse sentido, a considerar o rol apresentado pelo Código Civil de 2002 como meramente exemplificativo, temos que o Direito ao Esquecimento, enquanto nuance dos direitos da personalidade se mostra de extrema relevância no âmbito da tutela dos direitos do cidadão, de maneira que é plenamente aceitável o seu reconhecimento no contexto jurídico da atualidade, na medida em que permite ao operador do direito lidar com novas realidades e formas de controvérsia.

Convém mencionar que a personalidade como conjunto de características e atributos da pessoa humana, entendida como objeto de proteção por parte do ordenamento jurídico, evidencia que a pessoa, vista deste ângulo, há de ser tutelada das agressões que afetam a sua subjetividade, existindo, portanto, situações jurídicas subjetivas oponíveis contra todos.

Na legislação infraconstitucional brasileira, a proteção dos direitos da personalidade encontra-se prevista no comando legal contido no artigo 12 do Código Civil, que possibilita a tutela geral da personalidade¹⁵, viabilizando as pessoas o direito de exigir que cesse a ameaça ou a lesão; a direito da personalidade, além de possibilitar a reclamação por perdas e danos.

Por essa razão, é possível inferir da norma que, o sistema jurídico-legal proporciona à pessoa possibilidade de peticionar medidas judiciais e extrajudiciais

¹⁵ Art. 12, caput, do Código Civil: 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.

para que cesse a lesão ou a ameaça, evidenciando o princípio da prevenção e o princípio da reparação integral de danos. Dessa forma, a tutela do Direito ao Esquecimento possibilita a pessoa, que sentir-se prejudicada por determinado ato ou veiculação de informação a seu respeito, o direito de exigir que tal atitude cesse ou a reparação do dano já causado.

3 DESDOBRAMENTOS JURÍDICOS DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

Ao considerar as novas situações e controvérsias que ocorrem no seio das relações humanas, inseridas numa sociedade de informação, a qual possui a internet como principal elemento de disseminação de dados; surge para o operador do direito a necessidade de adaptação e análise de conceitos jurídicos que devam ser cunhados ou revisitados para fins de oferecer a tutela de direitos adequada. Nesse sentido, é fundamental analisar os desdobramentos jurídicos do direito de ser esquecido.

3.1 Direito ao Esquecimento

No contexto atual de pós-modernidade, o acesso às informações e a rapidez como ocorre a disseminação de dados, mormente através de recursos provenientes da internet e das redes sociais; uma questão se torna cada vez mais presente no âmbito jurídico e diz respeito à solução de conflitos que surgem, por exemplo, entre direitos da personalidade, tais como intimidade, honra, privacidade e o direito à informação, por exemplo; compreendido como a manifestação do direito de informar e de ser informado. Este último entendido ainda como a evidência da manifestação livre do direito à memória da coletividade, da memória social.¹⁶

O surgimento da imprensa, no século XV, revolucionou o acesso à informação e possibilitou, na sociedade da época, a disseminação de conhecimento e dados em massa. Com o surgimento e popularização da internet, conjuntamente com todas facilidades e características de acesso à informação que lhe são inerentes, o mundo se depara com uma realidade na qual o conhecimento é transmitido e disseminado em alta velocidade e da forma mais ampla e democrática possível.¹⁷

¹⁶ Têmis Limberger, em seu artigo *As Informações Armazenadas pela Instituição Bancária e o Direito à Intimidade do Cliente*, nos apresenta que “o progresso tecnológico e o direito à informação conferem novos aspectos à intimidade. O direito à informação encontra limites, às vezes, em alguns direitos fundamentais, entre eles a intimidade ou ao contrário. Nos casos concretos se faz um cotejo entre os interesses públicos e privados, a fim de determinar o preponderante. Estando os computadores presentes na vida quotidiana das pessoas, é natural que isso traga implicações no mundo jurídico em muitos aspectos. As transformações fáticas na sociedade implicam no desenvolvimento ou criação de novos direitos.” em *Revista de Direito do Consumidor*. Vol. 43 - p. 273, 2002.

¹⁷ DE MELO, Patrícia Bandeira. Um passeio pela História da Imprensa: O espaço público dos grunhidos ao ciberespaço. *Revista Comunicação & informação*, da Faculdade de Comunicação e Biblioteconomia da Universidade Federal de Goiás, V. 8, n. 1, (jan./ jun. 2005).

Importante destacar que o direito ora em análise não pressupõe a prerrogativa de retirar da linha temporal fatos relacionados a si ou a outrem, no entanto, o que se apresenta é a necessidade de equilíbrio entre a manutenção desses dados e o seu impacto na vida das pessoas durante um longo período de tempo.

Partindo do princípio de que as pessoas possuem o direito de resguardar e controlar seus dados e informações pessoais atuais com base em direitos fundamentais da personalidade, constitucionalmente garantidos, não há empecilho a cercear o direito de pleitear a tutela jurisdicional para impedir que fatos pretéritos voltem constantemente à tona, sob alegação de manutenção da memória social. Nessa linha de pensar, nos apresenta Schreiber

O que o direito ao esquecimento assegura é a possibilidade de se discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados. E não raro o exercício do direito de esquecimento impõe ponderação com o exercício de outros direitos, como a liberdade de informação, sendo certo que a ponderação nem sempre se resolverá em favor do direito ao esquecimento. (SCHREIBER, 2013, p. 171-172).

Joris Van Hoboken (2013, p.02), ao analisar questões relacionadas ao Direito ao Esquecimento¹⁸, sob perspectiva da liberdade de expressão, no contexto da União Europeia, nos apresenta que o chamado *The Right to be forgotten*, atualmente muito debatido como o Direito de ser Esquecido¹⁹, principalmente pelas nuances características da era digital, não é um conceito atual. Em períodos anteriores ao momento em que vivemos, esse instituto jurídico já esteve presente em contextos legais específicos.

Van Hoboken destaca que o Direito ao Esquecimento de certa maneira se tornou um termo ambíguo, na medida em que pode ser visto de duas perspectivas. A primeira, segundo o pesquisador, diz respeito à concepção que vários Estados Membros da União Europeia apresentam em seus *corpus*

¹⁸ HOBOKEN, Joris Van. The Proposed Right to be Forgotten Seen from the Perspective of Our Right to Remember, Freedom of Expression Safeguards in a Converging Information Environment, June 2013. Prepared for the European Commission. Amsterdam, June 2013. In http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload_documents/VanHoboken_RightTo%20Be%20Forgotten_Manuscript_2013.pdf. Acesso em: 05 out 2014.

¹⁹ Tradução livre do autor. Pode ser entendido tão somente como Direito ao Esquecimento. No contexto do trabalho de Joris Van Hoboken, tal diferenciação se fez necessária, haja vista o pesquisador elencar outras nomenclaturas apresentadas anteriormente para o instituto jurídico em questão. Segundo o autor, The concept of a right to be forgotten as such is not new. It has been explored in various specific legal contexts and under different qualifications, such as the right to have information deleted¹, the right to oblivion, and social forgetfulness (HOBOKEN,2013, p.2).

normativos, qual seja, vários Estados Europeus já conhecem o Direito ao Esquecimento em suas Leis de Imprensa como uma restrição legal de publicações relativas a fatos ou eventos históricos. Tipicamente, esse direito somente é aplicável em contextos muito específicos e restringem os limites legais para publicações sobre criminosos condenados, quando o interesse da reintegração prevalecer sobre o interesse da sociedade de ser informada sobre a história de indivíduos específicos e seus arquivos criminais²⁰.

É possível inferir que, nesse viés conceitual, o direito em comento se restringe aos efeitos civis oriundos da seara penal, garantindo ao condenado, que cumpriu sua pena, o direito de reinserção social sem que os meios de veiculação de informações continuem a manter viva a imagem negativa de culpado, mesmo após ter pago sua dívida com a sociedade, pois parte-se do princípio de que todos tem o direito de reabilitação e de reinserção social.

Ademais, o autor explica que essa visão clássica do Direito ao Esquecimento, qual seja, aquela que evidencia a origem desse direito, no seio do direito penal, como forma de possibilitar a reintegração social do condenado, cuja pena já tenha sido cumprida, em detrimento do direito da sociedade de ser informada sobre fatos históricos; não é capaz de abarcar a realidade da Sociedade de informação como delineada atualmente, calcada na amplitude, na velocidade e no livre acesso, próprios da internet, dos provedores de busca e das redes sociais.²¹

Uma outra abordagem diz respeito ao fato de que, na última década, mormente, desde a grande massificação do acesso à internet, as discussões sobre o direito ao esquecimento ganham destaque no que se refere a forma de reação e controle das novas maneiras de publicização de dados e de acesso à informação, nessa realidade da era digital, na qual a “internet nunca esquece”²².

Dessa forma, o autor nos apresenta que o Direito ao Esquecimento, nesse

²⁰ First, various Member States already know a right to be forgotten in their media laws as a restriction on the legality of publishing about historic events.⁵ Typically, this right is only applicable in very specific contexts and restricts the legality of publishing about convicted criminals when the interest of reintegration outweighs the interests of society in being informed about the history of specific individuals and their criminal record(s).

²¹ Segundo o autor, The right is based on a broad interpretation of the ‘right to personality.’ Notably, this classical right to be forgotten affects the legality to publish again about historic events, such as someone’s wrongdoing in the past. Typically, it does not affect the legality of historic publications themselves. In other words, these more classic doctrines do not answer the question what rules apply to making historic publications available online and allowing them to be indexed by search engines.

²² There is a general unease that the Internet never forgets; the underlying idea and assumption being that the default has shifted from ‘forgetting’ to ‘remembering.’

debate, pode ser entendido como uma proposta para lidar com as novas formas de publicidade de informações, extremamente facilitadas pela rede mundial dos computadores.

Deste modo, essa concepção jurídica pode ser compreendida como uma proposta para aumentar a abrangência do direito ao esquecimento já existente na legislação referente à mídia, analisado em relação a outros meios utilizados para tornar informações pessoais acessíveis.²³ Significa dizer que esta concepção de Direito ao Esquecimento serve para abarcar outras situações que envolvam novas tecnologias de disseminação do conhecimento e que as leis vigentes, à época de sua elaboração, não tenham previsto.

Por esse motivo, o direito de ser esquecido perpassa diferentes áreas da existência humana numa sociedade de informação, de maneira que novas formas de abordagem do tema devem ser desenvolvidas, incluindo novas técnicas e recursos tecnológicos, inclusive, com vistas a tornar efetiva a tutela desse direito fundamental.

As controvérsias que se mostram mais recorrentes e problemáticas dizem respeito à intenção da parte de remover da internet, ou dos sites de busca, resultados que remetam a pessoa ou a fatos relativos a sua identidade, as quais não tem interesse de que sejam retomadas ou acessadas. Relaciona-se com a ideia de que o indivíduo tem direito de controlar e limitar a circulação de informações a seu respeito.

Anderson Schreiber, ao se debruçar sobre a matéria, em sua obra *Direitos da Personalidade*, também expõe que a internet inovou a forma como as informações se tornam acessíveis, bem como o tempo que essas informações permanecem passíveis de serem revisitadas constantemente sempre que uma pessoa tenha acesso à ferramenta de busca adequada. Ademais, a possibilidade de criar e divulgar informações, verdadeiras ou não, também foi extremamente ampliada, possibilitando que o compartilhamento em rede se torne uma constante na divulgação de informação,

A internet não esquece. Ao contrário dos jornais e revistas de outrora, cujas edições antigas se perdiam no tempo, sujeitas ao desgaste do seu suporte físico, as informações que circulam na rede ali permanecem indefinidamente. Pior: dados pretéritos vêm à tona com a mesma clareza dos dados mais recentes, criando um delicado conflito no campo do direito. De

²³ Put differently, the right to be forgotten in these discussions can be understood as a proposal to deal with new forms of publicity (or public accessibility) over time facilitated by the Internet and the Web. Thus, it can be seen as a proposal to broaden the existing right to be forgotten in media law discussed above to other practices of making information about people publicly available.

um lado, é certo que o público tem direito a lembrar fatos antigos. De outro, embora ninguém tenha direito de apagar os fatos, deve-se evitar que uma pessoa seja perseguida, ao longo de toda a vida, por um acontecimento pretérito (SCHREIBER, 2013, p. 170).

De fato, a internet agrega o traço da perenidade às informações que permite circular, de maneira que se torna quase incontável a restrição dos arquivos. Na medida em que uma pessoa tenha armazenado o arquivo, a partir da primeira disponibilização de dados, já não existe mais a certeza de que esse indivíduo não vá compartilhar ou manter em seus arquivos indefinidamente aquelas informações. Ademais, a localização, a nacionalidade, a formação sócio-cultural dos usuários da internet dificultam a identificação de um perfil do detentor daquela informação.

Junte-se a isso o fato de as legislações que regem a matéria não serem uniformes e não possuem abrangência global. Em épocas mais distantes, o controle da divulgação de informação poderia ocorrer, por exemplo, através de um instrumento como o *Index Librorum Prohibitorum*²⁴ da Igreja Católica, do século XVI. No entanto, a rede mundial de computadores, a evolução dos sites de busca e a massificação das redes sociais tornam impensáveis formas de controle nesse ambiente que se tornem efetivas sem agredir direitos fundamentais como liberdade de expressão e de acesso à informação.

Ademais, muitas vezes, há um estímulo muito grande em fazer com que as pessoas exponham sua intimidade, de diferentes maneiras, principalmente através da internet e das redes sociais, de forma que, em muitos casos, a exposição exagerada ou desnecessária é vista como algo comum e 'normal' no contexto da sociedade de informação. O hábito da reclusão e do resguardo da vida privada parecem caracterizar retrocesso comportamental em uma sociedade tão adepta a mudanças constantes calcadas no sentimento de várias 'verdades' possíveis.

²⁴ O *Index Librorum Prohibitorum*, em tradução livre o Índice dos Livros Proibidos, foi uma lista de publicações literárias que eram proibidas pela Igreja Católica e as regras para que um livro entrasse nessa lista. A primeira versão do Index foi promulgada pelo Papa Paulo IV em 1559 e uma versão revista desse foi autorizada pelo Concílio de Trento. A última edição do índice foi publicada em 1948 e o Index só foi abolido pela Igreja Católica em 1966 pelo Papa Paulo VI.1 2 Nessa lista estavam livros que iam contra os dogmas da Igreja e que continham conteúdo tido como impróprio. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Index_Librorum_Prohibitorum>. Acesso em 25 nov 2014.

3.2 Direito ao Esquecimento como uma das faces do Direito à Privacidade

Desde que o indivíduo foi elevado a condição de 'ser', passível de ser respeitado pelo Estado e pelos outros seres humanos, tornou-se proeminente a faculdade desse indivíduo de não ter a sua vida privada exposta ou verificada por outras pessoas, sem o seu consentimento. A noção de privacidade surge inicialmente sob uma perspectiva essencialmente restrita à proteção da vida íntima, familiar, pessoal de cada ser humano, concebida em sua relação com os outros, isto é, o direito à privacidade, na sua concepção inicial, referia-se a ideia de não ter a vida privada invadida pela ingerência alheia.²⁵

Celso Bastos(1989, p.63) ensina que a privacidade é a faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos em sua vida privada e familiar, assim como impedir-lhes o acesso a informações sobre a privacidade de cada um, e também impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano.

Um atributo da privacidade é reconhecido na capacidade do indivíduo de limitar o conhecimento de terceiros no tange a informações que a pessoa quer preservar dentro de seu círculo privado ou íntimo. Nesse ponto, significa dizer que consiste também no direito da pessoa de estar em isolamento, sem ganhar notoriedade ou publicidade que não desejou.²⁶ Percebe-se o famoso princípio da doutrina americana, qual seja, *The right to be let alone*²⁷, que pode ser entendido como direito de ser deixado só ou ser deixado em paz, sem ser perturbado pela impertinência alheia.

Tatiana Malta Vieira, ao apresentar um conceito mais abrangente de privacidade, nos ensina que o direito à privacidade consistiria em um direito subjetivo de toda pessoa – brasileira ou estrangeira, residente ou transeunte, física ou jurídica – não apenas de constranger os outros a respeitarem sua esfera privada, mas também de controlar suas informações de caráter pessoal – sejam estas sensíveis ou não-resistindo às intromissões indevidas provenientes de terceiros. (VIEIRA, 2007, p. 22).

A pesquisadora ainda pontua que, nesse sentido, o direito à privacidade

²⁵ SCHREIBER, Anderson. Direitos da Personalidade. 2 ed. Atlas, 2013.

²⁶ Gilberto Haddad Jabur apud MALTA VIEIRA. In O Direito à Privacidade na Sociedade de Informação. Efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação. Dissertação de Mestrado. UNB, 2007.

²⁷ José Afonso da Silva nos pontua que “a doutrina sempre lembra que o Juiz americano Cooley, em 1873, identificou a privacidade como o direito de ser deixado tranquilo, em paz, de estar só: Right to be alone. O right of privacy compreende, decidiu a Corte Suprema dos Estados Unidos, o direito de toda pessoa tomar sozinha as decisões na esfera da sua vida privada.”(DA SILVA,2011, p.206).

traduz-se na faculdade que tem cada pessoa de obstar a intromissão de estranhos na sua intimidade e vida privada, assim como na prerrogativa de controlar suas informações pessoais, evitando acesso e divulgação não autorizados. Tutela, portanto, o direito que se confere ao indivíduo de manter um afastamento confortável em relação ao mundo exterior, preservando esse distanciamento necessário ao exercício de sua autodeterminação (VIEIRA, 2007, p. 22).

Nesse sentido, importante observar das classificações apresentadas pela autora no que se refere às 'categorias de privacidade', conforme seu âmbito de proteção, dentre as quais inclui a privacidade física, a privacidade de domicílio, das comunicações, decisional e privacidade informacional.

No caso do tema deste trabalho, importa destacar a categoria que diz respeito à privacidade informacional, a qual inclui a proteção, as informações sobre determinada pessoa, abrangendo não só aquelas relacionadas a sua esfera mais íntima, mas também dados pessoais que possam conduzir à identificação de tal titular.²⁸

Na legislação brasileira, o Código Civil dedica o artigo 21 para abordar a questão da privacidade. De acordo com o texto da Lei,

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

A Constituição Federal também trata da matéria no artigo 5º –

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

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

²⁸ VIEIRA, Tatiana Malta. O Direito à Privacidade na Sociedade de Informação[...]. Dissertação de Mestrado. UNB, 2007.

É possível perceber que a Constituição Brasileira, como já exposto anteriormente, reservou espaço para a tutela da privacidade dos indivíduos. Alexandre de Moraes nos ensina que os direitos à intimidade e à própria imagem formam a proteção constitucional à vida privada, salvaguardando um espaço íntimo intransponível por intromissões ilícitas externas (MORAES, 2011, p. 57). Para o constitucionalista, a tutela apresentada na constituição abrange, inclusive, a proteção à própria imagem frente aos meios de comunicação em massa (televisão, rádio, jornais, revistas, etc.).

Constata-se ainda que é plenamente possível a interpretação que concebe a tutela constitucional da privacidade frente a um contexto de popularização da internet e massificação das informações nela contidas, principalmente, se consideradas as características próprias da rede mundial de computadores.

Ainda no que tange ao direito de privacidade, a doutrina majoritária afirma que o grau de proteção deve ser dosado pelo índice de exposição pública da pessoa, em razão de seu cargo ou atividade, ou até mesmo de alguma circunstância eventual. Segundo estudiosos da matéria, a privacidade de indivíduos de vida pública deve ser analisada e aferida de maneira diferente daqueles que não tem exposição pública²⁹.

Nesse sentido, Luís Roberto Barroso também apresenta que “ não há ofensa à privacidade - isto é, quer à intimidade, quer à vida privada - se o fato divulgado, sobretudo por meios de comunicação de massa, já ingressou no domínio público, pode ser conhecido por outra forma regular de obtenção de informação ou se a divulgação limita-se a reproduzir informação antes difundida. Nesse caso, não se cogita de lesão à privacidade nem tampouco ao direito de imagem”. Alexandre de Moraes também reforça esse entendimento ao afirmar que, “ Por outro lado, essa proteção constitucional em relação àqueles que exercem atividade política ou ainda em relação aos artistas em geral deve ser interpretada de uma forma mais restrita[...]”(MORAES,2011,58).

Nessa linha de pensar, sob a ótica constitucional, como bem destaca José Afonso da Silva, ao referir-se ao Direito à Privacidade e às novas tecnologias,

O intenso desenvolvimento de complexa rede de fichários eletrônicos, especialmente sobre dados pessoais, constitui poderosa ameaça

²⁹ BARROSO. Luís Roberto. Colisão Entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente Adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. Revista de Direito Privado, vol. 18, p. 105, abr 2004.

à privacidade das pessoas. O amplo sistema de informações computadorizadas gera um processo de esquadramento das pessoas, que ficam com sua individualidade inteiramente devassada (DA SILVA, 2011, p. 209).

O constitucionalista faz referência à situação problemática que tem seu cerne principal na internet e que se refere aos conflitos resultantes da forma como esse instrumento possibilita o acesso a informações e dados pessoais, sem a devida autorização da pessoa interessada.

É nesse ponto que a relação entre Direito ao Esquecimento, como uma das manifestações do Direito à Privacidade se mostra mais evidente e contemporânea, pois, a considerar o direito de ser esquecido como uma faculdade da privacidade, significa dizer que a tutela constitucionalmente prevista da privacidade do indivíduo vai englobar o direito de ser esquecido.

Dito de outra maneira, a compreensão de que o direito de não ter dados ou fatos relacionados a sua pessoa, revelados ou constantemente trazidos à tona pelos meios de comunicação, sem a devida autorização como uma das formas de preservação da subjetividade do indivíduo, é uma manifestação dos direitos à personalidade e portanto se insere no rol da tutela desses direitos.

Nesse sentido, da relação entre privacidade e Direito ao Esquecimento surge a necessidade de proteger de forma efetiva os Direitos da Personalidade no contexto da sociedade de informação.³⁰ Impõe-se ainda reconhecimento de que a personalidade não é somente um direito, ela é sobretudo um valor. No dizer de Perliengieri, a personalidade é, portanto, não um direito, mas um valor (o valor fundamental do ordenamento) e está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela (PERLIENGIERI, 2007, P.155).

Direito ao Esquecimento como incluso no rol dos Direitos da personalidade deve ser considerado no âmbito da valoração desse direito para vida, para a existência dos indivíduos. Ainda nesse ponto, devemos nos valer dos ensinamentos de Pietro Perliengieri, pois o autor nos informa que, ao considerar situações existenciais, tais situações subjetivas não assumem necessariamente a forma do direito subjetivo e não devem fazer perder de vista a unidade do valor envolvido. Não existe um número fechado de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa sem

³⁰ VIEIRA, Tatiana Malta. O Direito à Privacidade na Sociedade de Informação. Dissertação de Mestrado. UNB, 2007.

limites, salvo aqueles colocados no seu interesse e naqueles de outras pessoas. A elasticidade torna-se um instrumento para realizar formas de proteção também atípicas, fundadas no interesse à existência e no livre exercício da vida de relações. Nenhuma previsão especial pode ser exaustiva e deixaria de fora algumas manifestações e exigências da pessoa que, mesmo com o progredir da sociedade exigem consideração positiva (PERLIENGERI, 2007, p.156-157).

Percebe-se pelo exposto que o Direito à privacidade tutela a pessoa naquilo que ela intenta não tornar público ou objetiva manter restrito da interferência alheia. Por outro lado, as informações referentes aos indivíduos que se tornam recorrentemente divulgadas, sem o devido consentimento, ensejam uma proteção do Estado e do Direito sob uma perspectiva adequada à nova realidade- essa proteção ocorre no reconhecimento jurídico do Direito ao Esquecimento como uma das faces da privacidade.

3.3 Direito à Informação e Direito ao Esquecimento

Quando se aborda o tema do Direito ao Esquecimento, enquanto direito de não ter dados pessoais eternamente veiculados ou retomados pelos meios de divulgação de informação; a questão que se apresenta é de que maneira tal direito se tornará efetivo, principalmente na era da chamada sociedade de informação³¹. Como possibilitar a justa medida de proteção desse direito em contraponto ao direito fundamental de ser informado e de informar.

O acesso à informação há de ser compatibilizado com a necessidade de proteção dos direitos da personalidade, atinentes à vida privada de qualquer cidadão, de modo que não pode haver abusos no controle e na difusão de dados, nem tampouco o direito de informar e ser informado deve ser elevado à condição de absoluto, pois deve haver o equilíbrio na tutela e na efetividade desses direitos fundamentais.

Essa necessidade de proteção do Estado se mostra premente na medida em que, no caso dos meios de comunicação de massa e dos provedores de busca na internet, há uma diferença de posições e de privilégio entre quem detém e divulga a informação e aquele sobre quem os dados são divulgados.

³¹ Nesse tópico, seguiremos essencialmente a linha conceitual apresentada por Tatiana Malta Vieira, O Direito à Privacidade na Sociedade de Informação. Dissertação de Mestrado. UNB, 2007.

As controvérsias envolvendo divulgação de informações apresentam nuances de desequilíbrio entre as partes envolvidas, isto é, a pessoa, que tem suas informações divulgadas, seja no âmbito da internet, seja através dos meios de comunicação de massa como jornal, rádio e televisão; acaba ficando em desvantagem em relação àquele que tem condições e tecnologia para disponibilizar os dados. No caso dos meios de comunicação de rádio ou televisão, a influência política, econômica e social dessas empresas coloca a pessoa em situação extremamente desigual, pois sem a força e a tutela estatal, não consegue resguardar seus direitos.

As tecnologias de compartilhamento de dados, através das redes sociais e da internet como um todo, para além de questões sociopolíticas e econômicas envolvidas, apresentam dificuldades e entraves técnicos a impor uma abordagem diferenciada por parte do Estado, do legislador e do operador do Direito.³² Por essa razão, os meios tradicionais de defesa do indivíduo privado, quando defrontados com os meios de agressão à intimidade privada no campo da tecnologia da informação, necessitam ser repensados e adaptados ao novo contexto social.

Ademais, direitos como liberdade de expressão, liberdade de imprensa e direito à informação (este último, consubstanciado no direito de informar e ser informado) se incluem entre os direitos fundamentais e são manifestação da liberdade do indivíduo frente à sociedade e ao Estado. Tais institutos foram alcançados a duras penas ao longo da história das democracias modernas³³. Por esse motivo, as sociedades democráticas se mostram tão relutantes em aceitar institutos que se contrapõem a essas liberdades³⁴.

³² Nesse aspecto, o Ministro Luis Felipe Salomão apresenta que a questão envolve relações supranacionais, as quais remetem à soberania dos Estados.

³³ Dissertando sobre a questão relacionada à Liberdade de Imprensa e o Direito ao Esquecimento, o ministro Luis Felipe Salomão, no Recurso Especial 1.335.153-RJ, afirma que “nunca é demais ressaltar o estreito e indissolúvel vínculo entre a liberdade de imprensa e todo e qualquer Estado de Direito que pretenda se autoafirmar como Democrático. Uma imprensa livre galvaniza contínua e diariamente os pilares da democracia, que, em boa verdade, é projeto para sempre inacabado e que nunca atingirá um ápice de otimização a partir do qual nada se terá a agregar. Esse processo interminável, do qual não se pode descurar - nem o povo nem as instituições democráticas -, encontra na imprensa livre um vital combustível para sua sobrevivência, e bem por isso que a mínima cogitação em torno de alguma limitação da imprensa traz naturalmente consigo reminiscências de um passado sombrio de descontinuidade democrática. (RESP 1.335.153-RJ, p.21-22).

³⁴ Luís Roberto Barroso apresenta que “Na verdade, tanto em sua manifestação individual, como especialmente na coletiva, entende-se que as liberdades de informação e de expressão servem de fundamento para o exercício de outras liberdades, o que justifica uma posição de preferência – *preferred position*-em relação aos direitos fundamentais individualmente considerados.”(BARROSO,2004, p. 105).

Outrossim, a informação no contexto contemporâneo se tornou ativo³⁵ na sociedade atual, bem como a capacidade de produzi-la, gerenciá-la e controlá-la é sinônimo de poder e hegemonia nas relações humanas. Para que se compreenda a forma como esse processo está ocorrendo, é necessário compreender que “a expressão sociedade de informação define uma nova forma de organização social, política e econômica que recorre ao intensivo uso da tecnologia da informação para coleta, produção, processamento, transmissão e armazenamento de informações” [...] (VIEIRA, 2007, p.279).

Como referido anteriormente, informação configura principal riqueza nesse tipo de sociedade, sendo fundamental que as sociedades contemporâneas consigam produzi-la e protegê-la para fins alcançar e manter índices de desenvolvimento e progresso. Dito de outra forma, a valorização da informação a transforma na principal matéria-prima desse novo contexto capitalista e se impõe como condição determinante para o desenvolvimento econômico e cultural da sociedade. É por esse motivo que o uso da tecnologia da informação- enquanto mecanismo facilitador da coleta, produção, processamento, transmissão e armazenamento- acarreta grandes mudanças no mundo³⁶.

Dessas inovações inseridas nas sociedades contemporâneas, marcadas por mudanças constantes e de magnitude global, surge a chamada *indústria e os serviços de informação*³⁷ que abrangem diferentes áreas do conhecimento. Considera-se ainda que informação consiste em um dado ou conjunto de dados, processados ou não, em qualquer suporte, capaz de produzir conhecimento.

Junto ao conceito de liberdade de informação, surge a necessidade de apresentar a noção do que consiste liberdade de expressão. Luís Roberto Barroso nos apresenta que

A doutrina brasileira distingue as liberdades de informação e de expressão, registrando que a primeira diz respeito ao direito individual de

³⁵ Como bem destaca, Cíntia Rosa Pereira de Lima, “A economia informacional é, hodiernamente, fundamentada na informação. Neste sentido, os estudiosos deste tema já identificaram esta como uma característica do atual modelo mercadológico. Este modelo é resumido por Andrew Murray como: “[...] a shift from ownership or control of things to ownership of control over information. It represents the maturity of information technology and most importantly signals a change in economic value from owning things, or in physical terms atoms, to owning information which in the digital environment means bits.” (DE LIMA, 2014).

³⁶ VIEIRA, Tatiana Malta. O Direito à Privacidade na Sociedade de Informação. Dissertação de Mestrado. UNB, 2007.

³⁷ Idem nota 36.

comunicar livremente fatos e ao direito difuso de ser deles informado; a liberdade de expressão, por seu turno, destina-se a tutelar o direito de externar idéias, opiniões, juízos de valor, em suma, qualquer manifestação do pensamento humano. Sem embargo, é de reconhecimento geral que a comunicação de fatos nunca é uma atividade completamente neutra: até mesmo na seleção dos fatos a serem divulgados há uma interferência do componente pessoal (BARROSO, 2004, p.10).

Pelos ensinamentos do autor, é possível identificar que a liberdade de expressão refere-se mais a ideia de expor manifestações do pensamento humano. Por essa razão, em sentido amplo, contudo, o direito de informar está inserido no direito de expressão; mas aquele deve ter no mínimo o compromisso com a veracidade do que é informado, enquanto este, considerado como juízo de valor, não terá sempre o compromisso com a verdade. Por óbvio, há de se registrar que a liberdade de expressão não significa irresponsabilidade por parte do emissor, pois a Constituição Federal e a Legislação infraconstitucional asseguram à pessoa proteção ao direito e eventual reparação de dano sofrido.³⁸ No que se refere a Constituição Federal do Brasil, pode-se dizer que direito de acesso à informação está inserido no rol de direitos fundamentais do art. 5º, em seus incisos IV, X, XII, XIV, XXXIII, XXXIV.

O acesso ao conhecimento sempre foi uma manifestação de poder e seu controle, no mais das vezes, foi utilizado para manutenção do *status quo* da sociedade. Nessa linha de pensar, as liberdades, que permitem o trânsito e a disseminação de diferentes pontos de vista, diferentes versões sobre determinado fato ou contexto sócio-histórico; devem ser resguardadas para fins de que o salto para o futuro não retorne à crítica do passado. O acesso à informação permite ao indivíduo exercer sua condição de cidadão de forma plena e efetiva, pois somente o conhecimento efetivo e real permitirá a possibilidade de tomada de posição concreta e consciente no contexto da democracia.

No âmbito da Liberdade de informar e ser informado, surge ainda a noção de liberdade de imprensa que, quando efetiva e real, permite ao indivíduo o exercício da cidadania. No dizer de Pietro Perliengieri

Informação e formação do cidadão: Liberdade de imprensa como função e exercício de um direito individual- A informação, em uma sociedade democrática, representa o fundamento da participação do cidadão na vida do País e, portanto, do próprio correto funcionamento das instituições. A qualidade e a eficácia do comunicar, todavia, dependem sempre da formação de quem informa e dos destinatários da mensagem; e a formação

³⁸ Cite-se como exemplo o Art 5º Inc IV e X, o Art 21 da Lei No 10.406, que institui o Código Civil de 2002 e o Capítulo V Dos Crimes Contra A Honra do Código Penal Brasileiro.

destes é o resultado da liberdade da manifestação do pensamento (PERLIENGIERI,2007,p. 186).

Nesse sentido, o Direito ao esquecimento, alegado por uma pessoa, pode ir de encontro ao direito do outro de poder se manifestar sobre fatos ou atos pretéritos, seja no objetivo de informar, seja no sentido de expor um pensamento sobre determinado acontecimento; seja ainda no sentido de limitar ou cercear a Liberdade de Imprensa.

Como já apresentado, quando da ponderação entre Direito ao Esquecimento e Direito à Informação, há que se ter em mente que o direito individual não pode se sobrepor ao direito da coletividade de forma absoluta, mormente, no se refere à manutenção da memória de fatos e atos que não devem ser esquecidos, tais como fatos históricos, políticos, artísticos e culturais. Significa dizer, portanto, que é necessário priorizar o acesso à informação verdadeira, correta e pertinente ao interesse da coletividade e da vida em sociedade. Um dos pilares sobre o qual se sustenta a verdadeira democracia é a liberdade de expressão e de acesso à informação pertinente ao Estado, seu funcionamento e seu Governo.

Por outro lado, o indivíduo também deve ter liberdade para permanecer isolado, deixado em paz, em sua subjetividade, sem ser importunado por outras pessoas ou pelo Estado, principalmente quando a divulgação de suas informações não acrescentam ou não influenciam para vida em sociedade e para conservação da memória social. E, novamente, recorrendo aos ensinamentos de Perliengieri, pode-se inferir que “Nesta perspectiva, deve ser apreciada a orientação que, mesmo em presença da verdade dos fatos, configura como ilícita a sua crônica e a sua valoração quando realizadas com inútil lesão à dignidade da pessoa (PERLIENGIERI,2007. p.186)”.

A dignidade da pessoa, como princípio norteador dos atos do Estado e da vida num grupo social, nos mostra que é importante prever formas de legislação e controle para que a informação, de *per si* útil, seja respeitosa da dignidade da pessoa e realmente pluralista. Impende ressaltar que, sem perder a sua fisionomia, as informações disseminadas devem permitir sua confrontação com a versão do 'outro'; em particular, com aqueles dos quais tenham direta ou indiretamente falado.

Na medida em que a informação se mostre pluralista e democrática, não evidenciando somente as razões de Estado ou de determinados grupos, é possível compreender a justificação histórica do Direito à informação, favorecendo a exigência primária da promoção humana.

3.4 Direito à Memória e Direito ao Esquecimento³⁹

Não é aconselhável que se busque fazer uma análise do Direito ao Esquecimento sem ao menos mencionar a questão da memória, mais especificamente a chamada memória coletiva ou social; pois, para esquecer, há que se lembrar primeiro. Por essa razão, passaremos a expor algumas considerações sobre esse tópico, com a ressalva de que a matéria contém em seu cerne aspectos mais relacionados à Filosofia do Direito e, portanto, este trabalho, devido à delimitação do tema, não irá aprofundar o assunto.

Deste modo, como bem nos apresenta François Ost, em sua obra *O Tempo do Direito*, a primeira forma como o tempo jurídico instituinte se apresenta é a memória. A memória que lembra existir o dado e o instituído. Nesse sentido, o autor afirma que instituir o passado, certificar os fatos acontecidos, garantir a origem dos títulos, das regras, das pessoas e das coisas eram a mais antiga e mais permanente das funções do jurídico.⁴⁰

Ademais, as sociedades sempre buscaram sua identidade se voltando, no mais das vezes, para seu passado, para suas origens. Ao longo da história, a presença de lendas, mitos formadores e toda gama de manifestação da tradição evidenciam a constante luta dos seres humanos em manterem o vínculo com suas raízes, na medida em que, pelo decurso do tempo, a memória não consegue manter presentes todos os fatos pretéritos. Ao ser humano é inerente o esquecer.

Até o advento da escrita, o conhecimento, para fins de continuidade da tradição, tinha de ser lembrado e transmitido através da oralidade, mormente da narrativa. Essa forma de passar o conhecimento, que se baseava essencialmente na capacidade de lembrar própria do narrador, do guardião da tradição; permitia à sociedade manter sua identidade coletiva, sua memória social. Nessa linha de pensamento, as lembranças decretadas, comuns e fundadoras, permitiam a formação da consciência coletiva, cuja falta inviabilizaria qualquer ação social dentro daquele contexto da sociedade.⁴¹

Com a evolução da vida em grupo, após os momentos iniciais, em que prevalecia o laço fundamental da memória com o sagrado fundador, isto é, com o

³⁹ Nesse tópico nos basearemos essencialmente na obra *O Tempo do Direito* de François Ost, para fins desenvolver a questão da memória e esquecimento.

⁴⁰ OST, François. *O Tempo do Direito*. Tradução Élcio Fernandes. Bauru : EDUSC, 2005.

⁴¹ Idem nota 40.

papel desempenhado pela religião, coube ao Direito a nobre função de guardião e testemunha da memória social e conseqüentemente da identidade coletiva.

Importante observar que essa tentativa de retorno constante às origens e ao passado não acontece de forma dissociada do contexto atual. A partir do dado presente e de sua vivência de mundo, o indivíduo se volta para trás, isto é, da realidade na qual se insere; a identidade social é reconstruída. Nesse fluxo constante e dessa influência mútua entre passado e presente, que a concepção do Direito se estrutura e se insere para fins de alcançar a pacificação social.

Quando o operador do direito se depara com a questão do Direito ao Esquecimento, aspectos relacionados a essa influência recíproca devem ser considerados, pois os fatos que se pretende esquecer e os direitos que se alega devem ser compreendidos dentro do contexto no qual se inserem. Significa dizer, portanto, que não é cabível a assertiva de que fatos do passado possam ser definitivamente apagados ou simplesmente retirados da história dos indivíduos e principalmente da história da sociedade.

Por essa razão, há de se conceber que os fatos pretéritos devem sim ser retomados quando sua influência no presente se torna fundamental. Como François Ost nos pontua “ Entretanto, não se termina tão facilmente com o passado. Inicialmente, porque não chegaremos jamais a traçar uma linha de separação clara entre passado terminado e presente inventivo (OST, 2005, p. 51).

Ademais, o autor destaca que

[...] o passado é inicialmente tanto quanto muito amplamente construído, escrito a partir do presente. A memória, que é admitida lhe restituir, mostra-se efetivamente uma faculdade singularmente paradoxal: esperava-se encontrar uma competência subjetiva e individual, vamos descobri-la objetiva e social; [...] poderíamos acreditar que ela proviesse do passado, como inércia natural de um peso que se acumula, e eis que a apreendemos posta em movimento a partir do presente e de suas questões (OST,2005, p.51).

Ao jurista, portanto, cabe a função de buscar identificar no caso concreto o quanto dessa influência proveniente do passado é relevante para vida em sociedade e até que ponto o direito individual deve preponderar sobre a relação formadora surgida dessas duas faces do tempo.

A partir dessa perspectiva de memória, compreendida como objetiva e social, reconhecida como um movimento a partir do presente e de suas questões; é que o

operador do Direito tem de analisar a controvérsia que lhe é apresentada. Deve ainda aferir se é plausível ou não tutelar o Direito ao Esquecimento, impondo a uma das partes que se exima de retomar os fatos pretéritos objeto da controvérsia.

Plenamente possível, destarte, a conclusão no sentido de que ser esquecido é um direito a ser tutelado. A ninguém deve ser imposta a obrigação de carregar sobre os ombros o olhar curioso e inquisidor da sociedade por longos períodos de sua existência, quiçá por toda ela. Em muitos casos, esquecer é preciso, mormente se a insistência do retorno da memória repousa na mera especulação inventiva ou na manifestação simples e inoportuna da curiosidade.

François Ost (2005,161) nos ensina também que há diferentes formas de esquecimento, com funções específicas no contexto da vida em sociedade. Dentre elas, salienta o chamado esquecimento- pacificação, classificação que estaria relacionada ao fato de que a tutela do Direito somente será efetiva se, aliada à decisão tomada no seio da controvérsia, existir a autoridade de se impor à vontade das partes, ainda que não saiam satisfeitas, há que se obrigá-los a sujeição e a “esquecer” a desavença; não no sentido de retirá-la da memória ou da história, mas no sentido de que não deve mais ser trazida à tona, deve ser, deste modo, esquecida.

Em outras hipóteses, ainda o direito ao esquecimento, consagrado pela jurisprudência, surge mais claramente como uma das múltiplas facetas do direito a respeito da vida privada. Uma vez que, personagem pública ou não, fomos lançados diante da cena e colocados sob os projetores da atualidade – muitas é preciso dizer, uma atualidade penal-, temos o direito, depois de determinado tempo, a sermos deixados em paz e a recair no esquecimento e no anonimato, do qual jamais queríamos ter saído (OST, 2005, p.160-161).

Existe ainda, no dizer do autor, as figuras do esquecimento-falsário e do esquecimento-recalque. O primeiro estaria relacionado às 'mentiras' e 'falsidades' que surgem para reforçar determinada ideologia. O segundo diz respeito ao esquecimento imposto pelos vencedores, no sentido de que somente esses contam sua versão e, por esse motivo, sentem-se à vontade para distorcer os fatos e relegar aos vencidos posição à margem do tempo e da história.

Esquecimento-falsário seria o caso de mil e uma formas de mentiras piedosas da história oficial para legitimar um regime ou reforçar uma ideologia, trabalhando à vontade com a simples verdade dos fatos. Esquecimentos-recalque através dos quais se visam esses fenômenos de amnésia coletiva, que dizem respeito aos vencedores em relação à sorte que suas conquistas, guerras, cruzadas e outros djihads impuseram aos vencidos,

vítimas anônimas enviadas para as masmorras da história; esquecimento dos massacres, genocídios, crimes contra a humanidade, que acarreta hoje o sobressalto da imprescritibilidade [...] (OST, 2005, p. 161).

É nesse ponto que reside o risco maior de considerar de forma abrangente e indiscriminada o Direito de ser esquecido, pois, personagens e protagonistas de acontecimentos terríveis na história da humanidade poderiam se valer dessa proteção jurídica para evitar que suas atitudes fossem recontadas e servissem de exemplo negativo para as gerações futuras⁴².

Contra estas formas de esquecimento é que se fazem valer os direitos da memória e, por vezes, a necessidade da instituição da recordação. “Face às regressões da noite e aos desvios do não-direito, saudamos, então, como Carbonniere, o retorno do dia: ‘cada manhã, o dia sai da noite, surgindo aos homens, pelo seu próprio retorno, as primeiras ideias jurídicas, a ordem universal, a fidelidade, a promessa.’ (OST, 2005, p.161)⁴³.

Desse trecho, é possível concluir pela valorização de princípios e liberdades fundamentais, conquistadas já nos primórdios das democracias e do Estado de Direito, essa promessa de proteção e tutela da dignidade da pessoa humana deve ser sempre lembrada quando da ponderação de direitos. O caminho para adequação entre memória e esquecimento não é fácil, nem tampouco direto, pois, como exposto, entre os argumentos do esquecimento necessário, podem surgir outros de índole e objetivos não tão nobres.

3.5 O Direito ao Esquecimento no contexto Brasileiro

No contexto brasileiro, embora recentemente dois recursos especiais⁴⁴ tenham abordado o tema, a matéria já vem sendo tratada ou discutida em diferentes áreas do

⁴² Nesse ponto, o exemplo hipotético que surge é o caso de um governante inescrupuloso e corrupto, condenado por inúmeros crimes contra seu povo e contra as instituições democráticas, e que, passados alguns anos, ingresse no Poder Judiciário pleiteando o Direito de não ter suas informações divulgadas, sob o argumento de ter o direito a ser esquecido. Nesse caso, entende-se que prevalece o interesse da coletividade em manter presente sua memória, principalmente para os erros do passado não se ocorram novamente no futuro. É nesse sentido que a jurisprudência e a doutrina entendem não ser aplicável o alegação do Direito ao Esquecimento com fins de cercear o acesso à história, a fatos históricos.

⁴³ OST. François. O tempo do Direito. Edusc.Bauru.2005.

⁴⁴ REsp 1335153/RJ, referente a caso criminal famoso ocorrido na segunda metade do século XX, o chamado Caso Aída Curi; e o REsp 1334097/RJ, referente à Chacina da Candelária.

direito de forma direta ou incidental⁴⁵. Importante destacar que, nesse ponto, o Brasil também teve as primeiras linhas de direito ao esquecimento na seara do Direito Penal.

No entanto, como bem pontua Otavio Luiz Rodrigues Junior, a questão referente ao Direito ao esquecimento, radicada nos direitos da personalidade, a questão transitava entre o Direito do Consumidor e o Direito Penal, com fortes conexões com o prazo de armazenamento de dados individuais. Para evidenciar sua tese, o autor ainda esboça exemplos de estudos na doutrina que tratam da questão na área do Direito do Consumidor.⁴⁶

Nessa mesma linha de raciocínio, na VI Jornada de Direito Civil, apresentou orientação doutrinária, consubstanciada no enunciado 531, o qual apresenta que “ A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”, referindo-se ao artigo 11 do Código Civil de 2002⁴⁷. Como justificativa, o enunciado apresenta que “ 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.” Percebe-se, portanto que a doutrina tem se mostrado atenta a questão e já busca analisar a matéria de maneira mais voltada aos desdobramentos da sociedade atual.

No entanto, como se verá adiante, na breve exposição dos Recursos Especiais julgados no Superior Tribunal de Justiça; essa corte superior, no voto do relator, optou por não tratar da questão no âmbito da internet e de suas peculiaridades. Segundo o Ministro Luís Felipe Salomão, restringia o âmbito da decisão e da análise à mídia televisiva, ao analisar a adequação do direito ao esquecimento ao ordenamento jurídico brasileiro, porquanto, considerava que o mesmo debate ganhava contornos bem diferenciados quando transposto para *internet*, a qual apresentava soluções de

⁴⁵ JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues. Brasil debate direito ao esquecimento desde 1990. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-27/direito-comparado-brasil-debate-direito-esquecimento-1990#author>>. Acesso em: 22 out 2014.

⁴⁶ Como exemplo, em 2002, abordagem do tema Direito ao Esquecimento o autor menciona Têmis Limberger que tratando do tema: As informações armazenadas pela instituição bancária e o direito à intimidade do cliente, teria analisado, de modo lateral, o “direito ao esquecimento”.

⁴⁷ Código Civil Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

índole técnica. Ressalva ainda o Ministro que, dada a possibilidade de compartilhamento de informações e circulação internacional do conteúdo, o que poderia tangenciar temas sensíveis, como a soberania dos Estados-nações⁴⁸.

Dessa forma, a Jurisprudência brasileira evitou enfrentar a matéria no âmbito da internet e do conflito direto com o Direito de ser esquecido. Caso digno de nota diz respeito ao Recurso Especial nº 1.316.921 – RJ⁴⁹, envolvendo Maria da Graça Xuxa Meneghel versus Google Brasil Internet Ltda. Como nos apresenta Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e Cruz⁵⁰,

“Todavia, no caso Xuxa vs. Google Search, percebe-se claramente que o STJ deixou de se aprofundar no conceito do direito ao esquecimento, tendo, em realidade, tomado uma posição radicalmente contrária ao que vem demonstrando em outros julgados estrangeiros que guardam relação com a divulgação de dados pessoais e a possibilidade de sua revisão[...] (CRUZ, 2014, p. 337).

O artigo ainda conclui que as razões decidir do “STJ no julgamento do REsp 1.316.921-RJ, apesar de irrefutavelmente possível, não se aprofundou nos efeitos do direito ao esquecimento na Internet, acabando por não apreciar os impactos causados pelos servidores de busca em sua violação”.

Nesse sentido, percebe-se que o tema, embora ganhe extrema importância, na doutrina e inclusive no direito comparado, está em processo de consolidação na jurisprudência brasileira, com suas nuances jurídicas em definição. Não se abordou a matéria num dos pontos principais de sua relação com o mundo contemporâneo, qual seja, a relação com a internet.

⁴⁸ Recurso Especial 1335153/RJ.

⁴⁹ Cuida-se de recurso especial interposto por GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA., com fulcro no art.105, III, “a” e “c”, da CF, contra acórdão proferido pelo TJ/RJ. A ação inicial era ação ordinária inominada, ajuizada por Maria da Graça Xuxa Meneghel em desfavor da Google do Brasil, objetivando compelir esta última a remover do seu *site* de pesquisas via Internet, denominado GOOGLE SEARCH, os resultados relativos à busca que contivessem determinadas expressões alusivas ao nome da autora ou, ainda, qualquer outra expressão que associasse seu nome, escrito parcial ou integralmente, e independentemente de grafia, se correta ou equivocada, a uma prática criminosa qualquer.

⁵⁰ O Direito ao Esquecimento na Internet e o Superior Tribunal de Justiça. In Revista de Direito das Comunicações. vol. 7, 2014, p. 335. jan 2014.

4 TESE DO DIREITO AO ESQUECIMENTO À LUZ DE CRITÉRIOS JURISPRUDENCIAIS.

A seguir serão apresentados casos da jurisprudência brasileira e um caso julgado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia. Nessas decisões, o Direito ao Esquecimento esteve no centro do debate, ensejando a possibilidade de verificar como a jurisprudência começa a reconhecer e delimitar essa matéria.

4.1 Casos do Brasil

Os casos a serem apresentados nesse trabalho são o Recurso especial n. 1.335.153- RJ - Caso Aida Curi e o Recurso Especial nº 1.334.097- RJ – Caso Chacina da Candelária. Ambos os recursos especiais são da relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão, julgados pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, e versavam sobre controvérsias e causa de pedir, que continha no seu cerne o Direito de ser Esquecido.

É possível perceber que os Recursos Especiais mencionados permitiram ao Superior Tribunal de Justiça o reconhecimento ao Direito ao Esquecimento. Ademais, em ambas as decisões, ficou assentado que o ordenamento jurídico brasileiro possibilita a tutela do referido direito, cujo fundamento é a Constituição Federal e a opção principiológica de proteção do indivíduo.

Como bem apresentado, nas constatações do artigo O Direito Ao Esquecimento na Internet e o Superior Tribunal de Justiça⁵¹(CRUZ, 2014, p. 335), pode-se inferir que, em ambos os Recursos Especiais, tem-se que o fundamento apresentado é a dignidade da pessoa humana, materializada nos direitos da personalidade e concretizada na regenerabilidade e ressocialização dos titulares. Além disso, pode-se afirmar que a contemporaneidade é fundamental para fins de ponderação sobre qual direito deve prevalecer na solução da controvérsia- direito de informar ou do direito ao esquecimento.

No caso do Recurso Especial nº 1.316.921 – RJ, já mencionado acima, optou-se por não apresentá-lo de forma mais extensa nesse trabalho, por se verificar que, na decisão, o Direito ao Esquecimento não foi abordado, muito embora, fosse

⁵¹ CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e. O Direito ao Esquecimento na Internet e o Superior Tribunal de Justiça. Revista de Direito das Comunicações. Vol. 7, 2014.

possível a questão ter sido desenvolvida como já destacado.

4.1.1 Recurso especial n. 1.335.153- RJ - Caso Aida Curi

Tratava-se de Recurso Especial interposto pelos irmãos de Aida Curi, vítima de assassinato, ocorrido no ano de 1958, na cidade do Rio de Janeiro. Intentavam os recorrentes o reconhecimento do Direito ao Esquecimento, bem como a incidência de indenização por danos morais, materiais e à imagem causados pela ré, ao veicular programa televisivo, reconstruindo, através de dramatizações, o crime, ainda que manifestada a vontade da família de não ter veiculado tal programa. Por maioria, a Quarta Turma do STJ negou provimento ao Recurso Especial.

A seguir, serão expostos os principais pontos apresentados pelo Ministro Luís Felipe Salomão, relator do Recurso no STJ. Segue pequeno trecho da ementa

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE IMPRENSA VS. DIREITOS DA PERSONALIDADE. LITÍGIO DE SOLUÇÃO TRANSVERSAL. COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DOCUMENTÁRIO EXIBIDO EM REDE NACIONAL. *LINHA DIRETA-JUSTIÇA*. HOMICÍDIO DE REPERCUSSÃO NACIONAL OCORRIDO NO ANO DE 1958. CASO "AIDA CURI". VEICULAÇÃO, MEIO SÉCULO DEPOIS DO FATO, DO NOME E IMAGEM DA VÍTIMA. NÃO CONSENTIMENTO DOS FAMILIARES. DIREITO AO ESQUECIMENTO. ACOLHIMENTO. NÃO APLICAÇÃO NO CASO CONCRETO. RECONHECIMENTO DA HISTORICIDADE DO FATO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE DE DESVINCULAÇÃO DO NOME DA VÍTIMA. ADEMAIS, INEXISTÊNCIA, NO CASO CONCRETO, DE DANO MORAL INDENIZÁVEL. VIOLAÇÃO AO DIREITO DE IMAGEM. SÚMULA N. 403/STJ. NÃO INCIDÊNCIA [...].

10- Recurso Especial não provido.

Como dito inicialmente, a controvérsia estava relacionada a veiculação de notícia sobre fatos passados, envolvendo a irmã dos autores, Aida Curi, que foi brutalmente assassinada no ano de 1958. Buscavam, através do Recurso Especial, o reconhecimento do Direito ao Esquecimento, para não ter revivida a dor antes experimentada por ocasião da morte de irmã e conseqüentemente a indenização pelo dano sofrido. O juízo de primeiro grau julgara os pedidos improcedentes e o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ) manteve a decisão.

No Superior Tribunal de Justiça, o relator do recurso foi o Ministro Luis Felipe Salomão, que votou no sentido de improcedência do pedido. Em seu voto, o Ministro pontuou que, assim como o direito ao esquecimento do ofensor – condenado e já penalizado – deve ser ponderado pela questão da historicidade do fato narrado, assim também o direito dos ofendidos deve observar esse mesmo parâmetro.

Segundo o magistrado, em um crime de repercussão nacional, a vítima com frequência 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.

No voto, analisando questões como liberdade de imprensa e Direitos da Personalidade, o relator destacou dos valores que podem ser, eventualmente, violados nesse conflito, como a honra, a privacidade e a intimidade da pessoa, o que, em última análise, atribuiria à jurisdição infraconstitucional a incumbência de aferição da ilicitude de condutas potencialmente danosas e, de resto, da extensão do dano delas resultante.

Foi observado também que a Quarta Turma, analisando os contornos de eventual ilicitude de matérias jornalísticas, abraçou a tese segundo a qual a liberdade de imprensa, por não ser absoluta, encontra algumas limitações, como: "(I) o compromisso ético com a informação verossímil; (II) a preservação dos chamados direitos da personalidade, entre os quais incluem-se os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à intimidade; e (III) a vedação de veiculação de crítica jornalística com intuito de difamar, injuriar ou caluniar a pessoa (*animus injuriandi vel diffamandi*)".

Importante salientar das constatações do relator sobre a nova realidade que a sociedade vivencia. Nesse sentido, evidenciou que o conflito entre liberdade de informação e direitos da personalidade ganha a tônica da modernidade, analisado por outro prisma, desafiando o julgador a solucioná-lo a partir de nova realidade social,

ancorada na informação massificada que, diariamente, se choca com a invocação de novos direitos, hauridos que sejam dos já conhecidos direitos à honra, à privacidade e à intimidade, todos eles, por sua vez, resultantes da proteção constitucional conferida à dignidade da pessoa humana.

Ao analisar a tese do direito ao esquecimento, foi observado que se mostra inerente à *internet* - mas não exclusivamente a ela - a existência de um "resíduo informacional" que supera a contemporaneidade da notícia e, por vezes, pode ser, no mínimo, desconfortante àquele que é noticiado.

No voto, o relator também assevera que a razão da relevância supranacional do tema, os limites e possibilidades do tratamento e da preservação de dados pessoais estão na pauta debates internacionais da atualidade acerca da necessidade de regulação do tráfego informacional, levantando-se, também no âmbito do direito comparado, o conflituoso encontro entre o direito de publicação - que pode ser potencialmente mais gravoso na *internet* - e o alcance da proteção internacional dos direitos humanos. Ademais, as informações publicadas na internet possuem um tráfego mais complicado e reclamaria uma solução- legislativa ou judicial específica.

Nessa linha de pensar, o Ministro Luís Salomão analisou a possível adequação do direito ao esquecimento ao ordenamento jurídico brasileiro, especificamente para o caso de publicações na mídia televisiva, porquanto, como dito anteriormente, o mesmo debate ganharia contornos bem diferenciados quando transposto para internet.

Reconhecendo uma tendência atual de venda ou de entrega da privacidade à arena pública, como uma nova mercadoria para o consumo da coletividade, o ministro afirma que é a expropriação da privacidade contra a vontade do titular do direito, por vezes um anônimo que pretende assim permanecer; a qual deve ser evitada pelo Direito. Outrossim, pontuou que 'essa tem sido uma importante - se não a mais importante - face do atual processo de esgarçamento da intimidade e da privacidade, e o que estarrece é perceber certo sentimento difuso de conformismo, quando se assiste a perda de bens caros ao ser humano e que, devido ao sentimento difundido por inédita "filosofia tecnológica" do tempo atual, acaba invertendo-se valores e tornando tornando a vida privada um prazer ilegítimo e excêntrico, seguro sinal de atraso e de mediocridade. (Resp. 1.335.153- RJ, p.21).

Em análise de ponderação entre os Direitos envolvidos na controvérsia, o voto reconhece que a Constituição, embora tenha rompido com o paradigma do medo e da

censura impostos à manifestação do pensamento, não se permite hipertrofiar a liberdade de informação. Destaca ainda que, no conflito aparente entre bens jurídicos tutelado na Constituição, há, de regra, uma inclinação ou predileção constitucional para soluções protetivas da pessoa humana, embora o melhor equacionamento deva sempre observar as particularidades do caso concreto.

Outro ponto desenvolvido no acórdão refere-se a aspectos relevantes para a História, de maneira que, nos termos da decisão, não há dúvida de que a história da sociedade é patrimônio imaterial do povo e nela se inserem os mais variados acontecimentos e personagens capazes de revelar, para o futuro, os traços políticos, sociais ou culturais de determinada época.

Como apresentado no voto do relator, o reconhecimento do "direito ao esquecimento" pode significar um corretivo das vicissitudes do passado, seja de inquéritos policiais ou processos judiciais injustos, seja da exploração populista da mídia, com a ressalva de que deve prevalecer o interesse da coletividade e o caráter histórico dos fatos. O direito ao esquecimento decorre ainda da principiologia própria dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, mas também diretamente no direito positivo infraconstitucional.

Por conclusivo, no caso concreto, o Ministro- Relator não reconheceu artificiosidade ou o abuso antecedente na cobertura do crime, inserindo-se, portanto, nas exceções decorrentes da ampla publicidade a que podem se sujeitar alguns delitos. Ademais salientou que o reconhecimento, em tese, de um direito de esquecimento não conduz necessariamente ao dever de indenizar.

A Ministra Maria Isabel Galotti apresentou voto divergente, pois entendeu, em suma, 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. Também divergiu do relator, o Ministro Marco Buzzi que considerou, nas circunstâncias do caso concreto, eternizar uma informação desprovida de interesse público ou histórico violaria o direito ao esquecimento. A família da vítima do crime deveria estar no esquecimento, na perspectiva do fato delituoso, podendo desfrutar da liberdade de não mais revolver memórias tristes. O Ministro Antonio Carlos Ferreira acompanhou o relator, de maneira que a Quarta Turma do STJ, por maioria, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Senhor Ministro Relator.

Dessa forma, a Quarta Turma do STJ reconheceu o Direito ao Esquecimento, sua adequação ao ordenamento jurídico brasileiro e a aplicabilidade deste direito no cenário interno. No entanto, cumpre registrar que a decisão da Corte ficou restrita ao Direito ao Esquecimento naquela perspectiva, já apresentada neste trabalho, a qual está relacionada ao direito do condenado de não ter suas informações constantemente trazidas à tona, após ter cumprido sua pena. A análise dos fundamentos jurídicos do referido direito não ingressou na seara da nova realidade tecnológica, nem tampouco saiu da perspectiva já consolidada do direito de ser esquecido atrelado a reabilitação e reinserção social do condenado.

4.1.2 Recurso Especial nº 1.334.097- RJ – Caso Chacina da Candelária

J. G.D. F. ajuizou ação de reparação de danos morais em face da TV Globo Ltda. (Globo Comunicações e Participações S.A.). Informou o autor ter sido indiciado como coautor/partícipe da sequência de homicídios ocorridos em 23 de julho de 1993, na cidade do Rio de Janeiro, conhecidos como *Chacina da Candelária*, mas que, ao final, submetido a Júri, fora absolvido por negativa de autoria pela unanimidade dos membros do Conselho de Sentença.

Segundo consta no relatório do acórdão, a ré teria ido o autor da ação para fins de entrevistas e que este manifestou não ter interesse em participar, nem tampouco ter a imagem veiculada no programa. Ainda assim, a empresa transmitiu o programa, causando dano ao autor, segundo seu ponto de vista, do que pedia indenização. O juízo de primeira instância, ao ponderar sobre o direito de informar e o interesse público no caso, em relação ao direito de ser esquecido, julgou improcedente o pedido, por priorizar o primeiro.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por maioria, reformou a sentença. Sobreveio Recurso Especial, cuja recorrente, Globo Comunicações e Participações S.A., alegava não haver o direito de indenizar, porquanto não ilícita a conduta de divulgação de matérias jornalísticas de crimes de grande repercussão no passado, aduzia ainda que mostrar-se-ia incabível o acolhimento de "um *direito ao esquecimento* ou o *direito de ser deixado em paz*", que sobrepujaria o direito de informar da recorrente.

A Quarta Turma do STJ negou provimento ao Recurso Especial, a unanimidade.

A seguir, serão expostos os principais pontos apresentados pelo Ministro Luís Felipe Salomão, relator do Recurso no STJ. Segue pequeno trecho da ementa

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE IMPRENSA VS. DIREITOS DA PERSONALIDADE. LITÍGIO DE SOLUÇÃO TRANSVERSAL. COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DOCUMENTÁRIO EXIBIDO EM REDE NACIONAL. LINHA DIRETA-JUSTIÇA . SEQUÊNCIA DE HOMICÍDIOS CONHECIDA COMO CHACINA DA CANDELÁRIA. REPORTAGEM QUE REACENDE O TEMA TREZE ANOS DEPOIS DO FATO. VEICULAÇÃO INCONSENTIDA DE NOME E IMAGEM DE INDICIADO NOS CRIMES. ABSOLVIÇÃO POSTERIOR POR NEGATIVA DE AUTORIA. DIREITO AO ESQUECIMENTO DOS CONDENADOS QUE CUMPRIRAM PENA E DOS ABSOLVIDOS. ACOLHIMENTO. DECORRÊNCIA DA PROTEÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DAS LIMITAÇÕES POSITIVADAS À ATIVIDADE INFORMATIVA. PRESUNÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DE RESSOCIALIZAÇÃO DA PESSOA. PONDERAÇÃO DE VALORES. PRECEDENTES DE DIREITO COMPARADO.

[...]

20. Condenação mantida em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), por não se mostrar exorbitante.

21. Recurso especial não provido.

Como mencionado anteriormente, o autor buscava a proclamação do seu direito ao esquecimento, 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. Globo Comunicações e Participações S.A. argumentava que seu programa jornalístico, sob a forma de documentário, tinha se limitado a narrar os fatos tais como ocorridos, sem dirigir

nenhuma ofensa à pessoa do autor, deixando claro, ao contrário, que teria sido inocentado. Ademais, a notícia abordava acontecimento de relevante interesse público.

Também nesse caso, o Superior Tribunal de Justiça pontuou que a questão jurídica a ser respondida referia-se a adequação do direito ao esquecimento ao ordenamento jurídico brasileiro, especificamente para o caso de publicações na mídia televisiva, questões relacionadas ao âmbito do privado e a atual sociedade da hiperinformação. Segundo o Ministro-Relator, o contexto atual da sociedade da hiperinformação tornou tênue a separação entre as esferas do público e o privado, de maneira são necessárias reflexões, que podem ensejar novos direitos ou novas perspectivas sobre velhos direitos revisitados.

Ao considerar a questão da liberdade de imprensa, o Ministro-Relator destacou que, não obstante o cenário de perseguição e tolhimento pelo qual passou a imprensa brasileira em décadas pretéritas; a mídia do século XXI deve buscar a legitimação de sua liberdade em valores atuais, pois as os antigos problemas referentes à liberdade de imprensa, embora deles não se possa esquecer jamais, no contexto atual, não autorizam a atuação informativa despreendida de regras e princípios a todos impostos.

Destacou-se novamente que, frente a conflito entre direitos constitucionalmente tutelados, a Carta Magna dá predileção para soluções protetivas da pessoa humana, muito embora, o melhor equacionamento deva sempre observar as particularidades do caso concreto. Também foi feita a mesma ressalva dos casos considerados históricos que, dada a importância para a memória coletiva, não devem ser restringidos sob alegação do direito ao esquecimento. Porém, segundo a decisão, ainda a alegação de historicidade do fato não pode servir de justificativa para qualquer tipo de atitude contrária aos direitos da personalidade ou à dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, o acórdão expôs posição no sentido de reconhecer o direito ao esquecimento dos condenados que já pagaram pelo seu crime através da pena e, sobretudo, dos que foram absolvidos em processo criminal. Tal reconhecimento, no dizer do Ministro Luís Felipe Salomão, confere concretude a um ordenamento jurídico que, entre a memória – que é a conexão do presente com o passado – e a esperança – que é o vínculo do futuro com o presente –, fez clara opção pela segunda, refletindo ainda a presunção legal e constitucional de regenerabilidade da pessoa humana.

Nestes termos, a Quarta Câmara negou provimento ao recurso Especial de Globo Comunicações e Participações S.A, para manter a condenação em R\$ 50.000,00.

Pode se perceber novamente que o Superior Tribunal de Justiça evitou se deter ao tema no âmbito do conflito entre direitos da personalidade e direito ao esquecimento. Ficou limitado à solução do caso concreto com base em argumentos de reintegração e reinserção social do indivíduo, o que já se é reconhecido na doutrina.

Por conclusivo cumpre destacar que a Globo Comunicações e Participações S.A recorreu ao Supremo Tribunal Federal (STF)⁵² para tentar fazer com que a corte constitucional avalie o cabimento de indenização por violação do direito ao esquecimento no sistema brasileiro. Para a empresa, a decisão do STJ viola a liberdade de comunicação, entre outros dispositivos constitucionais.

4.2 Precedente da União Europeia⁵³

Como bem destaca Cíntia Rosa Pereira de Lima, a importância do modelo de proteção dos dados da Comunidade Europeia reside no fato de que sua influência extrapola os limites geopolíticos deste bloco⁵⁴. Dessa forma, convém analisar a maneira como a União Europeia trata a questão do Direito ao Esquecimento e sua tutela no âmbito da internet.

No caso do Direito Europeu, principalmente no âmbito da legislação da União Europeia, o Direito ao Esquecimento gravita em torno da proteção de dados pessoais.⁵⁵ Já em 1995, foi elaborada a Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e

⁵² “Supremo analisará se indenização por direito ao esquecimento é matéria constitucional” Notícia de 17/12/2013. Disponível em http://stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=112732. Acesso em 20 nov 2014.

⁵³ Neste tópico, somente apresentaremos as questões principais desenvolvidas na decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia, sem, contudo, analisar as razões de decidir ou os fundamentos jurídicos apresentados.

⁵⁴ DE LIMA. Cíntia Rosa Pereira. Direito ao Esquecimento e Internet: O Fundamento Legal no Direito Comunitário Europeu, no Direito Italiano e no Direito Brasileiro. Revista dos Tribunais vol. 946/2014 | p. 77.

⁵⁵ Segundo a Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 24 de Outubro de 1995, relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados; em seu art 2º Para efeitos da presente directiva, entende-se por: a) « Dados pessoais », qualquer informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável (« pessoa em causa »); é considerado identificável todo aquele que possa ser identificado, directa ou indirectamente, nomeadamente por referência a um número de identificação ou a um ou mais

do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados.

Segundo a autora, “em 2002, o Parlamento e Conselho europeu aprovaram a Diretiva n. 58, relativa ao tratamento dos dados pessoais e à proteção da privacidade no contexto das comunicações eletrônicas, daí ser conhecida como ePrivacy Directive”(DE LIMA, 2014, p77). Destaca ainda que esta Diretiva é importante no contexto atual em que o acesso a redes móveis digitais está amplamente divulgado em razão do barateamento dos custos. A ePrivacy Directive, portanto teria sido uma resposta à economia da informação, na medida em que impõe limites à coleta, armazenamento e utilização de dados pessoais no contexto das comunicações eletrônicas, independentemente da tecnologia utilizada.

Na exposição desse panorama evolutivo da legislação referente à proteção de dados, Cíntia Rosa Pereira de Lima (2014) nos apresenta também que, em 2006, a União Europeia revisou o quadro regulatório sobre os serviços de redes e comunicações eletrônicas. Foram pontos principais da revisão, dentre outros, elevar o grau de harmonização das regras dos Estados-Membros quanto à proteção de dados pessoais e ao direito à privacidade, independentemente da tecnologia adotada; impondo ainda aos provedores de acesso à Internet e de aplicativos de Internet, a obrigação de adotar medidas para evitar que sejam instalados spywares nas máquinas dos usuários de maneira inadvertida.

Percebe-se, portanto, que a proteção de dados, no contexto europeu, tem evoluído ao longo dos anos para fins de se adaptar aos novos avanços tecnológicos, inerentes à sociedade de informação, bem como às questões jurídicas e à tutela de direitos nesse contexto.

4.2.1 Caso Google Spain SL e a Google Inc. versus Agencia Española de Protección de Datos⁵⁶ e a M. Costeja González⁵⁷

Tratava-se de caso⁵⁸, referente a pedido de decisão prejudicial que tinha por objeto a interpretação⁵⁹ de conteúdo da Diretiva 95/46/CE e sua aplicação à solução da controvérsia, envolvendo a divulgação de informações na Internet. Esse pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opunha a empresa Google Spain SL e a Google Inc. à Agencia Española de Protección de Datos (Agência Espanhola de Proteção de Dados, 'AEPD') e a M. Costeja González, no que tange à decisão desta Agência, que deferiu a reclamação apresentada por M. Costeja González contra estas duas sociedades e ordenou à Google Inc. a adoção das medidas necessárias para retirar os dados pessoais do autor de seus arquivos; determinando ainda que a empresa inviabilizasse o acesso futuro a esses dados através de suas ferramentas de busca.⁶⁰

Segundo constava na decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia, o artigo 12.º da mesma diretiva, intitulado 'Direito de acesso', prevê que os Estados-Membros garantirão às pessoas, através de suas legislações internas, o direito de

⁵⁶ Agência Espanhola de Proteção de Dados -AEPD.

⁵⁷ Ementa: Dados pessoais – Proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento desses dados – Diretiva 95/46/CE – Artigos 2.º, 4.º, 12.º e 14.º – Âmbito de aplicação material e territorial – Motores de busca na Internet – Tratamento de dados contidos em sítios web – Pesquisa, indexação e armazenamento desses dados – Responsabilidade do operador do motor de busca – Estabelecimento no território de um Estado-Membro – Alcance das obrigações desse operador e dos direitos da pessoa em causa – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – Artigos 7.º e 8.º.

⁵⁸ As informações apresentadas nesse tópico foram obtidas a partir do Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (Grande Seção) no processo C-131/12, que tem por objeto um pedido de decisão prejudicial apresentado pela Audiencia Nacional (Espanha). In

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsfdocid=152065&mode=req&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=PT&cid=38390> acesso em 22 de setembro de 2014.

⁵⁹ A questão resolvia-se na interpretação dos artigos 2.º, alíneas b) e d), referem-se respectivamente b) «Tratamento de dados pessoais» («tratamento»), qualquer operação ou conjunto de operações efectuadas sobre dados pessoais, com ou sem meios automatizados, tais como a recolha, registo, organização, conservação, adaptação ou alteração, recuperação, consulta, utilização, comunicação por transmissão, difusão ou qualquer outra forma de colocação à disposição, com comparação ou interconexão, bem como o bloqueio, apagamento ou destruição; d) «Responsável pelo tratamento», a pessoa singular ou colectiva, a autoridade pública, o serviço ou qualquer outro organismo que, individualmente ou em conjunto com outrem, determine as finalidades e os meios de tratamento dos dados pessoais; sempre que as finalidades e os meios do tratamento sejam determinadas por disposições legislativas ou regulamentares nacionais ou comunitárias, o responsável pelo tratamento ou os critérios específicos para a sua nomeação podem ser indicados pelo direito nacional ou comunitário. O cerne da matéria prejudicial também estava relacionada com questões sobre o direito nacional aplicável, o direito de acesso e o direito de oposição da pessoa.

⁶⁰ Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (Grande Seção) no processo C-131/12, que tem por objeto um pedido de decisão prejudicial apresentado pela Audiencia Nacional (Espanha). In <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsfdocid=152065&mode=req&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=PT&cid=38390> acesso em 22 de setembro de 2014.

obterem, do responsável pelo tratamento de dados pessoais, a retificação, apagamento ou bloqueio dos dados, conforme estes sejam apresentados incompletos ou incorretos.⁶¹ Percebe-se que, já naquela época, a União Europeia evidenciava a maneira como abordaria a questão do direito das pessoas de não ter seus dados divulgados, quando fossem incorretos ou incompletos.⁶²

Segundo as conclusões do Advogado-Geral do Tribunal de Justiça da União Europeia, Niilo Jääskinen, apresentadas em 25 de junho de 2013, no caso; a proteção dos dados pessoais e da privacidade das pessoas singulares é cada vez mais importante no momento em que vivemos. Segundo o jurista, qualquer conteúdo que inclua dados pessoais, sob a forma de textos ou de materiais audiovisuais, pode ser disponibilizado de forma instantânea e permanente em formato digital em nível mundial.

Niilo Jääskinen pontua ainda que a internet revolucionou a vida das pessoas, quando removeu os obstáculos técnicos e institucionais à difusão e à recepção de informação, além de ter criado uma plataforma para diversos serviços da sociedade da informação. O causídico destacou também que os serviços criados com expansão da internet beneficiam os consumidores, as empresas e o conjunto da sociedade. Esse fato propiciou condições inéditas nas quais há que se encontrar um equilíbrio entre os diversos direitos fundamentais, como a liberdade de expressão, a liberdade de informação e a liberdade de empresa, por um lado, e a proteção dos dados pessoais e da privacidade das pessoas singulares, por outro.⁶³

No caso em tela, as questões submetidas ao Tribunal de Justiça dividiam-se em três categorias. O primeiro grupo de questões referia-se ao âmbito de aplicação territorial das normas de proteção de dados da União Europeia. O segundo grupo

⁶¹ O artigo 12.º da diretiva prevê: Os Estados-Membros garantirão às pessoas em causa o direito de obterem do responsável pelo tratamento: [...] b) Consoante o caso, a retificação, o apagamento ou o bloqueio dos dados cujo tratamento não cumpra o disposto na presente diretiva, nomeadamente devido ao caráter incompleto ou inexato desses dados;

⁶² Tratando do modelo europeu de proteção de dados pessoais, no artigo Direito ao Esquecimento e Internet: O Fundamento Legal no Direito Comunitário Europeu, no Direito Italiano e no Direito Brasileiro, Cíntia Rosa Pereira de Lima afirma que, em 2002, a Diretiva 58 destacou a tutela da privacidade relacionada às comunicações eletrônicas, daí ser referida como ePrivacy Directive, que prevê de maneira embrionária o direito ao esquecimento no art. 6.º determinando que o provedor de meios de comunicação eletrônica apague os dados dos usuários. A autora ainda afirma que “sete anos depois, esta diretiva foi alterada pela Diretiva 2009/136/EC, para acrescentar regras sobre os serviços universais de comunicação e as redes sociais, alterando este artigo, dentre outros, determinando que o indivíduo deva expressamente consentir para o armazenamento destas informações e possa retirar seu consentimento quando quiser.”

⁶³ Conclusões do Advogado-Geral apresentadas em 25 de junho de 2013 Processo C-131/12 in <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=138782&mode=req&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=PT&cid=738858>

abordava as questões relativas à posição jurídica de um prestador do serviço de site de busca na Internet à luz do preconizado na diretiva 95/46/CE, em especial ao nível do seu âmbito de aplicação material. Por último, a terceira questão referia-se ao direito de ser esquecido e se as pessoas poderiam solicitar que alguns ou todos os resultados da pesquisa que lhes digam respeito deixassem de estar acessíveis na internet, mormente através dos sites de busca.

Nesse sentido, convém mencionar, que segundo consta na decisão do TJUE, a Diretiva 95/46 foi transposta para o direito espanhol pela Lei orgânica 15/1999, relativa à proteção dos dados pessoais. Ainda segundo o relatório apresentado no acórdão, em 5 de março de 2010, M. Costeja González, de nacionalidade espanhola e domiciliado em Espanha, apresentou na Agência Espanhola de Proteção de Dados uma reclamação contra a La Vanguardia Ediciones SL, que publicava um jornal de grande tiragem, designadamente na Catalunha, e contra a Google Spain e a Google Inc. Conforme consta, a reclamação baseava-se no fato de que, quando um internauta inseria o nome de M. Costeja González no site de busca do Google, o site direcionava para duas páginas do jornal da La Vanguardia de 19 de janeiro e 9 de março de 1998, , respectivamente, nas quais figurava um anúncio de uma venda de imóveis em hasta pública decorrente de um arresto com vista à recuperação de dívidas à Segurança Social, que mencionava o nome do autor.

M. Costeja González intentava, com a ação, que La Vanguardia fosse condenada a suprimir ou alterar as referidas páginas, para que os seus dados pessoais deixassem de aparecer, ou que a ré utilizasse determinadas ferramentas disponibilizadas pelos sites de busca para proteger esses dados. Por outro lado, pedia também que Google Spain ou à Google Inc. fossem condenadas a suprimir ou ocultar os dados pessoais do autor, para que deixassem de aparecer nos resultados de pesquisa e de figurar nas ligações da La Vanguardia. Neste contexto, o autor alegava ainda que o processo de arresto, no qual figurara no pólo passivo, tinha sido resolvido há vários anos e que a referência ao mesmo carecia atualmente de pertinência.

Em decisão de 30 de julho de 2010, a Agência Espanhola de Proteção de Dados julgou improcedente o pedido no que se refere ao jornal La Vanguardia, considerando que a veiculação das informações, cerne da lide, estaria legalmente justificada, dado que se deu por ordem legal e teve por finalidade tornar pública a venda em hasta pública, a fim de reunir o maior número possível de interessados.

Por outro lado, no que se refere ao pedido contra à Google Spain e à Google Inc, a ação foi julgada procedente e, nesse ponto, a Agência entendeu que os operadores de sites de busca estão sujeitos à legislação que rege a matéria, vez que realizam um tratamento de informações pelo qual são responsáveis e atuam como intermediários da sociedade de informação.

A Agência Espanhola se considerou competente para condenar a empresa Google Spain a retirar as informações do autor de seus arquivos de busca. Outrossim, condenou a empresa a não possibilitar a obtenção a determinados dados, através de seu site de busca, quando sua localização e a sua difusão são suscetíveis de lesar o direito fundamental de proteção dos dados e a dignidade das pessoas em sentido amplo, o que abrange também a simples vontade da pessoa interessada de que essas informações não sejam conhecidos por terceiros. Considerou ainda que esta obrigação pode incumbir diretamente aos operadores de sites de busca, sem que seja necessário suprimir os dados ou as informações de sites da web, onde figuram, mesmo que a manutenção dessas informações seja justificada por uma disposição legal. Frente a essa decisão, a Google Spain e a Google Inc. interpuseram dois recursos separados na Audiencia Nacional, que decidiu apensá-los.

Este último órgão jurisdicional expunha, na decisão de reenvio, que os referidos recursos suscitam questão de saber quais as obrigações que incumbem aos operadores dos sites de busca para efeitos da proteção dos dados pessoais das pessoas interessadas que não desejem que determinadas informações, publicadas em sítios da web sejam localizadas, indexadas e postas à disposição dos internautas indefinidamente.⁶⁴ Segundo a Audiência Nacional, a resposta a esta questão dependia da maneira como a Diretiva 95/46 deveria ser interpretada, no contexto das tecnologias que surgiram depois da sua publicação.

Nestes termos, a questão foi submetida ao Tribunal de Justiça da União Europeia, e como já mencionado, questionava, primeiramente, se a Diretiva 46 de proteção de dados da União Europeia se aplicava a 'motores de busca' tais como o Google; em segundo, se a lei da União Europeia (a diretiva) se aplicaria a Google Spain, considerado o fato de que o provedor central de dados da Empresa Google encontra-se nos Estados Unidos e, por fim, se um indivíduo teria o direito de requerer

⁶⁴ Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (Grande Seção) no processo C-131/12, que tem por objeto um pedido de decisão prejudicial apresentado pela Audiencia Nacional (Espanha). In <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=152065&mode=req&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=PT&cid=38390> acesso em 22 de setembro de 2014.

que seus dados pessoais sejam removidos da possibilidade de acesso através dos sites de busca (o direito de ser esquecido).

O Tribunal de Justiça da União Europeia, declarou que os artigos 12.º, alínea b), e 14.º, primeiro parágrafo, alínea a), da Diretiva 95/46 deveriam ser interpretados no sentido de que, para respeitar os direitos previstos nestas disposições e desde que as condições por elas previstas estejam efetivamente satisfeitas, o operador de site de busca é obrigado a suprimir da lista de resultados, exibida na sequência de uma pesquisa efetuada a partir do nome de uma pessoa, as ligações a outras páginas web publicadas por terceiros e que contenham informações sobre essa pessoa, também na hipótese de esse nome ou de essas informações não serem prévia ou simultaneamente apagadas dessas páginas web, mesmo quando a sua publicação nas referidas páginas seja, em si mesma, lícita.

A Corte declarou ainda que a Diretiva 95/46 deve ser interpretada no sentido de que, no âmbito da apreciação das condições de aplicação das disposições nela contidas, importa designadamente examinar se a pessoa em causa tem o direito de que a informação em questão sobre a sua pessoa deixe de ser associada ao seu nome através de uma lista de resultados exibida na sequência de uma pesquisa efetuada a partir do seu nome, sem que, todavia, a constatação desse direito pressuponha que a inclusão dessa informação nessa lista causa prejuízo a essa pessoa. Na medida em que esta pode, tendo em conta os seus direitos fundamentais, requerer que a informação em questão deixe permanecer à disposição do grande público devido à sua inclusão nessa lista de resultados, esses direitos prevalecem, em princípio, não só sobre o interesse econômico do operador do site de busca, mas também sobre o interesse desse público em aceder à informação numa pesquisa sobre o nome dessa pessoa⁶⁵.

O Tribunal asseverou ainda que, no entanto, não será esse o caso se, por razões especiais como, por exemplo, o papel desempenhado por essa pessoa na vida pública, a ingerência nos seus direitos fundamentais é justificada pelo interesse preponderante do referido público em ter acesso à informação em questão, em virtude dessa inclusão.

No que se refere ao Direito ao Esquecimento, destacou-se que indivíduos têm o direito- sob certas condições- de pedir aos provedores de busca que removam links

⁶⁵ Idem nota 56.

com informações pessoais que lhe digam respeito. Isso se aplica quando as informações forem inapropriadas, inadequadas, irrelevantes ou excessiva para os propósitos do processamento de dados. Foi destacado que, nesta questão particular, a interferência com a proteção de dados das pessoas, não poderia ser justificada meramente pelo interesse econômico do site de busca. Ao mesmo tempo, ficou assentado explicitamente que o direito de ser esquecido não é absoluto, mas sempre necessitará se ponderado em relação a outros direitos fundamentais, tais como liberdade de expressão e liberdade de imprensa. Uma consideração, análise caso a caso é necessário, considerando o tipo de informação em questão, sua importância para a vida privada do indivíduo e o interesse público em ter acesso a essa informação. O papel do pedido de 'supressão dessa informação' desempenha na vida pública também deve ser relevante.

Dessa forma, o Tribunal de Justiça da União Europeia abre importante precedente para que o Direito ao Esquecimento seja reconhecido pelos ordenamentos jurídicos internos, como forma de resguardar e proteger as pessoas que não querem ter dados pessoais divulgados indefinidamente.

Nesse sentido, a decisão obriga os sites de busca a desenvolverem ferramentas para evitar que determinada informação seja obtida através de seus recursos tecnológicos. O Direito novamente se adapta às novas demandas da sociedade para fins de buscar alcançar a paz social.

CONCLUSÃO

Os grandes avanços da Sociedade de Informação perpassam a vida cotidiana dos indivíduos que acabam se inserindo numa realidade que enseja o surgimento de novos direitos e a demanda por novas formas de garantir-lhes a tutela. É nessa linha de raciocínio que se apresenta o Direito ao Esquecimento, pois avulta sua importância, na medida em que permite uma reação de controle ao progresso de uma sociedade tecnológica que relega a segundo plano a subjetividade do indivíduo. O reconhecimento desse direito, portanto, exige que novas formas de abordagem do tema sejam desenvolvidas, incluindo novas técnicas e recursos tecnológicos, com vistas a tornar efetiva a tutela dos direitos da personalidade.

O fundamento do Direito de ser esquecido é a mesmo dos Direitos da Personalidade, mais especificamente no âmbito do Direito à privacidade. Convém mencionar que, de maneira mais ampla, os esses direitos se inserem dentro do princípio fundamental da Dignidade da Pessoa Humana. Entendido como expoente deste princípio e considerado um Direito Fundamental dos indivíduos, o Direito ao Esquecimento, na análise do caso concreto e do sopesamento entre os diferentes direitos envolvidos na controvérsia, terá predileção à luz do preconizado no Texto da Carta Magna. Isso não significa que seja absoluto e que não possa ser mitigado frente às circunstâncias concretas.

Para que se compreenda os fundamentos jurídicos do direito em comento, há que considerar sua relação com outros direitos. Nesse trabalho, nos detivemos sobre a relação entre Direito de ser esquecido e Direito à informação ou a relação com o Direito à memória.

Do primeiro caso, foi possível verificar que o Direito à privacidade tutela a pessoa naquilo que ela intenta não tornar público ou objetiva manter restrito da interferência alheia. Por outro lado, as informações referentes aos indivíduos que se tornam recorrentemente divulgadas, sem o devido consentimento, ensejam uma proteção do Estado e do Direito sob uma perspectiva adequada à nova realidade. Por óbvio, ser informado ou informar é direito fundamental que traz em seu bojo aspectos da vida numa sociedade democrática de extrema importância, isto é, direito à liberdade de imprensa ou a liberdade de expressão, exercícios de cidadania. Contudo, como já mencionado, tais valores não são absolutos e também podem receber menor atenção em detrimento da valorização da pessoa humana.

Outro aspecto de relevância, quando se analisa o Direito ao Esquecimento é questão da memória, mais especificamente a chamada memória coletiva ou social; pois esta desempenha papel fundamental na formação e na manutenção da identidade de qualquer sociedade. Ademais, em muitos casos, é necessária a manutenção de recordações para fins de que erros do passado não ocorram novamente. As diferentes formas de esquecimento, com funções específicas no contexto da vida em sociedade, tais como esquecimento- pacificação são necessários para fins de evolução da vida em comunidade. Por outro lado, o esquecimento-falsário e o esquecimento-recalque são formas de esquecer que devem ser combatidas e evitadas pelo Direito. O primeiro estaria relacionado às 'mentiras' e 'falsidades' que surgem para reforçar determinada ideologia. O segundo diz respeito ao esquecimento imposto pelos vencedores, no sentido de que somente esses contam sua versão e, por esse motivo, sentem-se à vontade para distorcer os fatos e relegar aos vencidos posição à margem do tempo e da história.

No caso do Direito ao Esquecimento no contexto brasileiro, foi possível perceber que, embora o assunto já estivesse sendo discutido em outras áreas do Direito, tais como Direito Penal e Direito do Consumidor; a doutrina brasileira recentemente tem se empenhado em tratar da matéria, com vistas a abarcar uma nova face das controvérsias jurídicas que surgem no seio da sociedade contemporânea. Nessa mesma linha de raciocínio, convém reiterar da VI Jornada de Direito Civil, que apresentou orientação doutrinária, consubstanciada no enunciado 531, o qual pontuava que “ A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.

Por outro lado a jurisprudência brasileira, que também deu um passo importante em consolidar o reconhecimento do Direito ao esquecimento, através das decisões do Superior Tribunal de Justiça; por hora, parece não querer ingressar na problemática referente a controvérsias que envolvam o direito ao esquecimento no ambiente da internet. Tal constatação, contudo, não retira a grandeza das decisões na medida em que abrem caminho para que o tema seja mais bem desenvolvido e aplicado à luz do ordenamento pátrio.

Convém mencionar que a apresentação do precedente do direito comparado, o caso Google Spain SL e a Google Inc. versus Agencia Espanhola de Proteção de Dados e a M. Costeja González, permite verificar uma direção a seguir, mormente quando a lide envolver divulgação de informações pessoais constantemente

reiteradas, através da internet, sem o devido consentimento ou ainda contra a vontade da pessoa. A responsabilização dos sites de busca para fins de efetivação do direito ao esquecimento é um aspecto de grande importância para fins de que ocorra a tutela a esse direito e proteção da dignidade da pessoa humana.

Por conclusivo, tem-se a convicção de que a matéria não se esgota com os tópicos aqui apresentados. A questão jurisprudencial sequer se encontra em vias de ser pacífica, mormente pelo fato de as partes vencidas, no caso brasileiro, intentam recorrer ao Supremo Tribunal Federal. Ademais, os personagens e os valores presentes no cerne da controvérsia, para além das especificidades do caso concreto, envolvem direitos e extratos da sociedade com forte poder de influência e decisão em diferentes áreas da sociedade, sejam elas do social, do econômico, do político ou do ideológico.

REFERÊNCIAS

BARROSO. Luís Roberto. Colisão entre Liberdade De Expressão e Direitos Da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente Adequada do Código Civil e da Lei De Imprensa. Revista de Direito Privado, vol. 18, p. 105 , abr 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 1989.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF:Senado Federal, 1988. In Vade Mecum Saraiva, 2014.

BRASIL. Lei No 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. In Vade Mecum Saraiva, 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 1.334.097- RJ. Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 28 maio 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1239004&num_registro=201201449107&data=20130910&formato=PDF>. Acesso em: 02 set. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 1.335.153- RJ. Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 28 maio 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1237428&num_registro=201100574280&data=20130910&formato=PDF>. Acesso em: 02 set. 2014.

CASTELLANO. Pere Simón. The right to be forgotten under European Law: a Constitutional debate. Lex Electronica, vol. 16.1, 2012. Disponível em: <http://www.lex-electronica.org/docs/articles_300.pdf>. Acesso em: 02 nov 2014.

CRUZ. Marco Aurélio Rodrigues da Cunha. O Direito ao Esquecimento na Internet e o Superior Tribunal de Justiça. Revista de Direito das Comunicações | vol. 7/2014 | p. 335 | Jan / 2014 | DTR\2014\8229.

DE LIMA. Cíntia Rosa Pereira. Direito Ao Esquecimento e Internet: O fundamento legal no direito comunitário europeu, no direito italiano e no direito brasileiro. Revista dos Tribunais, vol. 946, 2014, p. 77.

DE MELO. Patrícia Bandeira. Um passeio pela História da Imprensa: O espaço público dos grunhidos ao ciberespaço. Revista Comunicação & informação, da Faculdade de Comunicação e Biblioteconomia da Universidade Federal de Goiás, V. 8, n. 1, (jan./ jun. 2005).

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão- 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 06 nov 2014.

Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>>. Acesso em: 06 nov 2014.

Diretiva Europeia 95/46. Disponível em: < <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31995L0046&rid=1>>. Acesso em: 07 nov 2014.

DOTTI, René Ariel. Proteção da vida privada e Liberdade de informação: possibilidades e limites. RT : São Paulo, 1980.

HOBOKEN, Joris VAN - The Proposed Right to be Forgotten Seen from the Perspective of Our Right to Remember, Freedom of Expression Safeguards in a Converging Information Environment, June 2013, Amsterdam. Disponível em <http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload_documents/VanHoboken_RightTo%20Be%20Forgotten_Manuscript_2013.pdf>. Acesso em: 05 out 2014.

IV Jornada de Direito Civil. Organização: Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr.. Brasília: CJF, 2007. 2 V. Disponível em: <<http://columbo2.cjf.jus.br/portal/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=2016>>. Acesso em: 19 out 2014.

JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues. Brasil debate direito ao esquecimento desde 1990. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-27/direito-comparado-brasil-debate-direito-esquecimento-1990#author>>. Acesso em: 28 set 2014.

LIMBERGER. Têmis. As Informações Armazenadas pela Instituição Bancária e o Direito à Intimidade do Cliente. Revista de Direito do Consumidor . vol. 43, 2002.

MENEGUETI. Pamela Gabrielle. Os Mecanismos de Busca na Web e as colisões entre o direito à informação e os direitos da personalidade. Dissertação de Mestrado. 2014. PUC.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 27. ed. Atlas: São Paulo, 2011.

O KHOURI, Paulo R. O direito ao esquecimento na sociedade de informação e o Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil. Revista de Direito do Consumidor, v. 89.

OST, François. O Tempo do Direito. Bauru : EDUSC, 2005.

PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional. 2. ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2007.

PIRES. Mixilini Chemin; FREITAS. Riva Sobrado de. O Direito à Memória e o Direito ao Esquecimento: O Tempo como Paradigma de Proteção à Dignidade da Pessoa

Humana. Unoesc International Legal Seminar, Chapecó, v. 2, n. 1, 2013. Disponível em: < <http://editora.unoesc.edu.br/index.php/uils/article/view/3994/2141> >. Acesso: 03 OUT 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 5.ed. rev. e atual. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2007.

SCHEREIBER, Anderson. Direitos da Personalidade. 2.ed. Atlas: Rio de Janeiro: 2013.

TARTUCE. Flávio. Manual de Direito Civil. Editora Método: São Paulo, 2014.

VI Jornada de Direito Civil, [11-12 de março de 2013, Brasília]. Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, Brasília, 2013. p. 180. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/VIJornadadireitocivil2013%20web.pdf>>. Acesso em: 21 out 2014.

VIEIRA, Tatiana Malta. O Direito à Privacidade na Sociedade de Informação. Efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação. Dissertação de Mestrado. UNB, 2007.