



# DIREITO AO ESQUECIMENTO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO: ENTRE A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E A CIVILIZAÇÃO DO ESPETÁCULO

JAQUELAINE SOUZA MEDEIROS

*O direito ao esquecimento no sistema jurídico brasileiro diante da sociedade da informação e da civilização do espetáculo*

Jaqueline Souza Medeiros

**Direito ao esquecimento no sistema jurídico brasileiro: entre a sociedade da  
informação e a civilização do espetáculo**

1ªed.

Piracanjuba  
Editora Conhecimento Livre  
2019

1ªed.

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**

M488d Medeiros, Jaquelaine Souza

Direito ao esquecimento no sistema jurídico brasileiro: entre a sociedade da informação e a civilização do espetáculo. / Jaquelaine Souza Medeiros. -- Piracanjuba: Conhecimento Livre, 2019.

53 f.: il.

Formato PDF

ISBN: 978-65-80226-05-4

Modo de acesso: World Wide Web

Inclui bibliografia

1. Direito. 2. Dignidade da Pessoa Humana. 3. Direitos da Personalidade. 4. Precedentes. I. II. Título.

CDU: 342

# Dedicatória

*Eu dedico este trabalho primeiramente à Deus, eterno norte; a mim, pela persistência diante dos obstáculos e pelos sacrifícios feitos (livros, dança, cantoria, cinema, séries, passeios, desenho etc.); aos meus pais Valterson José Medeiros e Maria Souza Medeiros, meus grandes exemplos; às minhas irmãs Janáina Souza Medeiros e Maráina Souza Medeiros, minhas parceiras; à meu amado Sérgio Victor Lima Souza; ao meu orientador Msc. Rodrigo Pereira Moreira, pelos ensinamentos; às minhas amigas Daniella Domingues Santos, Karine Pereira Oliveira, Letícia Gomes da Silva e Vagna Leila Silva; aos meus chefes/instrutores Patrícia Raposo Moreira, Arthur Henrique Gomes, Dr. Vinícius Caldas de Gama e Abreu, a todos os meus professores que me instruíram desde a minha trajetória escolar até a tão sonhada graduação e, a todos os meus colegas de trabalho e de graduação.*

# Agradecimento

*Eu agradeço primeiramente à Deus por ter me conduzido até onde estou hoje.*

*A meu pai, pelo exemplo de caráter, empenho, valores, princípios e respeito as diferenças.*

*A minha mãe, pelo exemplo de humildade, compaixão e transcendência.*

*A minha irmã Janaína, pelo exemplo de persistência e força.*

*A minha irmã Maraina, pelo exemplo de dedicação e foco.*

*Ao meu namorado, melhor amigo e companheiro, aquele que sorrateiramente furtou meu coração, me enche de sonhos a cada dia, e que com amor e paciência soube me incentivar na elaboração desse trabalho e compreender meu desgaste mental, físico e emocional diante da rotina de trabalho, família e graduação. E por fim, me mostrando que é possível amar um anjo.*

*A meu orientador Msc. Rodrigo Pereira Moreira, pelo exemplo de dedicação e conhecimento, pelos conselhos extraordinários que transcendem a graduação rumo à uma futura pós-graduação.*

*Ao professor Msc. Deive Bernardes da Silva, o percussor deste trabalho.*

*As minhas amigas Daniella, Karine e Letícia por fazerem parte da minha vida, por compartilharem todos os momentos comigo e pelo apoio sincero e desinteressado.*

*A banca examinadora, pela presença honrosa e digna dos avaliadores deste trabalho.*

# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>1. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E NA CIVILIZAÇÃO DO ESPETÁCULO ..</b>	<b>11</b>
1.1. A Sociedade da Informação e a Civilização do Espetáculo.....	12
1.2. Os Direitos Fundamentais e os Direitos da Personalidade.....	17
1.2.1. Direitos Comunicativos .....	20
1.2.2. Direito à Honra .....	23
1.2.3. Direito à Imagem .....	24
1.2.4. Direito à Privacidade.....	26
<b>2. A CONSTRUÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO.....</b>	<b>31</b>
2.1. A Origem e os Campos de Incidência do Direito ao Esquecimento.....	33
2.2. Conceito e Particularidades do Direito ao Esquecimento.....	38
2.2.1 Fundamentação no Sistema Jurídico Brasileiro.....	41
2.3. Colisão entre o Direito à Informação e o Direito ao Esquecimento.....	44
2.3.1. A máxima da proporcionalidade de Robert Alexy .....	45
<b>3. TEORIA DOS PRECEDENTES E DIREITO AO ESQUECIMENTO.....</b>	<b>51</b>
3.1. Teoria dos Precedentes e o Reconhecimento do Direito ao Esquecimento na Jurisprudência .....	51
3.2. Recurso Especial nº 1.334.097/RJ - Chacina da Candelária.....	56
3.2.1. A <i>Ratio Decidendi</i> e a Formação do Precedente .....	60
3.3. Recurso Especial nº 1.316.921/RJ - Xuxa <i>versus</i> Google .....	61
3.3.1. A <i>Ratio Decidendi</i> , a Formação do Precedente e a Lei nº 12.965/2014 – Marco Civil da Internet .....	67
3.4. Recurso Especial nº 1.660.168/RJ .....	70
3.4.1. A <i>Ratio Decidendi</i> e a Formação do Precedente .....	73
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>73</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>77</b>

# Apresentação

---

A sociedade contemporânea apresenta duas características importantes, quais sejam: a proliferação informativa com o desenvolvimento das tecnologias informáticas e da interligação de redes, principalmente com o advento da Internet e; a transformação da informação em espetáculo. Nesse contexto, surge o direito ao esquecimento, um direito da personalidade autônomo, originário da ideia de privacidade, fundamentado em outros direitos da personalidade e no princípio da dignidade da pessoa humana. Frente a sociedade da informação e a civilização do espetáculo evidencia-se a colisão de interesses constitucionais, como sendo os direitos comunicativos e o direito ao esquecimento. Diante disso, torna-se crucial investigar o posicionamento do sistema jurídico brasileiro diante da colisão destes interesses de mesma hierarquia. Para isso, objetiva-se demonstrar o posicionamento adotado no Brasil por meio da análise da doutrina nacional e comparada, institutos legais e principalmente precedentes. Essa análise permeia pelas noções de direitos fundamentais e direitos da personalidade na sociedade da informação e na civilização do espetáculo e, posteriormente, pela explanação da construção do direito ao esquecimento e dos métodos de colisão de direitos. Por fim, demonstra-se o direito ao esquecimento nos precedentes brasileiros interligando com a Lei do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014). Para tanto utiliza-se o método dedutivo e, subsidiariamente o método indutivo na análise de precedentes e da lei supracitada. A primeira parte é organizada utilizando-se a pesquisa bibliográfica sobre os direitos fundamentais, os direitos da personalidade, a sociedade da informação, a civilização do espetáculo, o direito ao esquecimento e a colisão de direitos. A segunda parte dá-se pela pesquisa documental com a análise de dois precedentes do Superior Tribunal de Justiça e da lei supracitada. Da análise do Recurso Especial nº 1.334.097/RJ, da doutrina nacional e de alguns institutos legais firma-se o reconhecimento do direito ao esquecimento no Brasil como decorrente de direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana. Por outro lado, com a análise do Recurso Especial nº 1.316.921/RJ da mesma Corte firma-se também o não reconhecimento do direito ao esquecimento em relação à Internet. Tais posicionamentos divergentes rogam pela uniformização jurisprudencial e, portanto, inclina-se pela superação do último precedente em razão do reconhecimento do direito ao esquecimento no direito comparado e pelo advento da Lei nº 12.965/2014.

## INTRODUÇÃO

A presente monografia versa sobre a colisão de direitos fundamentais na sociedade da informação e na civilização do espetáculo, em específico, o direito à informação e os direitos da personalidade, ou seja, um conflito aparente de interesses constitucionais na sociedade atual de proliferação informativa e de ascensão da Internet. A globalização e a tecnologia trouxeram à essa sociedade um acesso amplo e ilimitado de conhecimentos. O espaço privado é ameaçado pela falta de controle na exposição de informações, contribuída inclusive pela internet, que oportuniza a circulação de dados de forma rápida e sem limites.

Nesse contexto, surge o direito ao esquecimento, como um direito da personalidade que resgata a ideia de privacidade e identidade pessoal, fundamentando-se em outros direitos da personalidade e na dignidade da pessoa humana. A discussão atual sobre o antigo conflito entre a esfera pública e privada foi levantada perante a repercussão geral desse novo direito em face da sociedade da informação e a civilização do espetáculo, a qual se verifica uma progressiva eliminação da separação anteriormente existente entre essas esferas.

Faz-se necessário evidenciar qual o posicionamento do sistema jurídico brasileiro frente ao embate entre os direitos comunicativos e o direito ao esquecimento, ou seja, demonstrar a resolução adotada no Brasil diante do conflito entre direitos de mesma hierarquia. Provisoriamente, deduz-se duas conjecturas. A primeira concebe o reconhecimento do direito ao esquecimento como decorrente dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana. A segunda defende o não reconhecimento do direito ao esquecimento em razão do dever de memória e da preservação dos direitos comunicativos.

Para tanto, tencionou-se demonstrar o posicionamento adotado pelo sistema jurídico brasileiro diante da colisão entre os direitos comunicativos e o direito ao esquecimento, por meio da análise de doutrina, de institutos legais e dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Com o fim de atingir tal feito, elencou-se as seguintes metas específicas: (i) expor noções de direitos fundamentais, direitos da personalidade, sociedade da informação e civilização do espetáculo; (ii) explanar a construção do direito ao esquecimento e sua colisão com os direitos comunicativos e; (iii) por fim, analisar precedentes do Superior Tribunal de Justiça e a Lei nº 12.965/2014 sobre o direito ao esquecimento.

O primeiro capítulo aborda os direitos fundamentais e os direitos da personalidade na sociedade da informação e na civilização do espetáculo. Inicia-se com uma breve exposição sobre a invasão da esfera pública pela esfera privada e sua consequente ameaça ao direito à privacidade. Posteriormente, expõe-se a atual formação social, qual seja, a sociedade da informação, firmada pela proliferação informativa, e sua concludente transformação em civilização do espetáculo. Doravante, analisou, de forma geral, os aspectos dos direitos fundamentais e direitos da personalidade e, por conseguinte, os direitos comunicativos e o direito à honra, a imagem e a privacidade.

O segundo capítulo versa sobre a construção do direito ao esquecimento no contexto da sociedade da informação e da civilização do espetáculo. Principia-se com um breve relato sobre o direito ao esquecimento, adentrando em sua origem e seus campos de incidência. Após, explica-se a conceituação desse direito e suas particularidades mais relevantes, incluindo a sua fundamentação no sistema jurídico brasileiro. Arremata-se as considerações inerentes ao capítulo com a explanação da colisão entre o direito à informação e o direito ao esquecimento, contando com a máxima da proporcionalidade de Robert

Alexy como forma de solucionar o conflito aludido.

O terceiro capítulo analisa a teoria dos precedentes e o direito ao esquecimento. Inicialmente, aborda-se brevemente a teoria dos precedentes, com seus pontos principais. Em seguida, avança-se à análise de dois precedentes do Superior Tribunal de Justiça, quais sejam, o Recurso Especial nº 1.334.097/RJ, Recurso Especial nº 1.316.921/RJ e o Recurso Especial nº 1.660.168/RJ, realizando o delineamento dos fatos e do contraditório, a exposição da fundamentação jurídica da decisão e da *ratio decidendi* e a formação do precedente de cada recurso.

O primeiro contato com o tema abordado se deu através consultas dos informativos do Superior Tribunal de Justiça. Esse tema foi escolhido, porque trata-se de um assunto antigo, mas que ganhou uma repercussão estrondosa com a sociedade da informação, a civilização do espetáculo e o advento da Internet. O percurso percorrido iniciou-se com acesso aos informativos acima mencionados, posteriormente com a aquisição de doutrinas indicadas por artigos, monografias e teses pesquisadas, culminando no acesso aos periódicos recentes sobre o assunto.

O marco teórico fundamenta-se com base nas ideias expostas nas seguintes obras: (i) Direito ao esquecimento: a proteção da memória individual na sociedade da

informação de Pablo Dominguez Martinez; (ii) O tempo do direito de François Ost; (iii) Sociedade em rede de Manuel Castells e; (iv) Civilização do Espetáculo de Vargas Llosa. Essa monografia contou com a pesquisa bibliográfica, através do estudo de doutrinas, artigos, monografias, teses, e periódicos, bem como, com a pesquisa documental, por meio da análise de precedentes do Superior Tribunal de Justiça e da Lei nº 12.965/2014.

Teve-se como objeto o direito ao esquecimento no sistema jurídico brasileiro diante da sociedade da informação e da civilização do espetáculo. A viabilidade está presente em sua repercussão nacional e internacional e no grande acervo bibliográfico disponível. Seu procedimento foi qualitativo e seu conhecimento teve cunho interdisciplinar, envolvendo o Direito Constitucional, Direito Civil, Direito Penal, Filosofia do Direito e Sociologia. O método utilizado para abordar o direito ao esquecimento na sociedade da informação e na civilização do espetáculo foi o dedutivo e, diametralmente de forma dialética, adotou-se o método indutivo para análise dos precedentes e da Lei nº 12.965/2014.

O interesse pelo tema em questão parte da crescente demanda judicial, no Brasil e no mundo, para solucionar a colisão dos direitos comunicativos com o direito ao esquecimento. É válido empreender

estudos para construir critérios de solução ao presente conflito, sem que haja supressão total de um dos direitos fundamentais. O trabalho é importante, uma vez que pretende evidenciar a necessidade de proteção aos direitos individuais em face a proliferação informativa e as possibilidades tecnológicas, bem como influenciar estudos acerca dos impactos causados pela internet e pelos meios de comunicação de massa na esfera privada e no livre desenvolvimento da personalidade.

Por fim, esse trabalho se justifica no meio social em razão da internet. Isso porque, com o crescente uso da rede mundial de computadores ficou ainda mais viável o exercício dos direitos comunicativos, na qual notícias e informações são imortalizadas e compartilhadas sem limites, mas que atinge a privacidade da pessoa envolvida em eventos de interesse público, causando-lhe sofrimento ou transtornos. Percebe-se a necessidade de se ter uma solução desse conflito de interesses, pois é de inegável importância para as instituições democráticas e para o livre desenvolvimento da personalidade.

## 1. Os direitos fundamentais e os direitos da personalidade na sociedade da informação e na civilização do espetáculo

Sabe-se que os domínios do público e do privado sempre foram limitados por uma divisão sacrossanta existente entre eles. Com o passar do tempo essa divisão foi rompida para introduzir os indivíduos numa sociedade confessional, na qual seus segredos não são revelados apenas à Deus, aos seus mensageiros ou aos seus plenipotenciários terrestres, e sim, expostos em praças públicas, antes destinadas aos assuntos de importância, inquietação e urgência comuns. A crescente necessidade de se tutelar a privacidade advém da transformação desse bem jurídico em objeto de valor mercantil, ao ponto das pessoas não se importarem com a progressiva exposição de sua intimidade e seus dados pessoais.<sup>1</sup>

Bauman acrescenta que os riscos mortais à privacidade e a autonomia, provocados pela grande passagem ao espaço público aos temas privados, e sua consequente transformação em entretenimento, não repercutem muito ou nada na programação

e foco público.<sup>2</sup> A invasão conduzida pela privacidade na arena pública rompeu o liame sagrado que restringia as esferas pública e privada. Isso marcou a vitória da privacidade sobre a arena pública, mas também a ruína de sua autonomia e pressupostos essenciais anteriormente defendidos com veemência.

Essa vitória dos direitos individuais sobre o Leviatã conduz a esperados ímpetus mortais à privacidade e à autonomia individual, pois o Estado deixa de exercer o controle na vida do indivíduo e de se importar com o rumo em que a abertura do espaço público aos interesses privados pode provocar. Doravante, a privacidade é mercantilizada como meio de diversão, por conseguinte tudo ao seu respeito transforma-se em espetáculo. Assim, os direitos individuais perdem o *status* de valores mais ambicionados pelo indivíduo. A privacidade decai quando não é mais vista como direito fundamental e agrava-se com o surgimento de novas possibilidades tecnológicas. Stefano Rodotà ressalta que essa proliferação tecnológica nem sempre é manipulada adequadamente pelas autoridades nacionais e internacionais, levando a grande importância da proteção aos dados, em defesa da privacidade e liberdade dos indivíduos. Essa privacidade

<sup>1</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Danos colaterais: desigualdades sociais numa era global.** Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

<sup>2</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Danos colaterais: desigualdades sociais numa era global.** Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

era conceituada fragilmente como o “direito de ser deixado só” por Warren e Brandeis, mas ela é mais abrangente que isso, pois atinge até a possibilidade de cada indivíduo controlar o uso das informações disponíveis.<sup>3</sup>

As possibilidades tecnológicas proporcionaram grande acesso à informação, mas pouco controle no seu uso, deixando até as instituições públicas internas e externas incapazes de conter todo esse aparato tecnológico e suas novas formas de coleta e de tratamento da informação. Nessa era informativa e tecnológica surge a sociedade da informação e os desafios para se tutelar a privacidade, principalmente quando a informação é usada para entreter a população, transformando assim, essa sociedade em civilização do espetáculo, como será analisado adiante.

### 1.1. A Sociedade da Informação e a Civilização do Espetáculo

A sociedade contemporânea é caracterizada pela globalização, pela massificação da informação, pelas inúmeras possibilidades tecnológicas e pelas variadas formas de conexão e compartilhamento de dados entre pessoas, independentemente do tempo e do lugar

<sup>3</sup> RODOTÁ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje**. Org. Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

em que se encontram. Manuel Castells menciona que após o fim da Era Cristã, a base da sociedade construiu-se através das novas tecnologias centradas na informação, sendo modelada pelos eventos que repercutiam nessa época. Há um novo sistema de comunicação de informações (sons, imagens, vídeos, etc.) em linguagem comum digital, gerando uma integração universal e personificada conforme afinidade e humores dos indivíduos.<sup>4</sup>

Essas novas tecnologias de informação integram tudo e todos de forma mundial e em redes. O ponto central dessa sociedade é a informação. Castells adiciona ainda que “as redes interativas de computadores estão crescendo exponencialmente, criando novas formas e canais de comunicação, moldando a vida e, ao mesmo tempo, sendo moldadas por ela.”<sup>5</sup> A rede mundial de computadores é construída pela sociedade. O indivíduo modula a internet por meio da integração mundial e da influência de cada cultura e sociedade, mas também é influenciado pela própria tecnologia que construiu, principalmente pelas suas redes sociais (Facebook, Youtube, Instagram, Twitter e etc.).

Jacques Delors, Presidente da Comissão Europeia, em 1993, define pela primeira

<sup>4</sup> CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Trad. Roneide Venancio Majer. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

<sup>5</sup> CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Trad. Roneide Venancio Majer. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005, p. 39-40.

vez como sociedade da informação, o crescente uso da tecnologia de informação na economia, nos serviços públicos e na qualidade de vida do cidadão. Tatiana Malta afirma que “a expressão sociedade da 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”.<sup>6</sup>

Insta salientar que a comunicação da informação sempre foi uma necessidade humana, que foi ainda mais possibilitada pelas tecnologias (o jornal, o telefone, o rádio, a televisão), e, por conseguinte, impactando a economia, as formas e relações de trabalho, a cultura e a organização social. A novidade apresentada por essa sociedade pós-industrial não é a informação em si, mas a sua codificação e transformação pelo computador e pelas redes de comunicação. A sociedade na era da informação é centrada na rede.

De acordo com Manuel Castells, a rede com suas interconexões permitiu o desenvolvimento de fluxos financeiros mundiais e seus mercados de bolsas de valores, a realização de conselhos

nacionais, os meios para lavagem de dinheiro, as formações criminosas, o crescimento do tráfico de drogas, os sistemas de televisão e etc. Essas tecnologias da informação formam as sociedades da atualidade na velocidade da luz.<sup>7</sup>

A sociedade da informação é uma nova formação política, social e econômica firmada por relações em rede, centrada na coleta, seleção, triagem e distribuição de dados por meio das tecnologias da informação. Os processos e funções essenciais em sociedade permanecem em constante e rápida transformação. E com o advento da internet e o seu crescente uso tornou-se ainda mais viável o exercício das liberdades atinentes ao tratamento da informação e aos modos de expressão, possibilitando ainda a imortalização e o compartilhamento de notícias e dados diversos sem limites de tempo e espaço.

A internet, como tecnologia ousada demais, não se originou por organizações lucrativas, sendo elaborada como uma tecnologia da informação livre, de alcance social, econômico e político, mas com acesso limitado, pois nem todos têm condições de usá-la, havendo assim uma condenação à marginalidade. A difusão de informações na Internet não tem controle,

<sup>6</sup> VIEIRA, Tatiana Malta. **O direito à privacidade na sociedade da informação:** efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação. 297 f. Dissertação (Mestre em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2007, p.156.

<sup>7</sup> CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede.** Trad. Roneide Venancio Majer. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

restando a educação de cada indivíduo no seu uso. Ignorar as redes não impede que as redes considerem tudo importante, mas algumas tecnologias de controle, como, senhas, cookies, autenticação, criptografia, ajudam na limitação da liberdade fornecida pela internet, minimizando os efeitos deletérios sobre privacidade.<sup>8</sup>

Por mais que a internet seja uma tecnologia da informação livre, ela não concedeu acesso disponível a todas as pessoas do mundo, independentemente de sua condição financeira, da sua cultura e do seu país. Ademais, as técnicas de controle supramencionadas contra a invasão não são capazes de conter *hackers*, *crakers* e organizações criminosas, bem como as invasões governamentais em nome da segurança nacional. A sociedade da informação, como produto da sociedade pós-industrial, objetivava a concretização das diversas formas de liberdade de expressão, mas trouxe consigo as lesões aos direitos e garantias fundamentais.

Notava-se uma grande inquietação com a construção, conservação e difusão do saber e da informação antes mesmo do advento da internet por meio das ferramentas sociais anteriores a ela, como uma necessidade de se organizar os dados produzidos e seus consequentes

resultados.<sup>9</sup> No campo jurídico, discute-se a proteção à privacidade ameaçada pela falta de controle na difusão desses dados pessoais. A respeito da livre circulação de informações e lembrando o ato final da conferência de Helsinki, Stefano Rodotá afirma que:

Ressalta-se a necessidade de escapar às tentações da censura, de evitar colocar limites à liberdade de expressão. Mas isso é verdadeiro somente em alguns casos, enquanto em outros se destaca justamente a natureza de “mercadoria” da informação que se faz circular; em outros ainda chegam a existir riscos para a identidade do sujeito, como ocorre quando se encontra em perigo a soberania de um Estado ou a privacidade de um indivíduo; e, ainda, em muitos Estados, que já criaram suas leis específicas sobre a proteção de dados, a ênfase exclusiva sobre a liberdade de circulação ameaça favorecer a difusão de “paraísos de dados”, análogos aos “paraísos fiscais”.<sup>10</sup>

A preocupação com a forma com que é disposta a informação advém das instrumentais do passado até o surgimento da rede mundial de computadores, tornando essencial a criação de leis de proteção de dados, buscando a proteção da privacidade do indivíduo, da soberania do Estado e, acima de tudo, uma regulamentação racional entre o livre

<sup>8</sup> CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade.** Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

<sup>9</sup> MARTINS, Fernando Rodrigues. Sociedade da informação e promoção à pessoa. **Revista de Direito do Consumidor.** Ano 23, vol. 96, p. 225-258 nov-dez. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

<sup>10</sup> RODOTÁ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje.** Org. Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 13-24.

acesso às informações e o sigilo dos dados pessoais.

A informação independente de seu valor (político, social, econômico) é tratada como “mercadoria”, e quando esta informação se transforma em entretenimento surge uma definição de civilização compartilhada por países ocidentais, pelo continente asiático e até o Terceiro Mundo, ou seja, surge a civilização do espetáculo presente em muitos países no mundo. Mario Vargas Llosa define a civilização do espetáculo como:

A civilização de um mundo onde o primeiro lugar na tabela de valores vigente é ocupado pelo entretenimento, onde divertir-se, escapar do tédio, é a paixão universal. Esse ideal de vida é perfeitamente legítimo, sem dúvida. Só um puritano fanático poderia reprovar os membros de uma sociedade que quisessem dar descontração, relaxamento, humor e diversão a vidas geralmente enquadradas em rotinas deprimentes e às vezes imbecilizantes. Mas transformar em valor supremo essa propensão natural a divertir-se tem consequências inesperadas: banalização da cultura, generalização da frivolidade e, no campo da informação a proliferação do jornalismo irresponsável da bisbilhotice e do escândalo.<sup>11</sup>

O espetáculo é a essência da sociedade atual. A informação usada para o divertimento não é algo errado, e sim, até mesmo essencial para fugir da rotina e do mecanicismo da vida social e profissional. Por outro lado, colocar o prazer pelo

espetáculo em primeiro lugar empobrece a cultura, propaga a futilidade, enaltece o sensacionalismo e expande a insensatez de programas midiáticos. Podemos notar isso nos programas de *reality shows* (Big Brother Brasil), nos programas sensacionalistas (Balanço Geral), nos programas de fofocas (TV Fama), bem como em sites (Globo-Ego, TV Caramuru) e revistas (O Fuxico).

Como visto alhures, a invasão da esfera privada ao espaço público conduziu a decadência e ao fim da autonomia da privacidade, por conseguinte afetando aos demais direitos da personalidade. Desse modo, temas atinentes a esfera privada são objetos para o entretenimento das pessoas na sociedade do espetáculo. Assimilando ideias marxistas, Guy Debord em oposição à essa sociedade afirma que:

O espetáculo apresenta-se ao mesmo tempo como a própria sociedade, como uma parte da sociedade e como instrumento de unificação. Como parte da sociedade, ele é expressamente o setor que concentra todo olhar e toda consciência. Pelo fato de esse setor estar separado, ele é o lugar do olhar iludido e da falsa consciência; a unificação que realiza é tão somente a linguagem oficial da separação generalizada.<sup>12</sup>

Para esta civilização, o espetáculo é sua base, sendo a parte dessa sociedade que centraliza toda a atenção e percepção. Esse setor da sociedade destinado ao espetáculo

<sup>11</sup> VARGAS LLOSA, Mario. **A civilização do espetáculo [recurso eletrônico]:** uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013, p. 22.

<sup>12</sup> DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo.** Rio de Janeiro: Contraponto, 1997, p.14.

é carregado de ilusões e inconsciência, e unifica uma divisão universalizada. Américo Bedê Junior afirma que “o novo século é marcado por essa nova necessidade, criando novas doenças, como o vício em internet, e havendo a premência de divulgação de grande parte do ambiente privado como uma forma de participar da sociedade do espetáculo.”<sup>13</sup>

A civilização do espetáculo cria novas moléstias, como o vício em internet, a invasão da privacidade do indivíduo, a extrapolação dos órgãos midiáticos, o desejo voraz por entretenimento e diversão ao custo da exploração da intimidade do próximo, tudo justificado no direito à liberdade de informação. Mais uma vez nota-se a invasão do espaço privado pelo espaço público. Mario Vargas Llosa conclui que:

Não existe forma mais eficaz de entreter e divertir do que alimentar as paixões baixas do comum dos mortais. Entre estas ocupa lugar de destaque a revelação da intimidade do próximo, sobretudo se figura pública, conhecida e prestigiada. Este é um esporte que o jornalismo de nossos dias pratica sem escrúpulos, amparado no direito à liberdade de informação. Embora existam leis a respeito e algumas vezes – raras – haja processos e sentenças judiciais que penalizam os excessos, trata-se de um costume cada vez mais generalizado, que conseguiu, de fato, fazer que em nossa época a privacidade desaparecesse, que nenhum recôndito da vida de quem quer

que ocupe a cena pública esteja livre de ser averiguado, revelado e explorado com o fim de saciar a fome voraz de entretenimento e diversão que jornais, revistas e noticiários são obrigados a levar em conta se quiserem sobreviver e não ser alijados do mercado. Ao mesmo tempo que atuam assim, em resposta a uma exigência de seu público, os órgãos de imprensa, sem quererem e saberem, contribuem mais que ninguém para consolidar essa civilização *light* que deu à frivolidade a supremacia que antes tiveram as ideias e as realizações artísticas.<sup>14</sup>

Em síntese, a sociedade da informação tem por base a informação, mas quando essa informação se transforma em espetáculo, vislumbra-se a civilização do espetáculo. A informação e o espetáculo são disseminados na sociedade de forma invasiva e descontrolada ao ponto de reduzir os direitos da personalidade, como intimidade, honra, imagem e privacidade. Por mais que esteja garantido o direito à liberdade de informação, de expressão e de pensamento, estes não são valores supremos que possam autorizar a supressão de outros direitos de índole individual, mas de mesma hierarquia fundamental daqueles.

Nesse ínterim, o direito da informação surge para deliberar os direitos e deveres em busca de regular a informação na sociedade pós-industrial ou sociedade da informação, bem como definir limites e condições ao seu uso, e proteger a pessoa e

<sup>13</sup> BEDÊ JÚNIOR, Américo. **A retórica do direito fundamental à privacidade**: a validade da prova obtida mediante filmagens nos ambientes público e privado. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 85.

<sup>14</sup> VARGAS LLOSA, Mario. **A civilização do espetáculo [recurso eletrônico]**: uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013, p. 38.

a sociedade do seu mau uso. As tecnologias da informação, como sendo, imprensa, telefone, televisão, computadores e redes, facilitaram a comunicação da informação sem restrições de espaço e tempo. O Estado e os sistemas políticos não conseguem intervir e controlar o mundo virtual, que de forma crescente invade a vida privada e contribui para novas práticas criminosas.<sup>15</sup>

Faz-mister ressaltar que a preocupação em regular o direito à informação é o meio de disciplinar a gama de informações, dados pessoais e meios de comunicação existentes na sociedade da informação e na civilização do espetáculo, a fim de evitar o total desaparecimento da privacidade, o empobrecimento da cultura, a ênfase do fútil e do sensacionalismo. Já é notável a supressão do espaço privado, mas há agora o esmagamento do espaço público, que foi invadido por possibilidades tecnológicas, por consumismo de futilidades e pelo desejo voraz por diversão acima até da privacidade.

Como ressaltava Américo Bedê, na sociedade tecnológica é fácil captar cenas da rotina das pessoas, por meio de um aparelho celular, uma câmara de segurança etc. Ocorre que essas imagens capturadas podem evidenciar a prática de ilícitos, de momentos constrangedores e até o

inadimplemento de normas da relação de trabalho.<sup>16</sup> Mais uma vez nota-se a transformação da esfera pública e da esfera privada. O recinto particular e a praça pública estão agora unidos e embaralhados. Na sociedade da informação e na civilização do espetáculo, não há um lugar em que o indivíduo esteja seguro da exposição pública, seja ao realizar uma compra, seja ao transitar em lugares cobertos de câmeras, seja ao fazer uso das redes sociais, ou até mesmo no seu recluso espaço doméstico ao utilizar a internet. Nesse contexto, surge um conflito constitucional entre direitos fundamentais e direitos da personalidade.

## 1.2. Os Direitos Fundamentais e os Direitos da Personalidade

No entendimento de Canotilho, “os direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente” e “seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta”.<sup>17</sup> Esses direitos são consagrados na Constituição de um Estado, em defesa da pessoa humana na área do direito público,

<sup>16</sup> BEDÊ JÚNIOR, Américo. **A retórica do direito fundamental à privacidade**: a validade da prova obtida mediante filmagens nos ambientes público e privado. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 87-88.

<sup>17</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. 9ª impressão. Coimbra: Almedina, 2000, p. 393.

<sup>15</sup> GONÇALVES, Maria Eduarda. **Direito da informação**. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

frente a atuação estatal. Por outro lado, os direitos da personalidade são direitos atinentes aos atributos humanos protegidos na área das relações particulares, sem impedimento de encontrarem proteção constitucional e internacional. Contudo, ambos tutelam um mesmo e único valor: a dignidade humana.<sup>18</sup>

Os direitos fundamentais são direitos do homem incorporados em uma ordem jurídica concreta, constitucionalizados e limitados pelo espaço e tempo de acordo com a necessidade social, dentro do direito público. Já os direitos da personalidade abrangem os atributos inerentes a condição humana, de natureza física, moral e jurídica, protegidos na área do direito privado, mas isso não impede sua constitucionalização e proteção em nível internacional. A distinção entre esses direitos é meramente em relação ao modo em que a personalidade humana se manifesta, pois ambos protegem a dignidade da pessoa humana.

Os direitos fundamentais se distinguem em públicos e privados, sendo os primeiros referentes as regras administrativas, pessoais ou processuais, enquanto que os segundos se referem as regras materialmente civis ou privadas.<sup>19</sup> Em

relação a proteção da personalidade, a dogmática brasileira adota um sistema misto, a qual abarca os direitos específicos da personalidade e o direito geral da personalidade, sendo este último uma forma de proteger amplamente as situações não previstas em tipos legais específicos, retirando fundamento, principalmente, no princípio da dignidade da pessoa humana.<sup>20</sup>

Têm-se que os direitos fundamentais como regras administrativas, pessoais ou processuais, são direitos públicos; como regras materialmente civis ou particulares, são direitos privados, sendo ambos consagrados na Constituição, ou seja, em uma ordem jurídica concreta. Ao passo que, a personalidade humana é tutelada no Brasil por meio dos direitos da personalidade, tipificados expressamente na Constituição e na lei civil. Já o direito geral da personalidade concebe uma tutela geral da personalidade, não se restringindo apenas aos bens da personalidade expressamente tutelados, mas também aqueles extraídos do princípio da dignidade da pessoa humana.

Os direitos fundamentais são tidos como universais, porquanto são destinados a

<sup>18</sup> SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011.

<sup>19</sup> CORDEIRO, Antônio Menezes. **Tratado de Direito Civil Português**. Rio de Janeiro: Livraria Almeida, 2004.

<sup>20</sup> MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato. Principais problemas dos direitos da personalidade e estado-da-arte da matéria no direito comparado. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato, Orgs. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012.

todas as pessoas, porém alguns desses direitos se ligam apenas a certas pessoas, como os trabalhadores. Entretanto, os direitos da personalidade serão sempre universais enquanto normas de proteção aos bens da personalidade, haja vista que basta ser pessoa para ser titular de tal direito.<sup>21</sup> Os direitos da personalidade são absolutos, porquanto se opõem a todos, com eficácia *erga omnes*, sofrendo limitações impostas por lei e outras situações tuteladas, enquanto que os direitos fundamentais não são absolutos, porque se opõem ao Estado, estabelecendo relação entre o indivíduo e o Estado.<sup>22</sup>

Tanto os direitos fundamentais quanto os direitos da personalidade são universais, sendo apenas os primeiros com restrições devido aos destinatários de tal direito. Os direitos da personalidade aplicam-se a todos, sendo assim, direitos absolutos, mas com restrições; enquanto que os direitos fundamentais também poderiam ser absolutos, mas por sua oposição ao Estado e pela possibilidade de serem restritos por

outros direitos fundamentais, são considerados direitos relativos.

Outras características inerentes tanto aos direitos fundamentais quanto aos direitos da personalidade, são sua irrenunciabilidade e sua indisponibilidade, uma vez que são insuscetíveis de renúncia ou desconsideração, bem como são impossíveis de modificação do seu titular, mas podem ser cedidos, sem alterar ou transferir sua substancialidade e sua titularidade. Têm-se também que esses direitos são imprescritíveis, porquanto não são objeto de prescrição. Além disso, os direitos fundamentais são históricos, pois somente são válidos em determinado contexto histórico, sendo proclamados, extintos e modificados no tempo.<sup>23</sup>

Nesse sentido, os direitos fundamentais e os direitos da personalidade são irrenunciáveis, indisponíveis e imprescritíveis, em razão de serem direitos inerentes ao ser humano, defendendo os interesses essenciais da pessoa em sociedade. Nota-se também que, os direitos fundamentais são frutos do contexto histórico, no qual se originam e são aplicados, podendo ser criados, eliminados

---

<sup>21</sup> MAZUR, Maurício. A dicotomia entre os direitos de personalidade e os direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato, Orgs. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012.

<sup>22</sup> MAZUR, Maurício. A dicotomia entre os direitos de personalidade e os direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato, Orgs. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012.

---

<sup>23</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015; MARTINEZ, Pablo Dominguez. **Direito ao esquecimento: a proteção da memória individual na sociedade da informação**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2014.

e transformados em determinado momento devido as condições sociais existentes.

Por fim, faz-se importante citar que a Constituição Federal brasileira, em seu art. 5º, prevê boa parte dos direitos da personalidade consagrados no Código Civil, v. g., a imagem, a honra e a privacidade, sendo, portanto, direitos fundamentais e consequências do princípio da dignidade da pessoa humana, velada no art. 1º, III, da Carta Magna. Dentre uma lista de direitos da personalidade típicos e atípicos para a proteção e promoção da pessoa, surge o direito ao esquecimento, um direito da personalidade atípico e autônomo, fundamentado na dignidade da pessoa humana, desenvolvido pela jurisprudência e doutrina, tanto no Brasil quanto no exterior, como será visto posteriormente.

### 1.2.1. Direitos Comunicativos

Nas palavras de Mazzuoli, direitos comunicativos são “o conjunto dos direitos relativos a quaisquer formas de expressão ou de recebimento de informações”. Ele acrescenta ainda que, esses direitos se referem a liberdade de toda pessoa expressar opiniões e ideias, de cunho religioso, político, social, cultural, artístico e científico, concretizados através dos meios de comunicação, de assembleias ou associações, bem como conotam-se ao

direito daqueles que sofreram o impacto dessas ideias, juízos, definições e pontos de vista.<sup>24</sup>

Os direitos comunicativos garantem a manifestação de expressão de qualquer tipo ou conteúdo pelo indivíduo em sociedade. Esses direitos e os meios de comunicações possibilitam a existência da sociedade da informação, mas não legitima a formação da civilização do espetáculo. Como já visto, os direitos comunicativos e as possibilidades tecnológicas definem a formação social e a proteção das instituições democráticas, mas também provocam o surgimento de espetáculos públicos, bem como conduzem a fragilização da tutela dos bens da personalidade.

Dentre as diversas faculdades inerentes aos direitos comunicativos, faz-se necessário dar maior ênfase a liberdade de informação, a liberdade de pensamento e a liberdade de imprensa (art. 5º, incisos IV, VI, IX, XIV e XXXIII e art. 220, da Constituição Federal). Essas liberdades representam as principais formas de manifestação da expressão diante da sociedade da informação e da civilização do espetáculo, como garantias de proteção

<sup>24</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Direitos comunicativos como direitos humanos: abrangência, limites, acesso à Internet e direito ao esquecimento. **Revista do Direito de Língua Portuguesa**. N. 6, p. 219-240. Lisboa: Instituto Direito de Língua Portuguesa, julho-dezembro, 2015, p. 220.

as instituições democráticas, ao direito de informar e ser informado, a formação histórica e cultural, ao interesse público e ao direito constitucional ao lazer, sendo este último consagrado nos artigos 6º, *caput*, 7º, inciso IV, 217, § 3º e 227 da Constituição Federal.

A liberdade de informação reflete o direito da pessoa de informar, de comunicar, de exteriorizar sua opinião, no meio particular, bem como se expressa no direito de ser informado, ou seja, um direito coletivo. Trata-se de um direito fundado no proveito da sociedade ao acesso à informação, alcançando até a área dos direitos políticos do indivíduo. A liberdade de informação compreende o direito de estar informado, a aquisição da informação (direito à informação) e o direito de comunicar a informação (direito à comunicação), mas deve sempre primar e respeitar a cidadania e a dignidade, para assegurar os demais direitos constitucionais e suprir as necessidades da pessoa humana.<sup>25</sup>

José Afonso da Silva afirma que “a *liberdade de informação* compreende a procura, o acesso, o recebimento e a difusão de informações ou ideias, por qualquer meio, e sem dependência de censura, respondendo cada qual pelos

abusos que cometer.”<sup>26</sup> Compreende-se que a liberdade de informação não alcança apenas o direito de informar, mas também o direito de ser informado. Essa necessidade de adquirir, compartilhar e receber informação surgiu-se com o advento da sociedade da informação ou sociedade pós-industrial. Esse direito não pode sofrer nenhuma forma de censura, porém deve respeitar outros direitos constitucionais.

A liberdade de pensamento assume, em primeiro momento, a forma de convicção interna, ou seja, a formação do pensamento, para depois de formada a opinião do indivíduo, como expressão dessa liberdade, o pensamento se propague na sua forma exterior. A liberdade de pensamento inclui também a liberdade de informação e a liberdade de opinião, mas estas liberdades não se confundem.<sup>27</sup> A liberdade de pensamento corresponde ao caráter exterior da liberdade de opinião. A exteriorização do pensamento pode se dar por diálogo, conferência, exposição, palestra, discurso, bem como através de correspondência pessoal e confidencial,

<sup>25</sup> GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

<sup>26</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 245.

<sup>27</sup> GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

livros, revistas, periódicos, rádio, televisão.<sup>28</sup>

Nessa linha, a liberdade de pensamento envolve dois momentos, primeiramente, a formação do pensamento no interior de cada pessoa, e, posteriormente, a manifestação do pensamento construído. Contudo, mesmo que esse pensamento envolva alguma informação ou opinião, não se trata de uma mesma liberdade, cada uma possui sua autonomia, não deixando de se relacionarem. A liberdade de pensamento exerce várias manifestações, dentre elas, a de caráter político, filosófico, pessoal e religioso. É um direito exercido por deliberação da pessoa, não sendo possível sua imposição.

A liberdade de imprensa garante a veiculação de informação pela imprensa, abarcando as informações impressas e todos os meios de divulgação e difusão de informação. Tem-se atualmente a liberdade de informar em qualquer meio jornalístico, como sendo a manifestação do pensamento de cada pessoa, por meio da comunicação, das artes gráficas, das reproduções e seus respectivos equipamentos e produtos, bem como a garantia de realização do direito coletivo ao acesso à informação. Acrescenta ainda a atividade de formar a pessoa, resgatando a filosofia da

manifestação da liberdade da pessoa na construção da personalidade. Essa liberdade é a base da sociedade democrática.<sup>29</sup>

Nesses termos, a liberdade de imprensa garante o direito de informar, de ser informado e de formar a personalidade da pessoa, ou seja, a liberdade de imprensa interliga-se com a liberdade de pensamento e a liberdade de informação. Essa liberdade é uma espécie da liberdade de expressão, em que compreende qualquer forma de expressão que possa ser veiculada por quaisquer meios de comunicação, não direcionando apenas ao caráter técnico de divulgar e receber a divulgação, alcançando até as consequências dessa divulgação, ou seja, a formação da opinião pública e do desenvolvimento da pessoa.

A liberdade de expressão tem-se como o gênero de todas as liberdades supracitadas e das demais faculdades dos direitos comunicativos. Branco aponta como limites constitucionais ou de mesma hierarquia em relação ao exercício da liberdade de expressão, como sendo: (i) o direito de resposta e a indenização por danos morais, patrimoniais e à imagem; (ii) a garantia de preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas; (iii) a restrição legal à publicidade

<sup>28</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

<sup>29</sup> GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

de bebidas alcoólicas, tabaco, medicamentos e terapias (art. 220, § 4º); (iv) o respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família; (v) a veracidade da informação e; (vi) o respeito à honra de terceiros e a dignidade pessoal.<sup>30</sup>

Diante do exposto, os direitos comunicativos são importantes para a sociedade democrática, para o exercício da liberdade de expressão e para o desenvolvimento da personalidade humana e da opinião pública, bem como para a realização do direito ao lazer. Todavia, os direitos comunicativos não são absolutos, tendo em vista que o constituinte e direitos de mesma hierarquia impuseram limites ao exercício daqueles direitos, impedindo que a liberdade de expressão seja exercida para simples curiosidade de terceiros e satisfação de institutos primários ou como mero instrumento de diversão.

### 1.2.2. Direito à Honra

O direito à honra está constitucionalmente previsto no seu artigo 5º, inciso X, ao lado do direito à intimidade, o direito à vida privada e o direito à imagem, como um direito da personalidade inviolável e considerado como direito fundamental. A honra também mereceu destaque no

Código Penal ao tipificar como crimes a injúria, calúnia e difamação (arts. 138-140, do Código Penal).

Por outro lado, o Código Civil tutela a honra no rol de direitos da personalidade e traz situações variadas de seus efeitos, como o art. 557, III (atentar contra reputação do doador), o art. 1557, I (anulação do casamento por erro essencial sobre a honra e boa fama do cônjuge) e entre outros casos. O direito à honra é definido por Godoy como:

Emanação direta da personalidade do homem, de sua condição humana mesmo, que supõe não só um elemento corpóreo, como também, ao que já visto, um componente espiritual, revelado pela dignidade que se lhe reconhece, a honra compreende, em seu significado, noções como a da autoestima, da consideração, mas também da boa fama, do bom nome, da reputação que ao indivíduo se atribui.<sup>31</sup>

A honra é um atributo da personalidade humana, que compreende os aspectos materiais e intangíveis, reconhecidos pela dignidade, abarcando questões de autoestima, bom nome, boa fama, reputação e consideração. Vasconcelos pontua que, a honra se divide em duas vertentes, a subjetiva (aspecto pessoal) e a objetiva (aspecto social). A primeira é concernente ao respeito e a consideração que a pessoa tem por si. A segunda refere-se ao respeito e a consideração que a

<sup>30</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Direitos fundamentais em espécie. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

<sup>31</sup> GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 30.

pessoa conquista ou possui para com a sociedade em que está inserida. Assim, a perda ou lesão à honra pode ocorrer em nível pessoal ou social.<sup>32</sup>

As duas vertentes da honra compreendem o respeito e a consideração que a pessoa tem de si e a sociedade tem em relação a ela. A honra, na vertente objetiva, pode ser reconhecida à pessoa jurídica, podendo até pleitear indenização moral em virtude da tutela da boa fama da pessoa jurídica, esse entendimento está consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça na súmula 227, ao declarar que a pessoa jurídica pode sofrer dano moral. O direito à honra também está previsto no Código Civil, em seu artigo 953, ao disciplinar a responsabilidade civil e a indenização por injúria, calúnia e difamação.

Schreiber ressalta que a intensa assimilação da definição de honra pelo direito penal nem sempre produziu efeitos unicamente condenatórios, haja vista que a ofensa à honra já foi arguida como excludente de responsabilidade na área criminal, por exemplo, em crimes passionais em razão de adultério. Em relação as peças de ficção e a sátira, estas não são alvos de censura por alegações de ofensa a honra, desde que não vexem a pessoa real e não haja desvirtuamento da

finalidade do periódico e do propósito da sátira. Além disso, a suspeita de práticas criminosas veiculadas pela imprensa não poderá resultar em responsabilidade desta.<sup>33</sup>

Como visto acima, a lesão à honra foi enquadrada no direito penal brasileiro nos tipos penais da injúria, difamação e calúnia, mas como sustentado por Schreiber, a ofensa à honra nem sempre produziu efeitos condenatórios, pois já foi utilizada como excludente de responsabilidade em crimes passionais. As peças de ficção e a sátira são garantidas pela liberdade artística, desde que não ofenda pessoa real e respeite os fins e propósitos de sua realização. Da mesma forma, a veiculação de suspeita de atos ilícitos pela imprensa não gera a responsabilidade desta, em razão da garantia de liberdade de imprensa e de informação.

O direito à honra é relacionado a um novo direito autônomo da personalidade, qual seja, o direito ao esquecimento. De acordo com Lima, pode-se afirmar que esse direito “decorre do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/1988), na medida em que se resguarda a honra e a boa fama do indivíduo eliminando da memória coletiva um fato que ofenda

<sup>32</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direito da personalidade**. Coimbra: Editora Almeida, 2014.

<sup>33</sup> SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011.

moralmente este indivíduo”.<sup>34</sup> O interesse do indivíduo em evitar a publicação de fatos depreciativos que deseja esquecer, excluindo da memória coletiva um evento que lesione a sua moral, interliga a noção de honra ao esquecimento.

### 1.2.3. Direito à Imagem

A imagem por muito tempo não foi considerada um direito autônomo, e sim como um simples instrumento para lesão a outros direitos da personalidade, como o direito à honra e o direito à privacidade.<sup>35</sup> Esse equívoco persistiu na redação do artigo 20 do atual Código Civil. Contudo, trata-se de um direito autônomo reconhecido como inviolável no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal. A imagem é manifestação exterior da personalidade e não depende de ofensa à honra ou à privacidade. Mas também não é um direito absoluto, sendo limitado por outros interesses constitucionais.

O artigo 20 do Código Civil só proíbe a publicação, a exposição ou a utilização da imagem da pessoa, mas não sua obtenção, que pode ser indevida, além de confundir

direito à imagem com outros direitos autônomos, sendo, direito à voz, direito autoral, direito à honra e direito à privacidade. Em seu parágrafo único, ainda concede efeitos *post-mortem* do direito à imagem do titular falecido aos parentes legitimados a requerer a proteção da imagem do falecido.

Os aspectos físicos e morais integram a imagem da pessoa, sendo que o direito à imagem não se confunde com o direito à honra. De acordo com Godoy, “a imagem, vale realçar, possui um conteúdo próprio, de identificação da pessoa. É a representação exterior e pública da pessoa, que a diferencia na comunidade”. Acrescenta ainda que, é um direito da personalidade autônomo e independente, que se diferencia dos demais quanto a disponibilidade, pois o direito à imagem pode ser cedido para fins financeiros, geralmente em prol da publicidade, não se dispondo propriamente desse direito, mas negociando os reflexos econômico-patrimoniais decorrentes da imagem.<sup>36</sup>

A honra e a imagem embora estejam juntas em algumas situações de ofensa à personalidade, são interesses distintos, e como se percebe a inviolabilidade da imagem tutela os aspectos externos da pessoa, já a inviolabilidade da honra

<sup>34</sup> LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. Direito ao esquecimento e Internet: o fundamento legal no direito comunitário europeu, no direito italiano e no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**. Vol. 103, N. 946, p. 77-109. São Paulo: Revista dos Tribunais, agosto, 2014, p. 94.

<sup>35</sup> SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011.

<sup>36</sup> GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 36-38.

protege as qualidades inerentes a pessoa humana. Como bem demonstrado, é um equívoco confundir esses interesses constitucionais. Isso é confirmado por José Afonso da Silva ao afirmar que, “a inviolabilidade da imagem da pessoa consiste na tutela do aspecto físico.”<sup>37</sup>

O direito de não veicular a imagem alheia, independe da pessoa alvo da divulgação ser famosa ou não, assim como do lugar da captação ser público ou não. A fama é apenas levada em consideração quando outro interesse constitucional, como a liberdade de informação, entra em atrito com o direito à imagem. Um ponto preocupante é quando se publica a imagem na internet, pois o seu dano é comumente irreparável, bem como essa nova tecnologia torna a imagem, a privacidade e intimidade das pessoas bastante vulneráveis, isso sem ter autorização da pessoa envolvida.<sup>38</sup>

Frisa-se, não há que se prosperar o equívoco entre o direito à honra e o direito à imagem. Há que se ressaltar que aspectos como, ser uma pessoa famosa, não tolhe seu direito à imagem, desde que não impeça a consumação de outros direitos, como a liberdade de informação. A captação de imagens ou vídeos em lugar

público não garante um salvo-conduto para sua publicação desautorizada e, muito menos suprimir o direito à imagem de cada pessoa.

Martinez arremata que “o direito de imagem objetiva a proteção da dimensão moral das pessoas, atribuindo ao seu titular o direito a determinar a informação gerada pelos seus caracteres físicos pessoais”.<sup>39</sup> É visível a ligação direta entre o direito à imagem e o direito ao esquecimento, novo direito autônomo da personalidade, tendo em vista que uma pessoa tendo sua imagem captada, com ou sem sua autorização, se achando lesada e respeitando alguns requisitos, pode requerer a interrupção dessa exposição, eliminando da memória coletiva e até mesmo da individual, a lembrança depreciativa representada por uma imagem sua captada.

#### 1.2.4. Direito à Privacidade

Além da honra e da imagem, a Constituição brasileira afirmou também como invioláveis, em seu artigo 5º, inciso X, a intimidade e a vida privada. A menção separada de intimidade e vida privada trata-se de uma distinção doutrinária. A privacidade condiz aos atos e eventos

<sup>37</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 209.

<sup>38</sup> SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011.

<sup>39</sup> MARTINEZ, Pablo Dominguez. **Direito ao esquecimento**: a proteção da memória individual na sociedade da informação. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2014, p. 42.

referentes as relações pessoais, mercantis e laborais que a pessoa não deseja que se tornem públicos, enquanto que a intimidade se alude as conversas e acontecimentos ainda mais íntimos do que os privados, compreendendo relacionamentos de família e amizades mais conexas.<sup>40</sup>

A Constituição Federal erigiu a honra, a imagem, a vida privada e a intimidade como invioláveis no rol dos direitos fundamentais, elevando esses direitos da personalidade ao nível constitucional. Em relação a privacidade e a intimidade, compreende-se que, entre esses direitos fundamentais, existe uma relação de gênero e espécie. Assim, a tutela da privacidade e da intimidade é garantida, protegendo as relações pessoais em geral, comerciais, profissionais, familiares e de amizades íntimas.

A privacidade mereceu também proteção em nível internacional pelo artigo 12 da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, *in verbis*: “ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou

ataques”. A Constituição Federal acompanhou a evolução do instituto da privacidade, abarcando a intimidade em seu bojo, ao passo que o Código Civil, em seu artigo 21, concedeu uma abordagem singela, indiferente e restrita a vida privada.

Opta-se nesse trabalho pela utilização do termo *privacidade* como gênero, compreendendo a vida privada e a intimidade. A respeito desse termo, Doneda entende que, é considerado mais “adequado, justamente para unificar os valores expressos pelos termos intimidade e vida privada”.<sup>41</sup> Lembrando que, o direito à privacidade abarca a vida privada do ser humano de forma geral, enquanto que o direito à intimidade tutela mais especificamente a vida privada do indivíduo dentro do seu círculo fechado de relações (família e amigos). Além disso, nota-se que, nenhum dos institutos legais supracitados se preocupou em conceituar a privacidade.

O *Big Brother Brasil*, um *reality show* brasileiro, inspirado na obra *Big Brother* de George Orwell de 1984, tornou a expressão de vigilância desse autor em um programa de entretenimento espalhado em todo mundo, em que a supressão da privacidade resulta da vontade expressa de seus

<sup>40</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Direitos fundamentais em espécie. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

<sup>41</sup> DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 112.

participantes, e não de um ato ditatorial imaginado por Orwell, no qual nem as ideias e sonhos das pessoas escapavam da vigília do ditador. Essa visão de Orwell era amedrontadora ao público, em razão dos regimes autoritários europeus experimentados. Mas décadas após, se transformou num programa de sucesso, devido a seus telespectadores não verem problema em observar a intimidade alheia por algumas horas.<sup>42</sup>

Como visto anteriormente, esse programa é um dos símbolos da civilização do espetáculo, bem como ignora o alerta futuro de Orwell para o enfraquecimento da privacidade. Nesse sentido, é difícil entender como é possível a veiculação das imagens dos participantes nesse programa de televisão, tendo em vista que a Constituição Federal e a lei civil declararam invioláveis a vida privada e a intimidade, impedindo também sua limitação voluntária (artigo 11 do Código Civil). Mas a vontade do participante em limitar sua privacidade, por certo tempo e sob determinadas condições, é legítima, por ser uma decisão personalíssima.

No entendimento de Schreiber, é fácil criticar esses tipos de programas, por difundir a cultura da revelação da intimidade dos seus integrantes, alcançado até a nudez. Contudo, “difícil é não correr

o risco de ser elitista e antidemocrático ao condenar uma modalidade de entretenimento que bate todos os recordes de audiência”.<sup>43</sup> Em razão disso, caberá ao Direito apenas controlar tais práticas, sem violar a escolha personalíssima, pois a Constituição Federal também assegurou a liberdade de expressão, a liberdade artística e a liberdade de imprensa, por mais que tais programas representem a banalização de valores e princípios da personalidade humana.

A privacidade pode sofrer algumas restrições, desde que não lesione a dignidade humana. Branco afirma que, limita-se a privacidade se: (i) existir consentimento do indivíduo, podendo em certos casos ser tácito; (ii) houver relevância pública na informação que expõe o indivíduo; (iii) não destinar para mera curiosidade ociosa do público e; (iv) a informação for útil a orientação do indivíduo na sociedade. Lado outro, acrescenta que prevalece a privacidade, se o interesse público não atingir fatos desvinculados do papel social da pessoa pública, bem como no caso de a celebridade deixar de atrair notoriedade.<sup>44</sup>

<sup>42</sup> SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011.

<sup>43</sup> SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 177.

<sup>44</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Direitos Fundamentais em espécie**. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

A privacidade nem sempre prevalecerá, pois quando existir o consentimento da pessoa, relevância pública, utilidade da informação e esta não ser usada para o divertimento fútil, prima-se pela preservação dos direitos comunicativos. Porém, nos casos do fato veiculado não condizer com a função social da pessoa pública ou referir-se à celebridade que não mais possui notoriedade, deve-se mitigar a liberdade de expressão e proteger a intimidade e a vida privada das pessoas envolvidas.

Por mais que a privacidade tenha sua proteção, esta é limitada segundo o nível de fama do indivíduo e o alcance da invasão da esfera privada com divulgação. Entretanto, a premissa que afirma ser despojada de intimidade e vida privada a pessoa famosa ou pública é errônea, pois o tolhimento total da privacidade não é autorizado em razão da pessoa ser famosa ou pública. Nesse contexto, a civilização do espetáculo, como bem defende Américo Bedê Junior, não constitui “uma licença para publicar de qualquer modo qualquer notícia sobre a vida íntima de uma celebridade. É mais do que necessária uma análise do conteúdo da publicação para verificar a sua compatibilidade ou não com a Constituição”.<sup>45</sup>

<sup>45</sup> BEDÊ JÚNIOR, Américo. **A retórica do direito fundamental à privacidade**: a validade da prova obtida mediante filmagens nos ambientes

Por outro lado, Pierre Kayser alerta sobre o armazenamento de informações em bancos de dados computadorizados, pois impulsiona a necessidade de proteção redobrada da privacidade quanto a forma de aquisição, divulgação e o tratamento dessas informações, principalmente quando afrontadas com outros bancos de dados.<sup>46</sup> Como exemplo, têm-se o cadastro de consumidores, previsto no artigo 43 da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), que proíbe a divulgação de informações guardadas que embarcem o acesso ao crédito uma vez concretizada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor (§5º), vislumbrando uma das possibilidades do direito ao esquecimento.

Assim, nessa era informativa, surge o direito ao esquecimento, um direito da personalidade atípico, que assume inúmeras facetas, compreendendo o direito à privacidade, o direito à honra, o direito à imagem e até o direito à identidade pessoal, objetivando preservar a esfera privada do indivíduo diante das invasões disseminadas pelos meios de comunicação e pela Internet. Anderson Schreiber arremata que:

público e privado. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 173.

<sup>46</sup> KAYSER, Pierre, 1995 *apud* GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

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 um lado, é certo que o público tem direito a relembrar 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.<sup>47</sup>

Nesse contexto social, torna-se quase impossível aplicar o direito ao esquecimento na internet, pois ao contrário dos jornais e das revistas que se desgastam com o passar do tempo, a internet permanece intacta e mais incrementada. Informações passadas são revistas com o mesmo rigor de detalhes que as informações presentes, impulsionando um conflito de interesses constitucionais. De um lado, têm-se o interesse público em recordar eventos passados. De outro, tem-se o direito da pessoa de não ser perseguida, no decorrer de sua vida, por fatos passados, objetivando a proteção dos direitos da personalidade que influem no direito ao esquecimento.

Martinez afirma que, o direito ao esquecimento não é uma consequência da privacidade, mas, em razão do seu caráter inerente de proteção da dignidade humana, com o seu reconhecimento pode atingir qualquer outro direito da personalidade,

pois tutelaria e alcançaria o amparo da memória individual.<sup>48</sup> O direito ao esquecimento firma-se como um direito da personalidade autônomo, podendo alcançar outros bens personalíssimos ao ser reconhecido. Doravante, será explanada a construção do direito ao esquecimento, que está em voga na sociedade da informação, como uma tutela da dignidade da pessoa humana.

<sup>47</sup> SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 164.

<sup>48</sup> MARTINEZ, Pablo Dominguez. **Direito ao esquecimento**: a proteção da memória individual na sociedade da informação. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2014.

## 2. A construção do direito ao esquecimento

O direito ao esquecimento foi consagrado pela jurisprudência e não se trata de uma criação recente, uma vez que esse tema foi discutido há muitos anos na Europa e nos Estados Unidos, e está em pauta atualmente no Brasil. Por ser a temática mais abordada em diversos países, esse direito recebeu diversas nomenclaturas, como: *right to be let alone e right to be forgotten*, nos Estados Unidos da América; *derecho al olvido e derecho a ser olvidado*, nas nações de língua espanhola; direito a ser deixado em paz e direito de estar só, no Brasil; *diritto all’oblio*, na Itália e *droit a l’oubli*, na França.<sup>49</sup> François Ost expõe que o direito ao esquecimento:

(...) 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 vezes, é preciso dizer, uma atualidade penal –, temos o direito, depois de determinado tempo, de sermos deixados em paz e a recair no esquecimento e no anonimato, do qual jamais queríamos ter saído. Em uma decisão de 20 de abril de 1983, Mme. Filipachi Cogedipresse, o Tribunal de última instância de Paris consagrou este direito em termos muito claros: “[...] qualquer pessoa que se tenha envolvido em acontecimentos públicos pode, com o passar do tempo, reivindicar o direito ao esquecimento; a lembrança destes acontecimentos e do papel que ela possa ter desempenhado é ilegítima se não for fundada

nas necessidades da história ou se for de natureza a ferir sua sensibilidade; visto que o direito ao esquecimento, que se impõe a todos, inclusive aos jornalistas, deve igualmente beneficiar a todos, inclusive aos condenados que pagaram sua dívida para com a sociedade e tentam reinserir-se nela.<sup>50</sup>

Nesse sentido, o direito ao esquecimento surgiu como um dos aspectos da privacidade, mas não decorrente dele. Além do esquecimento, esse direito garante à pessoa, pública ou não, envolvida em eventos notórios, muitas vezes de natureza criminal, após o transcurso temporal, obter o direito de ser deixado em paz e recair no anonimato. Reavivar as recordações desses acontecimentos ou sua função exercida não é legítima, quando não for em prol da história. O titular ativo desse direito pode ser qualquer um, bem como o titular passivo, haja vista que o direito ao esquecimento é imposto a todos, principalmente aos jornalistas.

O direito de ser deixado só garante a pessoa um isolamento do alarde e da publicidade, recolhendo-se na sua intimidade, protegida dos olhares bisbilhoteiros e ouvidos insaciáveis. Portanto, a intimidade é um dos valores que mais merece tutela legal, pois é na solidão que se encontra a paz e o equilíbrio afetados pelo ritmo da modernidade. Isso é evidenciado pelas seguintes considerações de Costa Júnior:

<sup>49</sup> CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Principais julgados do STF e STJ comentados 2013**. Manaus: Dizer o Direito, 2014.

<sup>50</sup> OST, François. **O tempo do direito**. Trad. Elcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005, p. 160-161.

O processo de corrosão das fronteiras da intimidade, o devassamento da vida privada, tornou-se mais agudo e inquietante com o advento da era tecnológica. As conquistas desta era destinar-se-iam em tese a enriquecer a personalidade, ampliando-lhe a capacidade de domínio sobre a natureza, aprofundando o conhecimento, multiplicando e disseminando a riqueza, revelando e promovendo novos rumos de acesso ao conforto. Concretamente, todavia, o que se verifica é que o propósito dos inventores, cientistas, pesquisadores sofre um desvirtuamento quando se converte de idéia beneficente em produto de consumo. A revolução tecnológica, sempre mais acentuadamente, ganha um dinamismo próprio, desprovido de diretrizes morais, conduzido por um “cientificismo” ao qual são estranhas e mesmo desprezíveis quaisquer preocupações éticas, metafísicas, humanísticas. Torna-se cega e desordenada, subtraindo-se ao controle até mesmo dos sábios, que a desencadeiam. (*sic*)<sup>51</sup>

As ofensas à vida privada e à intimidade se intensificaram com o surgimento da Era tecnológica. As tecnologias prometiam incrementar a personalidade, aprimorando o controle sobre a natureza, o saber, a riqueza e o conforto. A finalidade dos criadores dessas tecnologias foi distorcida e transformada em produto de consumo. Weber arremata que, “the right to be forgotten in the context of digital memory and/or data retention was only recently proposed as a fundamental right; however, its inherent background concept has been

discussion topic in Continental Europe and in the United States for many years”.<sup>52</sup>

O direito ao esquecimento não é um assunto recente. Seu debate foi reacendido com as novas possibilidades tecnológicas da sociedade da informação e com o surgimento da internet. Esses meios de comunicação tiveram suas finalidades distorcidas, sendo convertidos em instrumentos para o ligeiro e fútil divertimento das pessoas com a exposição da vida privada e da intimidade alheia, frutos da civilização do espetáculo. Nesse contexto, o direito ao esquecimento surge para atender as necessidades individuais, desde que respeitados os requisitos para sua aplicabilidade.

## 2.1. A Origem e os Campos de Incidência do Direito ao Esquecimento

Como visto anteriormente, a origem do direito ao esquecimento foi remetida a publicação do artigo de Warren e Brandeis, que defendia a intimidade e as práticas dos tribunais e das doutrinas jurídicas em relação as condenações penais e aos

<sup>51</sup> COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. 4.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 10-14.

<sup>52</sup> WEBER, Rolf H. The right to be forgotten: More than a Pandora’s Box? **Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law**, vol. 2, p. 120-130. July. 2011, p. 120. Tradução livre: “o direito ao esquecimento no contexto da memória digital e/ou retenção de dados foi apenas proposto recentemente como um direito fundamental; no entanto, sua inerente profundidade conceitual vem sendo uma discussão tópica no Continente Europeu e nos Estados Unidos por muitos anos”.

institutos da ressocialização, da prescrição, da decadência, da anistia, do perdão, etc. Na composição das ideias de Cécile Terwangne e Gustavo Carvalho Chehab, subtrai-se os quatro campos de incidência do direito ao esquecimento, como sendo: (i) a história judicial; (ii) os dados pessoais; (iii) a circulação de informações na internet e; (iv) a sombra do passado.<sup>53</sup>

As primeiras manifestações do direito ao esquecimento aplicavam-se às hipóteses de se esquecer o passado judicial ou penal do indivíduo. É o aspecto mais clássico desse direito, pois, inicialmente, estava ligado a questão dos registros de antecedentes criminais.<sup>54</sup> Um exemplo histórico envolvendo o direito ao esquecimento é o “caso Lebach”, julgado pelo Tribunal Constitucional Alemão, reconhecendo esse direito no campo criminal, mitigando o direito coletivo à informação.

O caso ocorreu no ano de 1969, num povoado situado na Alemanha, chamado Lebach, onde quatro soldados alemães que guardavam um depósito de munições foram brutalmente assassinados, e as armas

e munições foram roubadas. Os dois homens que perpetraram o latrocínio e o partícipe foram encontrados pela polícia e processados pelo delito cometido, sendo que os dois autores foram condenados à pena de prisão perpétua, e o partícipe foi condenado a pena de reclusão de seis anos.

Alguns dias antes da liberação do partícipe/reclamante pelo cumprimento integral de sua pena, a ZDF (segundo canal alemão) atenta ao interesse do público nesse caso, produziu um documentário de todo o ocorrido, com os nomes e as fotos dos dois condenados e do partícipe, com a reconstituição do fato por atores e com insinuações de existência de relações homossexuais dos condenados entre si. Na ocasião, o reclamante tentou frustradamente impedir a transmissão do programa, por meio de uma medida liminar em juízo no Tribunal Estadual de *Mainz* e no Superior Tribunal de *Koblenz*, que restou improcedente.

No entanto, o Tribunal Constitucional Alemão julgou procedente a Reclamação Constitucional, alegando que houve violação do direito ao desenvolvimento da personalidade pelas instâncias inferiores, bem como entendeu-se pela prevalência do direito da personalidade do condenado em relação à liberdade de informação, pois não existia mais interesse atual na informação, em razão do crime já estar julgado há anos e a pena já estar integralmente cumprida.

<sup>53</sup> TERWANGNE, Cécile de. Privacidad em internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido. *Revista de Internet, Derecho y Política*, n. 13, p. 53-66, feb. 2012; CHEHAB, Gustavo Carvalho. O direito ao esquecimento na sociedade da informação. *Revista dos Tribunais*. Vol. 104, N. 952, p. 86-119. São Paulo: Revista dos Tribunais, fevereiro, 2015.

<sup>54</sup> TERWANGNE, Cécile de. Privacidad em internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido. *Revista de Internet, Derecho y Política*, n. 13, p. 53-66, feb. 2012.

Por fim, essa divulgação representaria uma ameaça a ressocialização do reclamante. Esse Tribunal revogou as decisões dos outros tribunais e impediu a transmissão do documentário até o julgamento da ação principal pelo juízo competente.<sup>55</sup>

Nesse caso histórico percebe-se a preocupação em defender os interesses individuais na sociedade da informação e na civilização do espetáculo. No campo da história judicial, de natureza criminal, vislumbra-se o reconhecimento do direito ao esquecimento como uma forma de proteção aos direitos da personalidade e ao instituto da estabilização do passado, qual seja, a reabilitação do condenado, buscando sua reinserção social, sem que seu passado judicial e os registros dos seus antecedentes criminais impeçam isso.

Por outro lado, o direito ao esquecimento também é muita das vezes ligado ao artigo publicado em 1890 por Warren e Brandeis, a qual estes autores abordam sobre o *right to be let alone* (o direito de ser deixado só) em defesa do direito à privacidade, incluindo a intimidade. Nesse sentido, o direito ao esquecimento teria sua origem na privacidade, mas não é decorrente desse

direito, tanto que se desenvolveu como um direito de personalidade autônomo.<sup>56</sup>

Neste artigo, Warren e Brandeis retratam que fotos imediatas e empreendimentos jornalísticos ao lado de vários instrumentos mecânicos ameaçam o recinto privado e familiar. Acrescentam ainda que a imprensa está ultrapassando os limites do decoro e da decência, e a fofoca deixou de saciar o ócio e o vício para ser uma mercadoria, obtida com esforço e descaramento através da invasão do ambiente doméstico, causando transtornos e sofrimentos que podem ser mais intensos do que uma agressão física.<sup>57</sup>

Nesse contexto, já se percebia as manifestações da cultura formadora da civilização do espetáculo, na qual a esfera privada é invadida para se obter dados destinados ao entretenimento fútil e sensacionalista. Essa invasão já era facilitada pelos meios de comunicação, como a imprensa e o jornal e, por conseguinte, todos os instrumentos que possibilitavam o tratamento da informação obtida. As agressões de ordem mental e psicológica podem ser mais lesivas do que

<sup>55</sup> MARTINS, Leonardo (Org.). **Cinqüenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideo: Konrad-Adnauer-Stiftung, 2005.

<sup>56</sup> LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. Direito ao esquecimento e Internet: o fundamento legal no direito comunitário europeu, no direito italiano e no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**. Vol. 103, N. 946, p. 77-109. São Paulo: Revista dos Tribunais, agosto, 2014.

<sup>57</sup> WARREN, Samuel D., BRANDEIS, Louis D. O direito à privacidade. Apêndice B. In: SILVA NETO, Amaro Moraes e. **Privacidade na internet: um enfoque jurídico**. Bauru, SP: EDIPRO, 2001.

as físicas. Nesse sentido, o direito ao esquecimento, quando ligado a esse artigo, restringia-se apenas ao direito à privacidade e à intimidade.

Em relação a história judicial, o direito ao esquecimento não será aplicada nas seguintes exceções propostas por Cécile Terwangne e Gustavo Carvalho Chehab: (a) Quando os fatos estão relacionados com a História ou se trata de um tema de interesse histórico; (b) quando se refiram a fatos vinculados ao exercício de uma atividade pública de uma figura pública; (c) da pessoa condenada (ou de seus sucessores) em demonstrar sua inocência ou grave injustiça; (d) a busca da verdade de si mesmo ou de sua própria história.<sup>58</sup>

As exceções na aplicação do direito ao esquecimento na história judicial foram bem pontuadas. A primeira traduz o direito da sociedade em preservar sua História, ou seja, a tutela da memória coletiva. A segunda refere-se à prevalência do interesse social. A terceira concerne a comprovação da inocência e a recuperação dos valores como honra, imagem e bom nome, considerados pela sociedade; esse direito é maior do que o esquecimento de condenação errônea, vislumbrada por

grave injustiça ou erro judiciário. Por fim, a quarta liga-se ao conhecimento da sua própria identidade pessoal e da sua história de vida, na formação da personalidade, superando assim, o direito ao esquecimento.

Em relação aos dados judiciais na internet, o primeiro obstáculo visível aos direitos da personalidade ou ao livre desenvolvimento da personalidade se dá quando são mencionados em arquivos periódicos, oferecendo uma eterna disponibilização da informação.<sup>59</sup> Trata-se de um conflito claro entre a liberdade de imprensa e o direito ao esquecimento, do qual devemos ater aos critérios antes mencionados, devendo-se apagar os dados de identificação dos dados em arquivos periódicos na internet, quando não haja a superação desses critérios.

A segunda incidência do direito ao esquecimento refere-se aos dados pessoais, que são registros de uma pessoa identificada ou identificável. Tais arquivos podem ser armazenados ou processados com o consentimento da pessoa, devendo refletir a verdade, observando a finalidade a que se destina. Seu fornecimento deve ser adequado e não excessivo, não podendo ser transferíveis a terceiros. Seu armazenamento e processamento é provisório, surgindo assim o direito ao

<sup>58</sup> TERWANGNE, Cécile de. Privacidad em internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido. **Revista de Internet, Derecho y Política**, n. 13, p. 55-56, feb. 2012; CHEHAB, Gustavo Carvalho. O direito ao esquecimento na sociedade da informação. **Revista dos Tribunais**. Vol. 104, N. 952, p. 86-119. São Paulo: Revista dos Tribunais, fevereiro, 2015.

<sup>59</sup> TERWANGNE, Cécile de. Privacidad em internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido. **Revista de Internet, Derecho y Política**, n. 13, p. 53-66, feb. 2012.

esquecimento.<sup>60</sup> A exposição de dados pessoais seguindo estes requisitos só perdem sua validade com o decurso temporal, fazendo necessária a aplicação do direito ao esquecimento.

Na sociedade da informação, esses dados são intensamente coletados por bancos públicos e privados, muitas vezes sem o consentimento da pessoa, para fins de comércio de produtos, *marketing*, propagandas eleitorais etc. Nesse caso, não é necessário o decurso de prazo para ser aplicado o direito ao esquecimento, uma vez que trata-se de uma lesão aos direitos fundamentais e aos princípios atinentes aos dados pessoais.<sup>61</sup> Esse é mais um caso de uso indevido dos dados pessoais, pois esses registros são transmitidos sem a permissão do titular, sendo utilizados de forma abusiva, invadindo a privacidade, e por diversas vezes, importunando a pessoa em seu momento de descanso e lazer.

Cécile de Terwangne acrescenta que, com os avanços tecnológicos alcançou-se um aumento contínuo na capacidade de armazenamento e tratamento de

informação, por conseguinte, a multiplicação do uso dos dados e dos seus instrumentos de armazenamento e tratamento, surgindo assim, leis de proteção de dados, visando equilibrar os direitos fundamentais em conflito, sem impedir o progresso tecnológico. Nesse contexto, o direito ao esquecimento se amplia, não aplicando somente a dados judiciais, mas também a qualquer dado pessoal.<sup>62</sup>

Os avanços tecnológicos representam fator determinante da sociedade da informação, inclusive na propagação dos dados pessoais, por meio dos seus mecanismos de armazenamento e tratamento. O direito ao esquecimento, por sua vez, expande seu alcance, saindo do campo das histórias judiciais, para a criação de leis que tutelam os dados pessoais, contudo, sem obstar o progresso tecnológico.

A terceira incidência do direito ao esquecimento se dá pela circulação das informações na internet. Jeffrey Rosen afirma que “in theory, the right to be forgotten addresses an urgent problem in the digital age: it is very hard to escape your past on the Internet now that every photo, status update, and tweet lives forever in the

<sup>60</sup> CHEHAB, Gustavo Carvalho. O direito ao esquecimento na sociedade da informação. **Revista dos Tribunais**. Vol. 104, N. 952, p. 86-119. São Paulo: Revista dos Tribunais, fevereiro, 2015.

<sup>61</sup> CHEHAB, Gustavo Carvalho. O direito ao esquecimento na sociedade da informação. **Revista dos Tribunais**. Vol. 104, N. 952, p. 86-119. São Paulo: Revista dos Tribunais, fevereiro, 2015.

<sup>62</sup> TERWANGNE, Cécile de. Privacidad em internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido. **Revista de Internet, Derecho y Política**, n. 13, p. 53-66, feb. 2012.

cloud”.<sup>63</sup> Assim, a internet oportunizou um meio de armazenamento de dados e informações em um espaço sem lei e desterritorializado.

A internet trouxe as seguintes particularidades apontadas por Terwangne: (a) o efeito eterno da memória eletrônica; (b) a eficiência dos motores de busca para encontrar na rede os dados mais insignificantes, distantes da originalidade, e reunir todos os dados para um retrato recomposto, mesmo que muitas vezes diferentes; (c) e o exercício da vontade de apagar esses dados.<sup>64</sup> Essas particularidades representam uma questão prejudicial ao exercício do direito ao esquecimento, pois as informações passadas ficam eternamente presentes na vida do indivíduo com a memória absoluta da internet, mesmo com o desejo do titular em apagar ou proibir o uso de tais dados.

Chehab aponta que o efeito eterno da memória na internet se dá pela interligação dos computadores em rede, permitindo a cópia e a réplica destas informações em segundos para diversos países. Um dado

registrado na internet é difícil ser apagado, mesmo após o decurso temporal, sendo necessária o exercício da vontade para eliminá-los, haja vista que o responsável pela alteração e exclusão do dado é o proprietário da informação (aquele quem posta a informação, mesmo que se refira a um terceiro). Os provedores de conteúdo e de hospedagem só eliminam determinado dado com a vontade do proprietário.<sup>65</sup>

Todo o exposto demonstra o quão difícil é o exercício do direito ao esquecimento na internet, um lugar sem território e sem lei, ao qual deixa nas mãos dos seus usuários o seu bom uso. Fotos, vídeos, mensagens, textos e até obras são disseminados pela rede de computadores em questão de segundos. Pode-se até concluir que, mesmo com a vontade do proprietário, a pessoa está à mercê da velocidade de compartilhamento e da disposição dos demais usuários em respeitar o direito ao esquecimento para poder apagar dados na internet que lhe dizem respeito.

A quarta incidência defendida por Gustavo Carvalho Chehab é a sombra do passado. A liberdade de expressão não é justificada para o mero divertimento alheio às custas dos erros, desacertos e bobagens praticadas por alguém no decorrer da vida, não

<sup>63</sup> ROSEN, Jeffrey. The right to be forgotten. **Stanford Law Review Online**, n. 88, vol. 64, p. 88-92, fev. 2012, p. 88. Tradução livre: “em teoria, o direito a ser esquecido aborda um problema urgente na era digital: é muito difícil escapar do seu passado na Internet, agora que todas as fotos, atualização de status, e o tweet vive para sempre na nuvem”.

<sup>64</sup> TERWANGNE, Cécile de. Privacidad em internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido. **Revista de Internet, Derecho y Política**, n. 13, p. 53-66, feb. 2012.

<sup>65</sup> CHEHAB, Gustavo Carvalho. O direito ao esquecimento na sociedade da informação. **Revista dos Tribunais**. Vol. 104, N. 952, p. 86-119. São Paulo: Revista dos Tribunais, fevereiro, 2015.

podendo assombrar a vida do indivíduo a ponto de impedir o seu desenvolvimento e evolução.<sup>66</sup> A exposição do ser humano a sombra do seu passado contra sua vontade é um exemplo da civilização do espetáculo. A divulgação de informações do passado de alguém não pode se valer sempre da liberdade de expressão, para fins de divertimento e entretenimento. O espetáculo mesmo que necessário para suprir o ócio do público, não pode ser abusivo ao apropriar-se de eventos denegridores de um ser humano, a ponto do seu passado lhe perseguir pelo resto da sua vida. Esse caso merece tutela urgente do direito ao esquecimento.

## 2.2. Conceito e Particularidades do Direito ao Esquecimento

O direito ao esquecimento não mais afeta somente o campo penal, sendo difícil conceituá-lo por sua abrangência, evidenciando diversas tentativas a respeito na literatura jurídica. Na tentativa de conceitua-lo, Cavalcante define como “o direito que uma pessoa possui de não permitir que um fato, ainda que verídico, ocorrido em determinado momento de sua vida, seja exposto ao público em geral,

causando-lhe sofrimento ou transtornos.”<sup>67</sup>

Lado outro, Cécile de Terwangne afirma que o direito ao esquecimento ou derecho al olvido “es el derecho de las personas físicas a hacer que se borre la información sobre ellas después de un período de tempo determinado.”<sup>68</sup>

São conceitos um tanto restritos, tendo em vista que o direito ao esquecimento não se limita a apagar informações de pessoas envolvidas em eventos públicos com o transcurso temporal. Como visto alhures, o direito ao esquecimento garante o processo de reabilitação, a proteção dos dados pessoais, a tutela das informações na internet, a libertação da sombra do passado, compreendendo outros direitos da personalidade inerentes a dignidade humana e a memória individual. Apesar de tudo, os conceitos apresentados convergem na adoção do direito ao esquecimento no caso de senilidade da informação e pelo decurso do tempo.

Bert-Jaap Koops defende que entre tantas conceituações literárias sobre o direito ao esquecimento, existe um denominador comum entre todas elas, ou seja, que uma

<sup>66</sup> CHEHAB, Gustavo Carvalho. O direito ao esquecimento na sociedade da informação. **Revista dos Tribunais**. Vol. 104, N. 952, p. 86-119. São Paulo: Revista dos Tribunais, fevereiro, 2015.

<sup>67</sup> CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Principais julgados do STF e STJ comentados 2013**. Manaus: Dizer o Direito, 2014, p. 198.

<sup>68</sup> TERWANGNE, Cécile de. Privacidad em internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido. **Revista de Internet, Derecho y Política**, n. 13, p. 53-66, feb. 2012, p. 54. Tradução livre: é o direito das pessoas físicas a fazer que se apague a informação sobre elas depois de um período de tempo determinado.

peessoa tem interesse significativo, protegido por uma tutela legal, em não ser atacado por outras pessoas com informações do seu passado, irrelevantes para decisões atuais ou opiniões sobre ela.<sup>69</sup> Percebe-se que são diversas as tentativas de conceituar o direito ao esquecimento, devido a sua trajetória evolutiva do campo das condenações penais aos dados pessoais na internet. Mas, todas as definições levam em conta que, esse direito trata de impedir a divulgação de informações a respeito de um indivíduo após decorrido certo tempo.

O direito ao esquecimento é um direito independente, que tutela a memória individual e a memória coletiva. Trata-se de um direito fundamental e essencial ao livre desenvolvimento da personalidade humana, ou seja, “direito de não ter sua memória pessoal revirada a todo instante, por força da vontade de terceiros.”<sup>70</sup> Como já visto, esse direito vai além de simplesmente conceder o poder de apagar determinados dados ou fatos pessoais. Pelo contrário, oportuniza, a todas as pessoas, uma forma de controlar o destino e a

disposição desses dados, mas não garante o poder de apagar toda e qualquer informação ou reestruturar a História, mesmo que se refira aos fatos apenas de interesse individual.

Rojas arremata que “el derecho al olvido debe entenderse como una pretensión a olvidar o ser olvidado respecto de cierta información de carácter personal, que en sentido estricto se trataría de un derecho subjetivo a la cancelación, rectificación u oposición de dicha información.”<sup>71</sup> De boa sorte, Rovroy formula o direito ao esquecimento como o legítimo interesse de esquecer ou ser esquecido, pois traduz a preocupação do que a pessoa é e tenciona ser, ou espera se tornar no futuro.<sup>72</sup> O direito ao esquecimento envolve a pretensão de esquecer ou ser esquecido de certa informação pessoal, tido como um direito subjetivo ao cancelamento, retificação ou oposição de dita informação. De acordo com Koops, observa-se nessa formulação que o direito ao esquecimento

<sup>69</sup> KOOPS, Bert-Jaap. Forgetting footprints, shunning shadow. A critical analysis of the “right to be forgotten” in big data practice. *Scripted*, vol. 8, n. 3, p. 229-256, dez. 2011. Disponível em: [http://scripted.org/?page\_id=300]. Acesso em: 18.03.2016.

<sup>70</sup> MARTINEZ, Pablo Dominguez. **Direito ao esquecimento:** a proteção da memória individual na sociedade da informação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 80.

<sup>71</sup> ROJAS, Sebastián Zarate. La problemática entre el derecho al olvido y la liberdade de prensa. *Nueva Epoca*. N. 13, p. 01-10, mar.-mai., 2013, p. 3. Tradução livre: “O direito ao esquecimento deve ser entendido como uma pretensão de esquecer ou ser esquecido acerca de certa informação de caráter pessoal, que em sentido estricto se trataria de um direito subjetivo ao cancelamento, retificação ou oposição desta informação.”

<sup>72</sup> ROVROY, Antoinette. Réinventer l’art d’oublier et de se faire oublier dans la société de l’information? Versão aumentada do capítulo publicado sobre o mesmo título. In: LACOUR, Stéphanie. **La sécurité de l’individu numérique. Réflexions prospectives et internationales.** Paris: L’Harmattan, 2008, p. 25.

é visto sobre dois aspectos distintos e não excludentes, atinentes ao: (I) direito de esquecer e (II) o direito de ser esquecido. O primeiro trata de um direito subjetivo, ou seja, o indivíduo tem a faculdade de controlar o seu passado e fazer-se esquecer dele. Por outro lado, o segundo é associado a um ato negativo destinado aos terceiros, ou seja, as outras pessoas devem abster-se de recordar do passado alheio.<sup>73</sup>

O direito ao esquecimento representa a realização do esquecimento desejado pelo indivíduo por meio da garantia de que os outros esqueçam os fatos pretéritos referentes a ele, e a partir daí ele possa recomeçar sua vida sem as sombras do seu passado a lhe atormentar. O direito de esquecer e o direito de ser esquecido não devem ser confundidos, pois representam as duas vertentes do direito ao esquecimento. Esse direito representa uma figura mista, “pois o direito de ser esquecido está intrinsecamente ligado ao direito à privacidade e ao direito à honra, enquanto o direito à esquecer deriva do direito à identidade pessoal, pontos de vistas complementares na formação do direito ao esquecimento”.<sup>74</sup>

<sup>73</sup> KOOPS, Bert-Jaap. Forgetting footprints, shunning shadow. A critical analysis of the “right to be forgotten” in big data practice. **Scripted**, vol. 8, n. 3, p. 229-256, dez. 2011. Disponível em: [\[http://script-ed.org/?page\\_id=300\]](http://script-ed.org/?page_id=300). Acesso em: 18.03.2016.

<sup>74</sup> ALVES, Rubens Valtecídes; MOREIRA, Rodrigo Pereira. Direito ao esquecimento e o livre desenvolvimento da personalidade da

Nesse sentido, o direito ao esquecimento liga-se a privacidade ao tratar da eliminação do conhecimento alheio aquilo que só concerne à pessoa e aos aspectos da vida pessoal dela. Em relação ao direito à honra, percebe-se que o direito ao esquecimento atua em sua vertente subjetiva, impedindo a divulgação ou exploração de fatos depreciativos da pessoa, inclusive passado criminal, que pretendam ser esquecidos. Quanto a perspectiva da autodeterminação informativa refere-se ao direito de controle das informações pela própria pessoa, surgida pela necessidade implantada pela sociedade da informação.

Com a sociedade da informação e a internet, o indivíduo adquire o poder de controlar seus dados da forma que lhe aprouver, bem como decidir revelá-los para quem quiser, não se limitando mais a exclusão de informações pessoais alheias. O direito ao esquecimento relacionado à identidade pessoal, concebe a possibilidade do indivíduo ser ele mesmo, distintamente do que já foi antes, desconstruindo a identidade para depois compor uma nova e distinta. A identidade pessoal envolve sentimentos, corpo, pertencimento, consciência, diferença, autonomia e outros

pessoa transexual. **Revista de Direito Privado**. Vol. 64, ano 16, p. 81-102. São Paulo: Revista dos Tribunais, out-dez, 2015, p. 90.

que levem ao desenvolvimento pleno da pessoa.<sup>75</sup>

Essa perspectiva permite o esquecimento do passado e o começo de um novo modo de ser, por meio de escolhas existenciais. Isso representa a concretização do livre desenvolvimento da personalidade, tendo em vista que concede ao indivíduo a possibilidade de alterar sua identidade, nela incluindo nome e prenome, em razão da mutabilidade da identidade pessoal, advindas das mudanças no interior de cada pessoa, por questões de maturidade, aprendizado, contradições e experiências.

### 2.2.1 Fundamentação no Sistema Jurídico Brasileiro

A respeito da fundamentação do direito ao esquecimento no direito brasileiro, têm-se a sua primeira manifestação direta na IV Jornada de Direito Civil através do Enunciado n. 531, que coloca esse direito como uma abrangência da tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação.<sup>76</sup> Esse princípio encontra-

se consagrado no artigo 1º, III, da Constituição Federal brasileira como formador do Estado Democrático de Direito. E por mais que os enunciados não sejam formas cogentes, eles são meios de orientação muito utilizados pelos profissionais do direito. Por dignidade da pessoa humana, Ingo Wolfgang Sarlet entende como:

A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.<sup>77</sup>

O direito ao esquecimento está incluído na proteção da dignidade humana diante da sociedade da informação, tendo sua origem histórica na área das condenações criminais. Se esse direito retira seu fundamento nesse princípio constitucional,

---

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.

<sup>77</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 70-71.

<sup>75</sup> ALVES, Rubens Valtecedes; MOREIRA, Rodrigo Pereira. Direito ao esquecimento e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa transexual. **Revista de Direito Privado**. Vol. 64, ano 16, p. 81-102. São Paulo: Revista dos Tribunais, out-dez, 2015.

<sup>76</sup> **ENUNCIADO 531** – A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. Artigo: 11 do Código Civil. **Justificativa:** Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais.

percebe-se que, o esquecimento compreenderá valores como: a identidade pessoal, a honra, a imagem, a vida privada e a intimidade. Mas também deverá respeitar os direitos de natureza coletiva, pois também são protegidos pela dignidade humana, abarcando o respeito mútuo, a interação social, a preservação das garantias existenciais mínimas e a defesa contra tratamento degradante e desumano. Tem-se que, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso X, erigiu como invioláveis a honra, a imagem, a vida privada e a intimidade, bens da personalidade alcançados pela tutela do direito ao esquecimento, em razão do objeto e da finalidade desse direito, fundamentados na dignidade humana. Chehab afirma que o direito ao esquecimento “constitui matriz que se espalha no ordenamento constitucional e legal e está intimamente ligado à dignidade da pessoa humana, à privacidade e à intimidade.”<sup>78</sup>

Nesse sentido, o direito ao esquecimento não possui previsão legal específica, mas encontra-se radicado em diversas normas e institutos do direito brasileiro. O Código Civil, em seus artigos 11 e 12, declara a irrenunciabilidade e a intransmissibilidade

dos direitos da personalidade, livre da limitação voluntária, bem como permite a demanda por perdas e danos em caso de ameaça ou lesão a esses direitos. Como visto alhures, o direito ao esquecimento é um direito da personalidade atípico, sendo, portanto, incluído nas disposições supracitadas.

A lei civil também, em seus artigos 16, 18 e 20, protege o direito ao nome, o direito à imagem e o direito à honra, podendo ser proibida a divulgação, a transmissão, a publicação, a exposição ou a utilização desses bens sem a autorização do seu titular, cabendo indenização, exceto se for o caso de necessidade da administração da justiça ou à manutenção da ordem pública. A tutela do direito ao esquecimento pode implicar na proteção desses direitos da personalidade, pois resta demonstrado que esse direito, fundamentado na dignidade humana, alcance valores inerentes a personalidade do indivíduo.

Ainda, de forma indireta, percebe-se que o artigo 21 do Código Civil trata do direito ao esquecimento ao defender a inviolabilidade da vida privada da pessoa natural, autorizando a intervenção do juiz, a requerimento do interessado, para cessar ou impedir ato contrário a esta norma. O Superior Tribunal de Justiça, por meio da súmula 323, garante que, o nome do consumidor não fique nos cadastros negativos por período superior a cinco

<sup>78</sup> CHEHAB, Gustavo Carvalho. O direito ao esquecimento na sociedade da informação. **Revista dos Tribunais**. Vol. 104, N. 952, p. 86-119. São Paulo: Revista dos Tribunais, fevereiro, 2015, p. 88.

anos, independentemente da prescrição da execução.

A incidência do direito ao esquecimento é perceptível nesses dispositivos legais, tendo em vista que esse direito surgiu como uma das facetas do direito à vida privada, bem como desperta o direito ser esquecido fatos desabonadores de sua pessoa, com o transcurso do tempo. As duas situações previstas legalmente apresentam ligação indireta com o direito ao esquecimento, em razão de sua proteção a solidão, ao anonimato, aos dados pessoais e a vida privada da pessoa.

A tutela dos dados pessoais e a autodeterminação informativa, com fundamento na anuência da pessoa, é destacada no Enunciado nº 404, aprovado na V Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, *in verbis*:

A tutela da privacidade da pessoa humana compreende os controles espacial, contextual e temporal dos próprios dados, sendo necessário seu expresso consentimento para tratamento de informações que versem especialmente o estado de saúde, a condição sexual ou étnica, as convicções religiosas, filosóficas e políticas.

Esse dispositivo trata do controle de dados que inferem nas decisões existenciais. As nuances espacial e contextual referem-se ao lugar em que as informações são usadas e ao conhecimento da razão e da situação em que os dados são tratados. Enquanto que, o controle temporal, conhecido como direito ao esquecimento, concede ao

indivíduo a faculdade de impedir o uso de seus dados com o decurso de determinado tempo, como disposto no artigo 43, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor, sobre os bancos de dados e os cadastros de consumidores.

O artigo 14 da Lei nº 12.414/2011 declara que não ficará nos bancos de dados após transcurso de quinze anos as informações de adimplemento, ou seja, prevê a aplicabilidade do direito ao esquecimento após decorrido esse prazo. O artigo 76, §§ 4º e 6º da Lei nº 9.099/95, lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, dispõe outra situação de aplicabilidade desse direito, ao declarar que a aplicação de transação penal não resulta em reincidência e não constará na certidão de antecedentes, salvo para impedir a aplicação do mesmo benefício durante cinco anos.

Outras possibilidades de esquecimento no campo penal encontram-se nos artigos 743, 747 e 748 do Código de Processo Penal e nos artigos 93 e 94 do Código Penal que preveem o instituto da reabilitação, como pressuposto da reinserção do condenado na sociedade, apagando a inscrição da matrícula da condenação criminal e restabelecendo os direitos alcançados pelos efeitos da condenação. Lado outro, o artigo 202 da Lei de Execuções Penais estabelece o sigilo dos registros criminais do processo e da condenação quando cumprida ou

extinta a pena, salvo no caso de instrução processual.

Por fim, têm-se os institutos da estabilização do passado, em razão da segurança jurídica e previsibilidade do futuro na aplicação do direito na sociedade. Dentre diversos institutos podemos citar: (i) a anistia, a graça ou indulto que extinguem a punibilidade (artigo 107 do Código Penal); (ii) o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada que garantem estabilidade as relações jurídicas (artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal); (iii) a prescrição e a decadência (artigos 189 e 207 do Código Civil; artigos 103 e 109 do Código Penal).

### **2.3. Colisão entre o Direito à Informação e o Direito ao Esquecimento**

As possibilidades tecnológicas e o surgimento da internet caracterizam a sociedade contemporânea. A informação é a base dessa sociedade. Como registrado alhures, a liberdade de expressão e comunicação constitui uns dos atributos das atuais sociedades democráticas, sendo prevista nos artigos 5º e 220 da Constituição Federal brasileira. Os direitos comunicativos são entendidos como direitos fundamentais garantidos a todo indivíduo, consistindo em um rol de faculdades, entre elas, a liberdade de pensamento, ideias e opiniões, assim como

o direito de comunicar ou receber informação, sem obstáculos nem discriminações.

O exercício dos direitos comunicativos abarca a expressão de valores éticos, morais, políticos, filosóficos, religiosos e científicos, determinando assim, a orientação da opinião pública na sociedade democrática. Esse exercício hoje é bastante facilitado pelas inúmeras possibilidades tecnológicas, mesmo que algumas pessoas sem condições financeiras sejam delegadas à margem da sociedade da informação e da civilização do espetáculo. Contudo, nenhum direito fundamental é absoluto. Como já visto, os direitos fundamentais comportam restrições quando estamos perante a colisão entre direitos fundamentais.

Nesse sentido, a Constituição Federal brasileira consagrou também como direitos fundamentais, direitos de índole individual, em seu artigo 5º, inciso X, como sendo: a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem. Por um bom tempo, esses direitos foram considerados apenas como direitos subjetivos da personalidade (inerentes a pessoa humana), positivados em legislações extravagantes, para posteriormente alcançar *status* constitucional, bem como o estabelecimento deles como limites à liberdade de expressão e comunicação (artigo 220, § 1º, da Constituição Federal).

Martinez ressalta que não há critérios exclusivos na jurisprudência e na doutrina para a adoção do direito ao esquecimento. Adaptando os critérios utilizados pelas Cortes Nacionais no conflito entre a liberdade de informação e outros direitos da personalidade, ao direito ao esquecimento, obtém-se os seguintes critérios: (i) domínio público; (ii) preservação do contexto original da informação pretérita; (iii) preservação dos direitos da personalidade na rememoração; (iv) utilidade na informação e; (v) atualidade na informação. Ao sopesar os direitos em jogo, o julgador analisará esses critérios e, resultando a não superação dos critérios com a divulgação da informação ou dado, configura-se o direito ao esquecimento.<sup>79</sup>

O direito ao esquecimento apesar de apresentar objeto próprio, qual seja, a memória individual, compreende também outros direitos da personalidade, como, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem. Esse direito autônomo da personalidade retira seu fundamento na dignidade humana, sendo, portanto, considerado um direito fundamental. No contexto social abordado, evidencia-se o conflito entre os direitos comunicativos e o direito ao esquecimento, e não há como

solucionar facilmente as colisões entre direitos de mesma hierarquia, representando um desafio para a dogmática dos direitos fundamentais.

Os critérios de superação do direito ao esquecimento defendidos por Martinez, demonstra claramente a necessidade de se aplicar a técnica do sopesamento para solucionar a colisão entre direitos de mesma hierarquia. A seguir será analisada a máxima da proporcionalidade defendida por Robert Alexy como solução para as colisões entre princípios, levando em consideração que esses direitos fundamentais em atrito possuem natureza de princípios como mandamentos de otimização.

### 2.3.1. A máxima da proporcionalidade de Robert Alexy

Os direitos fundamentais são garantidos por normas que, por sua vez, são compostas de regras e princípios. Para se compreender a teoria dos direitos fundamentais há que se diferenciar princípios de regras. As normas jurídicas se estruturam em princípios e regras, constituindo uma relação de gênero e espécie. Com relação a distinção entre princípios e regras existem diversos critérios. Dentre tantos critérios, os mais mencionados por doutrinadores são: (i) o critério da generalidade ou concepção débil

<sup>79</sup> MARTINEZ, Pablo Dominguez. **Direito ao esquecimento:** a proteção da memória individual na sociedade da informação. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2014.

dos princípios; e (ii) o critério qualitativo ou concepção forte dos princípios.

O critério da generalidade, segundo Robert Alexy, aponta que as regras possuem grau de generalidade baixo e os princípios detém grau de generalidade alto.<sup>80</sup> Esse critério é denominado por Farias como concepção débil dos princípios, que considera não haver uma diferenciação cristalina entre regras e princípios.<sup>81</sup> Assim, as regras possuem baixo grau de extensão, enquanto os princípios possuem alto grau de abrangência, sendo que os princípios em suas características de generalidade e fundamentalidade do sistema são em certa medida à forma de tudo ou nada.

Outro critério de diferenciação é o qualitativo, que considera a diferença entre princípios e regras não somente gradual, mas também qualitativo.<sup>82</sup> Segundo Farias, trata-se da concepção forte dos princípios, existindo um discernimento lógico e qualitativo entre as regras e os princípios que, como normas jurídicas, possuem uma distinção estrutural evidente e extremada. A ordem jurídica não se limita as

disposições das regras jurídicas, se estende aos valores éticos, políticos e etc., concebidos pelos princípios.<sup>83</sup> Nota-se que essa concepção forte dos princípios aproxima-se mais de uma distinção eficaz entre regras e princípios, não levando em consideração apenas a generalidade, pois se amplia ao aspecto qualitativo.

Em relação ao critério qualitativo ou a concepção forte dos princípios, Farias apresenta os seguintes argumentos para justificar essa distinção: (i) a ideia de peso ou importância dos princípios; (ii) os princípios entendidos como juízo de concorrência, e (iii) a identificação dos princípios como mandados de otimização. Esses argumentos são fundados respectivamente nos trabalhos desenvolvidos por Ronald Dworkin, Letizia Gianformaggio e Robert Alexy.

O primeiro argumento é defendido por Ronald Dworkin, que propõe uma distinção essencialmente de caráter lógico, no qual regras são aplicadas aos fatos estabelecidos por elas, podendo tornar as regras válidas (resposta aceita fornecida pela regra) ou inválidas (sem influência), enquanto os princípios não são consequências jurídicas automáticas às situações previstas, mas que possuem uma

<sup>80</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2015.

<sup>81</sup> FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008.

<sup>82</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2015.

<sup>83</sup> FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008.

dimensão de peso e importância ausentes nas regras.<sup>84</sup> Desse modo, a distinção entre regras e princípios por ideia de peso ou importância estabelece as regras como consequências jurídicas automáticas aos casos preditos, enquanto os princípios possuem dimensão de peso e importância.

O segundo argumento é trabalhado pela filósofa de Direito italiano Letizia Gianformaggio. Para ela, a diferença entre princípios e regras encontra-se no momento da interpretação-aplicação do direito. A regra é uma norma cuja destinação central é a subsunção de uma circunstância fática a uma previsão normativa. Por outro lado, os princípios seriam aplicados com outros princípios concorrentes, afim de ter o mínimo de limitação aos princípios envolvidos.<sup>85</sup> Em suma, a distinção entre regras e princípios se dá na sua aplicação, no qual as regras são aplicadas as situações previstas legalmente, e os princípios seriam concorrentes e não incompatíveis entre si.

O último argumento, por Robert Alexy, declara os princípios como mandamentos de otimização que podem ser satisfeitos em

graus variados dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, enquanto as regras “são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas”. Se uma regra é válida, deve se realizar aquilo que ela determina, sem acréscimos ou reduções.<sup>86</sup> Os princípios são normas que determinam a realização de algo no maior grau possível dependendo não somente das possibilidades fáticas existentes, mas também das possibilidades jurídicas; enquanto as regras, quando válidas, são determinações no campo do que é fático e juridicamente crível.

Essa distinção é vista mais claramente com os casos de colisões entre princípios e conflitos entre regras. O conflito entre regras soluciona-se com a adição de cláusula de exceção ou declarando uma das regras como inválida por meios das regras *lex posterior derogat legi priori*, *lex specialis derogat legi generali* e *lex superior derogat legi inferiori*.<sup>87</sup> Em contrapartida, a colisão entre princípios se soluciona de modo distinto, analisando qual princípio tem precedência sobre o outro em certas condições, não havendo

<sup>84</sup> FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008.

<sup>85</sup> FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008.

<sup>86</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 90.

<sup>87</sup> FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008.

declaração de invalidez ou adição de cláusula de exceção.<sup>88</sup>

Os conflitos entre regras ocorrem na dimensão de validade, ou seja, no conflito entre duas ou mais regras jurídicas, uma será declarada válida e integrante do ordenamento jurídico, a partir da adoção de três critérios de solução de antinomias, quais sejam: critério cronológico, critério da especialidade e critério hierárquico. Por outro lado, as colisões entre princípios acontecem na dimensão do peso, no qual um princípio terá que ceder em determinadas situações, mas isso não declarará o princípio como inválido ou com adição de cláusula de exceção, e sim que sob determinadas condições um princípio tem maior peso que o outro princípio colidente.

Segundo Robert Alexy, a lei de colisão estabelece que no conflito entre princípios aplica-se o sopesamento, em que define qual dos princípios de mesmo nível tem maior peso e deve prevalecer, com base nas condições do caso. A relação de precedência é estabelecida por uma condição, que será o pressuposto fático de uma regra, culminando na consequência jurídica do princípio que tem precedência. Os princípios como mandamentos de otimização declara a “inexistência de

relação absoluta de precedência” e “sua referência a ações e situações que não são quantificáveis.”<sup>89</sup>

Os princípios serão cumpridos de maneira proporcional às possibilidades fáticas e jurídicas, enquanto as regras deverão ser cumpridas ou não, não admitindo gradação. Desse modo, a colisão entre princípios prima pela análise da dimensão de peso ou importância dos princípios colidentes, sob determinadas condições fáticas e jurídicas, não existindo precedência incondicionada. Sob o ângulo dos direitos fundamentais, o resultado do sopesamento gera uma norma de direito fundamental com estrutura de regra, na qual o caso pode ser incluído em algo mais abrangente, como foi vislumbrado no caso Lebach anteriormente mencionado.

Há uma íntima relação entre a teoria dos princípios e máxima da proporcionalidade, conforme demonstrado por Alexy. Isso significa que a proporcionalidade, composta pelas máximas da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, decorre logicamente da essência dos princípios, se tornando válida também às normas de direitos fundamentais com estrutura de princípios. Alexy aponta que as máximas da necessidade e da adequação decorrem dos

<sup>88</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2015.

<sup>89</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 94-99.

princípios em relação as circunstâncias fáticas, e a máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre dos princípios em relação as circunstâncias jurídicas.<sup>90</sup>

Como princípios, os direitos fundamentais são mandamentos de otimização que, por conseguinte, são normas que ordenam a realização de algo em seu grau máximo, dentre as possibilidades fáticas e jurídicas. A máxima da proporcionalidade expressa essa otimização em suas três máximas parciais da adequação, da necessidade e da proporcionalidade, ou seja, a máxima da proporcionalidade emana racionalmente da natureza principiológica dos direitos fundamentais. As máximas parciais da adequação e da necessidade são as otimizações no âmbito das possibilidades fáticas, ao passo que a máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito é a otimização relativamente as possibilidades jurídicas.

A máxima parcial da adequação afasta o uso de meios que embarcem a realização de ao menos um princípio, sem promover um dos princípios ou objetivos, ou seja, remonta-se a ideia de eficiência de Pareto, na qual uma posição pode ser aprimorada sem que outra seja agravada. Já a máxima parcial da necessidade “exige que, dentre dois meios aproximadamente adequados,

seja escolhido aquele que intervenha de modo menos intenso”, tratando-se de uma “vedação de sacrifícios desnecessários a direitos fundamentais”. A ideia de eficiência de Pareto está presente em ambas máximas, a diferença é que na primeira exclui os meios, e na segunda aplica-se o meio que tem menor intensidade de intervenção.<sup>91</sup>

Nesse sentido, a máxima parcial da adequação liga-se à ideia de ordem-moldura, excluindo aquilo que não é adequado, sem precisar determinar tudo, ou seja, essa máxima tem caráter de critério negativo, na qual sua otimização não dirige para um ponto máximo. Por outro lado, a máxima parcial da necessidade adota o meio que é menos gravoso para uma posição ser melhorada, sem que haja sacrifícios para a outra posição. Mas quando custas ou sacrifícios não puderem ser impedidos e houver mais de dois princípios colidentes, torna-se imprescindível uma ponderação.

A máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito é o mandamento de otimização em relação aos princípios colidentes, sendo similar a lei de sopesamento anteriormente mencionada. A ponderação se dá em três etapas: (i) a comprovação do grau da não-satisfação ou

<sup>90</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2015.

<sup>91</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 588-591.

afetação de um dos princípios; (ii) a comprovação da importância da satisfação do princípio colidente; e por fim, (iii) a verificação se a importância da satisfação do princípio colidente, justifica a afetação ou a não-satisfação do outro princípio. O resultado racional por ponderação se dá por juízos racionais dos graus de intervenção e dos graus de importância, por meio das escalas “leve”, “moderado” e “sério”.<sup>92</sup>

A última máxima parcial é analisada em detrimento das possibilidades jurídicas, sendo idêntica a lei do sopesamento, haja vista que quando princípios colidentes não são solucionados pelas máximas da adequação e da necessidade, resta realizar o juízo de ponderação. A primeira etapa do sopesamento refere-se à intensidade da intervenção em grandezas sempre concretas; a segunda etapa remonta a importância da satisfação do outro princípio, podendo conter grandezas abstratas e concretas; por fim, a terceira etapa analisa a relação entre a intensidade da intervenção e o grau de importância, bem como os fundamentos que justificam os graus de intensidade.

A lei n. 13.105/2015 que revogou a Lei 5.869/1973 (Código de Processo Civil) incluiu no § 2º do artigo 489 o princípio da

proporcionalidade, *in verbis*: “no caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”. É evidente que nesta previsão há duas interpretações possíveis: (i) existe um erro na expressão “colisão entre normas”, quando deveria constar “colisão entre princípios”; e (ii) a expressão “colisão entre normas” reflete a adoção da teoria dos princípios de Humberto Ávila.

É importante lembrar que normas jurídicas são compostas por regras e princípios, estabelecendo uma verdadeira relação de gênero e espécies. Assim, a primeira interpretação da previsão legal supracitada direciona um erro na adoção da expressão “normas”, pois como visto anteriormente, Robert Alexy afirma que a máxima da proporcionalidade é aplicada somente aos casos de colisões entre princípios. Por outro lado, a segunda interpretação conduziria a tese de que o legislador adotou a teoria de Humberto Ávila, na qual defende que, tanto os princípios quanto as regras, são passíveis da aplicação do princípio da proporcionalidade.<sup>93</sup>

<sup>92</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2015.

<sup>93</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005.

Longe da problemática interpretativa, a inovação do segundo parágrafo desse artigo declara o dever do juiz de indicar a justificativa do objeto e as etapas da ponderação diante da colisão entre normas, bem como as razões da intervenção da norma afastada e as circunstâncias fáticas que motivam a conclusão. Na temática objeto deste trabalho, caberá ao juiz diante do conflito entre o direito ao esquecimento e os direitos comunicativos aplicar devidamente o princípio da proporcionalidade, indicando suas três etapas, fundamentos e razões que resultaram no sopesamento.

### 3. Teoria dos precedentes e direito ao esquecimento

O direito ao esquecimento não possui fundamento legal específico, mas como visto alhures foi consagrado no Brasil como decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana (Enunciado n. 531 da IV Jornada de Direito Civil), sendo considerado um direito da personalidade autônomo que abarca outros direitos da personalidade. Além disso, como já visto, pode-se encontrar a tutela do direito ao esquecimento indiretamente em alguns dispositivos legais, tais como, a Constituição Federal, o Código Civil, o

Código do Consumidor e até legislações penais (v.g. institutos do perdão, anistia e prescrição), bem como sua concretização em julgados, que serão posteriormente analisados.

#### 3.1. Teoria dos Precedentes e o Reconhecimento do Direito ao Esquecimento na Jurisprudência

Nas palavras de Didier Júnior, Braga e Oliveira, “em sentido *lato*, o precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos”.<sup>94</sup> Tendo em vista que a cultura do precedente judicial no Brasil vem sendo firmada ao longo dos últimos anos, essa inovação trazida pelo novo Código de Processo Civil traduz a positivação do uso do precedente. Vê-se com isso, a aspiração de tornar as decisões judiciais uma fonte de direito, bem como impor o dever de uniformização da jurisprudência, para atingir todo e qualquer julgamento e alcançar todo sistema jurídico.<sup>95</sup>

<sup>94</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 441.

<sup>95</sup> SIQUEIRA, Marília. Noções fundamentais para o julgamento por aplicação do precedente judicial: necessidade de adaptação a partir do Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.); MACÊDO, Lucas

O precedente é uma norma jurídica produzida a partir de uma decisão judicial de um caso concreto que pode ser o fundamento para o julgamento póstumo de casos similares. Eles, como novas fontes do direito brasileiro, foram dotados de autoridade vinculante/obrigatória pelo artigo 927 do Código de Processo Civil.<sup>96</sup> Além disso, o artigo 489, § 1º, VI, do Código de Processo Civil declara que uma decisão judicial não se considera fundamentada se deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

O novo Código de Processo Civil buscou com esses artigos uma maior racionalidade ao Direito. No artigo 489, § 1º nota-se a relação existente entre os precedentes e a teoria da decisão judicial. Com essas novas disposições, os precedentes deixam de ter

apenas efeito persuasivo para adquirir efeito vinculante e serem elevados a fonte do direito. Demonstra-se a consolidação da teoria dos precedentes no Brasil, implicando inclusive no dever de uniformização da jurisprudência, bem como no dever de manutenção da estabilidade, integridade e coerência dela (artigo 926).

Um dos elementos importantes em um precedente é a *ratio decidendi*. Mitidiero afirma que “a *ratio decidendi* refere-se à unidade do direito. Nada obstante, a *ratio* é formada com material recolhido na fundamentação”.<sup>97</sup> A *ratio* é uma razão necessária e suficiente para resolver questões relevantes dos casos, ela não é sinônimo de fundamentação ou raciocínio judiciário. A norma do precedente será formada pelo material relevante e necessário adquirido da fundamentação para a solução dos casos.

Nessa linha, nem tudo que está inserido na fundamentação formará precedente. Têm-se nesse caso, o elemento *obiter dictum* ou *obiter dicta*. Nas palavras de Didier Júnior, Braga e Oliveira, *obiter dicta* trata-se de:

Argumento jurídico, consideração, comentário exposto apenas de passagem na motivação da decisão, que se convola em juízo normativo acessório, provisório, secundário, impressão ou

Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Orgs.). **Novo CPC doutrina selecionada: processo de conhecimento e disposições finais e transitórias**. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 2.

<sup>96</sup> **Art. 927.** Os juízes e os tribunais observarão:  
I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;  
II - os enunciados de súmula vinculante;  
III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;  
IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;  
V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

<sup>97</sup> MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e Precedente – dois discursos a partir da decisão judicial. **Revista de Processo**. Ano 37, vol. 206, p. 61-78. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 65.

qualquer outro elemento jurídico-hermenêutico que não tenha influência relevante e substancial para a decisão.<sup>98</sup>

O *obiter dictum* é o componente não fundamental do precedente que não fundamenta nem influencia considerável e essencialmente a decisão judicial, haja vista ser um elemento acessório e transitório. Siqueira entende ser necessário diferenciar *obiter dictum* e *ratio decidendi*, devido a distinção dos efeitos intrínsecos e extrínsecos produzidos por cada um, nos seguintes termos: “a razão de decidir é o fundamento que sustenta a decisão e que será utilizado futuramente pelos juízes para resolver casos semelhantes, ao passo que os argumentos ditos de passagem não sustentam a decisão”. Siqueira ainda acrescenta que o *obiter dictum* pode ser usado posteriormente para fundamentar a superação de precedente.<sup>99</sup>

A *ratio decidendi* é o alicerce que ampara a decisão, enquanto o *obiter dictum* é apenas um elemento acessório e

transitório, sem influenciar na decisão. Contudo, um *obiter dictum* pode ser elevado a condição de *ratio*, da mesma forma que suposta *ratio decidendi* pode ser rebaixada a *obiter dicta* em caso de superação do precedente. A produção judiciária mesmo sendo uma fonte do direito, deverá respeitar o princípio constitucional da legalidade (art. 5º, II, da Constituição Federal), a qual estabelece ao juiz o dever de agir em conformidade com o Direito, sendo este todo o ordenamento jurídico e não apenas a lei.

A determinação de vinculação dos órgãos julgadores aos precedentes criados no âmbito em que estão implantados chama-se de doutrina do *stare decisis*.<sup>100</sup> Essa determinação possui uma vinculação horizontal e uma vinculação vertical. A primeira vinculação condiz a determinação de que o precedente deve ser seguido pelo próprio órgão que o criou, em razão da segurança jurídica e da igualdade. A segunda vinculação estabelece uma hierarquia entre as Cortes Supremas do Brasil, as demais cortes e juízes a estas vinculados, ou seja, consiste na determinação de que o precedente criado

<sup>98</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 444.

<sup>99</sup> SIQUEIRA, Marília. Noções fundamentais para o julgamento por aplicação do precedente judicial: necessidade de adaptação a partir do Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.); MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Orgs.). **Novo CPC doutrina selecionada: processo de conhecimento e disposições finais e transitórias**. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 2, p. 829.

<sup>100</sup> SIQUEIRA, Marília. Noções fundamentais para o julgamento por aplicação do precedente judicial: necessidade de adaptação a partir do Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.); MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Orgs.). **Novo CPC doutrina selecionada: processo de conhecimento e disposições finais e transitórias**. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 2.

por cortes superiores deve ser seguido pelas demais cortes e juízos de hierarquia inferior.<sup>101</sup>

Nesse sentido, percebe-se que os precedentes foram dotados de força vinculante em sentido horizontal para com o tribunal que os criaram e em sentido vertical para com os demais órgãos submissos ao tribunal criador do precedente. Outro ponto importante são os fundamentos constitucionais dos precedentes. O primeiro fundamento é o princípio da igualdade que consiste em “zelar pela igualdade de tratamento em face das decisões judiciais”, bem como “é fruto do dever de o Estado dar a todos que estão em uma mesma situação jurídica a solução que a Corte Suprema racionalmente delineou, oferecendo as melhores razões possíveis” (art. 5º, *caput*, da Constituição Federal).<sup>102</sup>

A igualdade perante as decisões judiciais expressa tratamento igual a situações idênticas ou similares, que requer a universalização do precedente, evitando a prática de tratamento desigual a casos iguais. Outro fundamento é o princípio da segurança jurídica, que consiste na

“garantia de que nenhum ato normativo do Estado atingirá situações consolidadas no passado. O objetivo, como se vê, é assegurar que essas situações consolidadas no passado devam ser respeitadas no presente e no futuro”.<sup>103</sup> Do princípio da segurança jurídica extrai-se o princípio da proteção da confiança, que repercute no direito processual com os deveres do art. 926, do Código de Processo Civil.

O princípio da segurança jurídica não só traduz o dever de respeito aos precedentes judiciais, como também o dever de uniformizar a jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente. Tenta-se evitar a constante desobediência à aplicação dos precedentes tanto pelos juízos inferiores quanto pela corte que os criou. Com isso se busca garantir uma maior previsibilidade nas decisões judiciais e a efetivação da segurança jurídica, da igualdade e da proteção da confiança.

Precedente, jurisprudência e súmula são noções distintas, mas intimamente ligadas. Como já visto, precedente, em sentido amplo, é a decisão judicial firmada em face de um caso real, cujo norma geral identificada nesse caso pela interpretação de textos legais (*ratio decidendi*), pode ser a base para a apreciação futura de casos

<sup>101</sup> ZANETI JUNIOR, Hermes. Precedentes (Treat like cases alike) e o novo código de processo civil. **Revista de Processo**. Vol. 235, p. 293-349. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

<sup>102</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Da corte que declara o “sentido exato da lei” para a corte que institui precedentes. **Revista dos Tribunais**. Vol. 950, p. 165-198. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 175-176.

<sup>103</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 469-470.

similares. Por outro lado, a jurisprudência é “formada por precedentes persuasivos reiterados no mesmo sentido” ou “julgamento reiterado no mesmo sentido; decisões uniformes, pois”.<sup>104</sup>

Por fim, súmula consiste no “enunciado normativo (texto) da *ratio decidendi* (norma geral) de uma jurisprudência dominante, que é a reiteração de um precedente”.<sup>105</sup> Assim, um precedente quando é aplicado diversas vezes, se transforma em jurisprudência e, se esta for dominante em uma corte, será editada de forma escrita e sintética em enunciado de súmula. Observa-se que são institutos distintos, mas que possuem uma ligação íntima.

O próximo passo é saber quando aplicar um precedente para a solução de uma questão e quando não é. Como já foi visto, se a questão que deve ser solucionada conta com um precedente, na qual a questão é a mesma ou similar, o precedente aplica-se ao caso. Se não for semelhante ou

igual a questão, tendo particularidades fático-jurídicas não incluídas e não abalizadas no precedente, há que se utilizar a técnica do *distinguishing*. Nas palavras de Cruz e Tucci:

Fala-se em *distinguishing* (ou *distinguish*) quando houver distinção entre o caso concreto (em julgamento) e o paradigma, seja porque não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à *ratio decidendi* (tese jurídica) constante no precedente, seja porque, a despeito de existir uma aproximação entre eles, alguma peculiaridade no caso em julgamento afasta a aplicação do precedente.<sup>106</sup>

Trata-se de um método utilizado pelo juiz para verificar se o caso em apreciação pode ou não ser considerado similar ao paradigma/precedente. Do *distinguishing* subtrai-se duas definições: (I) para definir um método de comparação entre o caso em apreço e o precedente, como previsto no artigo 489, § 1º, V, e 927, § 1º, do Código de Processo Civil; (II) para definir o saldo dessa comparação, nos casos em que resulta alguma diferença entre eles, na forma prevista no artigo 489, § 1º, VI e 927, § 1º, do Código de Processo Civil.

Outro ponto importante da teoria dos precedentes é quando o precedente apresenta carência da sua dupla coerência

<sup>104</sup> SIQUEIRA, Marília. Noções fundamentais para o julgamento por aplicação do precedente judicial: necessidade de adaptação a partir do Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.); MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Orgs.). **Novo CPC doutrina selecionada: processo de conhecimento e disposições finais e transitórias**. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 2, p. 821 e 845.

<sup>105</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 487.

<sup>106</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e, 2001, p. 174 *apud* DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 491.

(congruência social e consistência sistêmica) e os princípios da segurança jurídica e da igualdade que sustentam a regra do *stare decisis* não autorizam sua replicabilidade, o precedente há que ser superado, seja total (*overruling*), seja parcial, por meio da transformação (*transformation*) ou reescrita (*overriding*). A superação do precedente é sinalizada pela corte (*signaling*), e muitas vezes sua eficácia só se realiza para o futuro (*prospective overruling*).<sup>107</sup>

Em suma, o sistema de precedentes deve prever essas técnicas de superação para manter o direito fiel a congruência social e a consistência sistêmica, sempre respeitando a confiança incluída no precedente e a igualdade de todos diante da ordem jurídica. A sinalização e a eficácia futura da superação do precedente são técnicas para não causar surpresa injusta e tratamento não isonômico aos interessados perante a mudança do entendimento judicial. Frisa-se que a sinalização apenas consiste na manifestação da tendência da corte a mudar seu entendimento, não se tratando de revogação do precedente.

Com efeito, evidencia-se que, o direito ao esquecimento, objeto principal deste trabalho, ganhou espaço no Brasil através

de dois precedentes da seara criminal produzidos pelo Superior Tribunal de Justiça, sendo o caso da Aída Curi e o caso da Chacina da Candelária.<sup>108</sup> A partir desses julgados e do enunciado n. 531 da IV Jornada de Direito Civil, o direito ao esquecimento foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro, bem como possibilitou a identificação de outros institutos legais que já traziam a ideia do esquecimento.

### 3.2. Recurso Especial nº 1.334.097/RJ - Chacina da Candelária

Em um primeiro momento faz-se mister realizar o delineamento dos fatos e do contraditório que permearam o julgamento do Resp. nº 1.334.097/RJ. Esse recurso refere-se à exposição da imagem e nome de determinada pessoa (sem identificação em razão da preservação do seu direito ao esquecimento), que foi indiciado como coautor/partícipe da sequência de homicídios ocorridos em 23 de julho de 1993, na cidade do Rio de Janeiro, denominados como “Chacina da Candelária”, e que foi veiculado em junho de 2006 num episódio do programa televisivo “Linha Direta – Justiça”, sendo

<sup>107</sup> MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e Precedente – dois discursos a partir da decisão judicial. **Revista de Processo**. Ano 37, vol. 206, p. 61-78. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

<sup>108</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.335.153-RJ**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. DJe 28/03/2013; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.334.097-RJ**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. DJe 10/09/2013.

esta pessoa apontada como um dos envolvidos na chacina, mas que fora absolvido.

Essa pessoa envolvida foi absolvida por negativa de autoria pela unanimidade dos membros do Conselho de Sentença do Tribunal do Júri. Procurado pela emissora, a pessoa se recusou a dar entrevista e demonstrou falta de interesse em ter sua imagem veiculada em rede nacional a tal fato depreciativo. A pessoa alegou que o programa levou ao público fato já superado, que incitou a imagem de chacinador e o ódio social na comunidade em que vivia, ofendendo seu direito à paz, anonimato e privacidade, atingindo até os direitos de sua família. Argumentou ainda que isso prejudicou sua vida profissional e social, levando-o a ter que se desfazer de seus bens e mudar da comunidade em prol de sua segurança e de sua família.

O autor pleiteou indenização no valor de 300 (trezentos) salários-mínimos por danos morais, sendo julgada improcedente na primeira instância. Já em segunda instância, o pedido foi julgado procedente para reconhecer o direito ao esquecimento como derivado do princípio da dignidade da pessoa humana e abrandar a aplicação do direito de informar, condenando a TV Globo Ltda. ao pagamento da quantia de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) de indenização.

Em sede de recurso especial, a emissora de televisão sustentou inexistir dever de indenizar por ausência de ilicitude, uma vez que diversos veículos de comunicação divulgam programas de casos criminais famosos no Brasil e no exterior. Além disso, alegou que não houve ofensa à privacidade/intimidade do autor, pois os fatos veiculados eram públicos e uma parte da história popular e, que o programa era em forma de documentário. Por derradeiro, argumentou que é inconcebível o acolhimento do direito ao esquecimento que pudesse refrear o direito de informar, a pessoa se tornou elemento principal do fato e retratar a história sem a menção a ele retiraria a lógica do programa.

Em um segundo momento faz-se necessária expor a fundamentação jurídica da decisão. O primeiro ponto questionado pelo Relator Ministro Luis Felipe Salomao concerne ao conhecimento do recurso, ou seja, a admissibilidade do recurso especial em detrimento do recurso extraordinário. Trata-se de um elemento acessório e transitório na questão da aplicabilidade do direito ao esquecimento, ou seja, “tais indagações não dizem respeito à conclusão do Tribunal pelo reconhecimento do direito ao esquecimento do cidadão, devendo ser consideradas como *obiter dictum*”.<sup>109</sup>

<sup>109</sup> MOREIRA, Rodrigo Pereira; FONSECA, Jaquiel Robinson Hammes da. A função dos precedentes na concretização do direito geral de

Em seguida, o Tribunal passa a análise do conflito muito recorrente entre a liberdade de informação e de expressão e os direitos inerentes à personalidade, ambos de hierarquia constitucional. O relator demonstra que esse conflito é muito comum no tribunal, mas representa atualmente um desafio ao julgador com a nova realidade social e a informação massificada. O caso apresentado concebe novo direito derivado da dignidade da pessoa humana e de outros direitos (privacidade, honra e intimidade), ou seja, o reconhecimento do direito ao esquecimento que, segundo o tribunal, consiste em não ser recordado contra sua vontade, de fatos pretéritos depreciativos, de natureza criminal.

Ato contínuo, afirma que o direito ao esquecimento se fortalece quando aplicado a internet, *habitat* que eterniza o que nele é publicado, com alcance potencializado. O relator traz a questão do enunciado nº 531 aprovado na IV Jornada de Direito Civil, bem como a proteção aos dados pessoais na internet no âmbito do direito comparado (Diretivas da União Europeia n. 46/1995/CE e 2002/58/CE). Essa parte poderia ser considerada *obiter dictum* por não versar explicitamente sobre divulgação televisiva de fato criminal pretérito, mas “é

certo que tal posicionamento pode conter um caráter persuasivo para a solução de casos futuros que versem sobre o direito ao esquecimento na rede mundial de computadores”.<sup>110</sup>

Ao caso específico analisado, o relator expõe as seguintes assertivas contrárias a tese do direito ao esquecimento:

i) o acolhimento do chamado direito ao esquecimento constitui atentado à liberdade de expressão e de imprensa; ii) o direito de fazer desaparecer as informações que retratam uma pessoa significa a perda da própria história, o que vale dizer que o direito ao esquecimento afronta o direito à memória de toda a sociedade; iii) cogitar de um direito ao esquecimento é sinal de que a privacidade é a censura do nosso tempo; iv) o mencionado direito ao esquecimento colidiria com a própria ideia de direitos, porque estes têm aptidão de regular a entre o indivíduo e a sociedade, ao passo que aquele finge que essa relação não existe – um “delírio da modernidade”; v) o direito ao esquecimento teria o condão de fazer desaparecer registros sobre crimes e criminosos perversos, que entraram para a história social, policial e judiciária, informações de inegável interesse público; vi) ou uma coisa é, na sua essência, lícita ou ilícita, não sendo possível que uma informação lícita transforme-se em ilícita pela simples passagem do tempo; vii) quando alguém se insere em um fato de interesse coletivo, mitiga-se a proteção à intimidade e privacidade em benefício do interesse público e, ademais, uma segunda publicação (a lembrança, que conflita com o esquecimento) nada mais faz do que reafirmar um fato que já é de conhecimento público; viii) e, finalmente, que programas policiais relatando acontecimentos passados, como crimes cruéis ou assassinos célebres, são

personalidade: reflexões a partir do direito ao esquecimento. **Revista do Processo**. N. 256, p. (texto cedido pelos autores). São Paulo: Revista dos Tribunais, maio 2016, p. 19.

<sup>110</sup> MOREIRA, Rodrigo Pereira; FONSECA, Jaquiel Robinson Hammes da. A função dos precedentes na concretização do direito geral de personalidade: reflexões a partir do direito ao esquecimento. **Revista do Processo**. N. 256, p. (texto cedido pelos autores). São Paulo: Revista dos Tribunais, maio 2016, p. 19.

e sempre foram absolutamente normais no Brasil e no exterior, sendo inerente à própria atividade jornalística.<sup>111</sup>

Ademais, o relator alega, com base nas ideias de Zygmunt Bauman, que na atual sociedade da hiperinformação percebe-se grandes alterações nas arenas pública e privada da vida humana, com a invasão do espaço público por questões privadas. Ainda, a partir das ideias de Paulo José da Costa Junior, o relator vislumbra o esmagamento da intimidade e da privacidade com permissividade e conformismo, formulando a sociedade do espetáculo, no qual a vida privada torna-se um prazer ilegítimo e excêntrico, sinalizando atraso e mediocridade. Diante disso, necessita-se de novos direitos ou outras perspectivas dos direitos já existentes.

Entretanto, também reconhece a liberdade de imprensa como necessária a um Estado Democrático de Direito, mas não deixa de salientar que nenhum direito fundamental é absoluto, sendo os direitos comunicativos (arts. 220, 221, IV e 222, § 3º, da Constituição Federal) limitados, v.g., pela inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas (art. 220, § 1º, da Constituição Federal). O relator afirma que há uma inclinação para soluções protetivas da pessoa humana, mas

deve-se atentar as peculiaridades do caso concreto. Em caso de violação desses direitos da personalidade é cabível a indenização pelo dano material ou moral (art. 5º, X, da Constituição Federal).

Os direitos da personalidade estão umbilicalmente ligados a dignidade da pessoa humana e, no conflito com estes, a adoção de parâmetros da proporcionalidade e da razoabilidade legitima a mitigação de um dos valores constitucionais em colisão. Essa preferência pela dignidade da pessoa humana está prevista no artigo 1º, inciso III e no artigo 5º, inciso IX, da Constituição Federal e nos artigos 11, 20 e 21 do Código Civil.

A respeito da alegação da empresa televisiva de que o jornalismo policial é de cunho documental e histórico, o relator afirma que realmente os crimes passados demonstram os traços políticos, sociais e culturais de certo tempo, podendo definir a evolução ou regressão da pessoa humana em sociedade, mas este jornalismo deve ser visto com cuidado. O fenômeno criminal aliado a fama é resultado da exploração midiática extrapolada e do populismo penal satisfativo dos prazeres básicos das massas, como é o caso do programa Linha Direta ou o posterior Linha Direta Justiça. Essa exploração pela mídia conduz a potencial influência direta no resultado do

<sup>111</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.334.097-RJ**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. DJe 10/09/2013, p. 16-17.

juízo por meio de jornalismo e dramatização.

Tanto a historicidade do crime quanto o interesse público não podem impedir o reconhecimento do direito ao esquecimento, pois este pode “significar um corretivo – tardio, mas possível – das vicissitudes do passado, seja de inquéritos policiais ou processos judiciais pirotécnicos e injustos, seja da exploração populista da mídia”.<sup>112</sup> Como visto alhures, essa mídia é fruto da civilização do espetáculo, pois há mais o interesse de entreter do que o de informar o cidadão.

Considerando as ideias do filósofo François Ost, o relator esclarece que a prescrição consiste em um direito ao esquecimento programado, sendo ela um dos instrumentos do Direito para estabilização do passado. Acrescenta ainda que o direito ao esquecimento é aplicado em respeito à vida privada determinando que pessoas, personagens públicas ou não, possam, depois de certo tempo, serem deixadas em paz e recair no esquecimento e no anonimato. Esse direito se impõe e se aplica a todos, inclusive aos condenados que já cumpriram sua pena e buscam a ressocialização.

Em seguida, o relator traz a argumentação jurídica os seguintes precedentes

persuasivos do direito comparado que reconhecem o direito ao esquecimento como decorrente da dignidade da pessoa humana e do direito à privacidade: (i) Marlene Dietrich (Tribunal de Paris); (ii) Melvin vs Reid (ocorrido em 1931, no Tribunal de Apelação da Califórnia) e; (iii) Lebach (Tribunal Constitucional Alemão). No Brasil, o relator cita os seguintes institutos sobre o direito ao esquecimento decorrente dos direitos fundamentais, da pessoa humana e do direito positivo infraconstitucional: (i) da prescrição; (ii) do prazo máximo para inscrição de informações negativas do consumidor em bancos de dados (art. 43, § 1º, do Código do Consumidor); (iii) da reabilitação criminal (art. 93 do Código Penal e art. 748 do Código de Processo Penal) e; (iv) do sigilo da folha de antecedentes após cumprimento da pena (art. 202 da Lei de Execuções Penais).

Segundo o relator, a liberdade de informar não é um direito absoluto e ilimitado, sendo restringido pela verossimilhança da informação, pela existência de interesse público e pelo intervalo temporal para definir a licitude da divulgação. No fenômeno criminal existe interesse público, como fiscalização social a resposta estatal ao fato ocorrido, mas esse interesse acaba quando a resposta penal conferida ao fato cumpre sua finalidade. Nos processos criminais, o reconhecimento do direito ao

<sup>112</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.334.097-RJ**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. DJe 10/09/2013, p. 28.

esquecimento representa a evolução humanitária e cultural de uma sociedade, bem como concretude do ordenamento jurídico, ao garantir a esperança de reabilitação da pessoa humana.

Em relação ao caso concreto, verifica-se que, a Chacina da Candelária é um acontecimento histórico brasileiro, mas a notícia poderia ter sido divulgada sem a menção do nome e da imagem do cidadão. O relator afirma que uma nova veiculação do fato com a menção do nome e da imagem da pessoa representaria uma segunda ofensa à sua dignidade, pois a primeira ofensa já ocorrera quando foi indiciado por crime que não cometera. Enfim, o relator votou pela manutenção da condenação em danos morais no *quantum* de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), sendo seu voto acompanhado, por unanimidade, pelos demais membros.

### 3.2.1. A *Ratio Decidendi* e a Formação do Precedente

O Superior Tribunal de Justiça neste precedente decidiu pelo reconhecimento do direito ao esquecimento como decorrente da dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade (privacidade, intimidade, honra e imagem). A *ratio decidendi* desse precedente estabelece que a pessoa envolvida em um processo criminal tem o direito de não ser recordada

deste fato depreciativo após o transcurso de certo prazo, sendo ela personagem pública ou não, terá o direito de ser esquecida. A ofensa a esse direito suscita o dever de indenizar pelos danos morais causados.

Têm-se que, em casos similares ao caso analisado neste precedente também deverá ser reconhecido o direito ao esquecimento. Embora o caso do precedente verse sobre uma pessoa absolvida por unanimidade pelo Tribunal do Júri, ficou claro, nos fundamentos do relator, que cidadãos que forem condenados e cumprirem sua pena também têm o direito ao esquecimento, uma vez que é impossível garantir a ressocialização do indivíduo se ele for marcado e tachado pela sociedade em razão dos seus erros pretéritos. Assim, a absolvição não é condição para o reconhecimento do direito ao esquecimento.

Além disso, embora o caso do precedente tratava sobre publicação do fato em emissora de televisão, poderia, teoricamente, aplicar o direito ao esquecimento quando o fato depreciativo fosse divulgado em outro meio de comunicação, como por exemplo a internet, mas como se verá na análise do próximo precedente, de julgamento anterior a este caso, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça foi o inverso, ou seja, pelo não reconhecimento do

direito ao esquecimento em razão de divulgação na internet.

### 3.3. Recurso Especial nº 1.316.921/RJ - Xuxa versus Google

Primeiramente, é necessário fazer o esboço dos fatos e do contraditório que permearam o julgamento do Resp. nº 1.316.921/RJ. Trata-se de recurso especial interposto por Google Brasil Internet Ltda. contra o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (art. 105, III, “a” e “c”, da Constituição Federal). Verifica-se que a recorrida Maria da Graça Xuxa Meneghel ajuizou ação ordinária inominada contra a recorrente, pretendendo impor esta última a retirar do seu *site* de pesquisas, via Internet, chamado Google Search, os resultados referentes à procura pela expressão “xuxa pedófila” ou também qualquer outra expressão que associe o nome da recorrida a uma prática delituosa qualquer.

Tal pretensão da recorrida, teve como fundamento os seguintes fatos:

(i) a autora, em 1982, participou do elenco do filme “Amor, Estranho Amor”, no qual protagonizava uma cena de sexo com um menor de idade; (ii) posteriormente ao filme, a autora alcançou o sucesso nacional, passando a figurar como apresentadora de programas infantis; (iii) buscando “apagar” a impressão conflitante que poderia surgir entre sua condição de ídolo infantojuvenil e o polêmico filme, a autora procurou, ao longo dos anos, todos os meios para inibir a circulação do

produto; (iv) após a Internet, o controle da divulgação do filme, por meio de cópias não autorizadas, tornou-se impossível para a autora; e, (v) viu seu nome ser constantemente ligado à prática do crime de pedofilia, o que entra em rota de colisão com sua atual *persona* pública, firmada por meio de diversos programas voltados ao público infantojuvenil.<sup>113</sup> (sic)

Na instância inferior, o pedido de tutela antecipada foi deferido, determinando que o recorrente se contenha de disponibilizar aos seus usuários, em seu provedor de pesquisa, quaisquer resultados/*links* relativos à busca “Xuxa”, “pedófila”, “Xuxa Meneghel” ou alguma expressão similar, isoladamente ou conjuntamente, com ou sem aspas, no prazo de 48 horas, sob pena de multa cominatória de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) por cada resultado positivo liberado ao usuário. A recorrente impugnou essa decisão por meio de agravo de instrumento.

Em sede recursal, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro proveu parcialmente o agravo, limitando a liminar somente às imagens expressamente mencionadas pela recorrida/agravada, contudo sem a retirada dos *links* na exposição dos resultados de busca. Desse acórdão, ambas as partes interpuseram embargos de declaração,

<sup>113</sup> CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e; OLIVA, Afonso Carvalho de; MOREIRA, Querolayne Chaina Cambil; TIBURSKI, Cátia. Um estudo do caso Xuxa vs. Google Search (REsp 1.316.921). **Revista de Direito das Comunicações**. Vol. 7, p. 335-355. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan-jun 2014, p. 337.

sendo rejeitados pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Insatisfeita, a recorrente interpôs recurso especial, argumentando ofensa aos artigos 461, §§ 4º e 6º do Código de Processo Civil de 1973 e 248 do Código Civil, ao qual prescreve que a obrigação estará resolvida, se a prestação do fato se torna impossível sem culpa do devedor, bem como alega dissídio jurisprudencial, ou seja, o recurso versa eminentemente sobre matéria processual. O TJ/RJ negou seguimento a esse recurso especial, dando ensejo à interposição do Agravo em Recurso Especial 103.125/RJ, que foi conhecido para determinar a apreciação do recurso especial. Constata-se também os contornos para a discussão do direito ao esquecimento, reconhecido pela Corte Superior em 2013.

Posteriormente, será analisada a fundamentação jurídica da decisão. O primeiro ponto abordado pela Relatora Ministra Nancy Andrichi foi uma questão de ordem. Cuida-se de pedido de adiamento do julgamento do recurso feito pela recorrida em razão do agravo e as contrarrazões terem sido juntadas nos autos originários, bem como a não concessão de prazo para enfrentamento do mérito atinente a conversão do agravo em recurso especial.

A relatora indeferiu o pedido, argumentando que a recorrida aguardou a

véspera do julgamento para fazer tal manifestação, ou seja, após três meses da conversão, bem como o fato de que o agravo não se forma mais por instrumento, sendo interposto nos próprios autos (art. 544 do Código de Processo Civil com alteração dada pela Lei nº 12.322/10). Percebe-se que se trata de *obiter dictum*, ou seja, uma disposição acessória e transitória, pois não está ligada a questão principal do precedente.

Outra disposição *obiter dictum* é o esclarecimento de que a Corte apreciará apenas o recurso especial interposto pela Google, tendo em vista que a recorrida Xuxa não interpôs recurso contra a decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que negou seguimento ao seu recurso especial, inviabilizando o seu conhecimento pelo Superior Tribunal de Justiça, ou seja, a relatora apenas esclarece questão de conhecimento dos recursos interpostos.

Em seguida, a relatora analisa a responsabilidade da Google. Primeiramente, afirma que o tema em questão é atual e de extraordinária importância, uma vez que a sociedade contemporânea possui um estado de dependência em face à Internet, bem como têm-se a impossibilidade de se conhecer toda variedade de conteúdo das inúmeras páginas da *web*. Em razão disso, verifica-se a importância da

existência e utilização das ferramentas de pesquisa dos *sites* de busca. Nesse universo virtual, nota-se também a importância da Internet como meio de consagração dos direitos comunicativos, caracterizadores da atual sociedade contemporânea firmada na informação.

Contudo, esses mesmos mecanismos de busca também contribuem na busca por conteúdo ilícito, comuns no anonimato do ambiente virtual, sendo assim, fundamental a fixação de restrições da responsabilidade desses *sites* de busca. Verifica-se aí a presença da civilização do espetáculo com a divulgação sem controle de conteúdo ilícitos na Internet, haja vista que o caráter informativo, educativo e formador dos dados a serem divulgados são perdidos quando se disponibiliza conteúdos ilegais, com caráter de entretenimento, ofensa aos direitos da personalidade e instigação a perseguição criminosa.

Posteriormente, a relatora analisa a sujeição dos serviços da Internet ao Código de Defesa do Consumidor, afirmando que é “inegável relação de consumo nos serviços de Internet, ainda que prestados gratuitamente”.<sup>114</sup> Logo, a exploração comercial da Internet sujeita as relações jurídicas de consumo (Lei nº 8.078/90), bem como a essa relação virtual aplica-se

os requisitos de um negócio jurídico tradicional (i - legítima manifestação da vontade das partes; ii - objeto lícito, possível, determinado ou determinável e; iii - forma prescrita ou não defesa em lei).

Mesmo que o serviço prestado pelo provedor seja gratuito, isso não descaracteriza a relação de consumo, pois há um ganho indireto do fornecedor, incluído pela interpretação extensiva da expressão “mediante remuneração” constante no art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor. Ao caso em questão, a relatora declara a presença do *cross marketing* nos serviços do Google, tendo em vista que apesar das pesquisas feitas no Google Search serem gratuitas, a empresa vende espaços publicitários e preferências na ordem de listagem dos resultados de pesquisa no *site*.

No caso em tela, a relatora afirma que não há que se dizer em serviço defeituoso, nos termos do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, tampouco em risco da atividade para responsabilizar o provedor por danos advindos do conteúdo das pesquisas feitas pelos usuários (art. 927, parágrafo único, Código Civil), uma vez que ao provedor de pesquisa não se aplica as mesmas razões das decisões envolvendo provedores de conteúdo, bem como não há ingerência no conteúdo dos *links* indexados e indicados pelos provedores de pesquisa. Acrescenta ser inviável a definição de

<sup>114</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.316.921-RJ**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. DJe 29/06/2012, p. 09.

critérios autorizativos do veto ou do descarte de certa página e arriscado conceder esse juízo de discricionariedade aos provedores.

Adaptando a regra do art. 927, parágrafo único, do Código Civil e o enunciado 38 da I Jornada de Direito Civil ao mundo virtual, a relatora afirma que “não se pode considerar o dano moral um risco inerente à atividade dos provedores de pesquisa”,<sup>115</sup> sendo assim, ilegítima a responsabilização desses provedores pelo teor dos resultados das buscas feitas pelos usuários, uma vez que, por sua natureza, os provedores de serviços da Internet não desempenham atividades de risco, bem como não provocam risco para direitos de terceiros superiores aos riscos de qualquer atividade mercantil.

Os provedores de pesquisa realizam sua função no universo virtual, cujo o acesso é público e ilimitado, se limita a identificar páginas na *web*, onde dados e informações são livremente divulgados, ainda que ilícitos. Cunha e Cruz, Oliva, Moreira e Tiburski destacam que “mesmo que não houvesse a prestação do serviço de busca, o conteúdo, ilícito ou não, continuaria disponibilizado para qualquer usuário da Internet, haja vista tais páginas com

conteúdo ilícito serem partes integrantes da rede mundial de computadores”.<sup>116</sup>

Para a relatora, cabe ao ofendido a exclusão de conteúdo ilícito ou qualquer outra medida para sua supressão, que, por conseguinte, conceberia a ablação dos resultados gerados pelos provedores de pesquisa. Adiciona ainda que “não há como delegar a máquinas a incumbência de dizer se um determinado *site* possui ou não conteúdo ilícito, muito menos se esse conteúdo é ofensivo a determinada pessoa”.<sup>117</sup> Isso porque, as ferramentas de processamento dos provedores de informações são inábeis para identificar conteúdos ilícitos, bem como a verificação prévia do teor de cada página eliminaria ou reduziria a capacidade de disponibilização de dados em tempo real.

A relatora considera insubsistente a imposição de critérios objetivos de restrição às pesquisas, tendo em vista que o ser humano pode encontrar meios de burlar as restrições de busca, bem como isso pode estimular a ação de *hackers* no sentido de promover a dispersão dos dados que se busca restringir. Além disso, eventual

<sup>115</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.316.921-RJ**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. DJe 29/06/2012, p. 12.

<sup>116</sup> CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e; OLIVA, Afonso Carvalho de; MOREIRA, Querolayne Chaina Cambil; TIBURSKI, Cátia. Um estudo do caso Xuxa vs. Google Search (REsp 1.316.921). **Revista de Direito das Comunicações**. Vol. 7, p. 335-355. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan-jun 2014, p. 338.

<sup>117</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.316.921-RJ**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. DJe 29/06/2012, p. 14.

restrição não atingiria os provedores de pesquisa situados em outros países, podendo fazer as mesmas pesquisas e obter resultados similares.

Argumenta também que essa censura inibiria o direito à informação, tendo em vista que a restrição para a busca de qualquer palavra ou expressão vedada dificultaria o acesso a todo conteúdo relacionado, independentemente de ser ou não ilícito. Exemplifica no pedido da recorrida em vedar que serviço da recorrente indique resultados de pesquisa com o termo “pedofilia”, pois impediria o acesso até conteúdos lícitos, como, reportagens, denúncias e notícias sobre o tema, bem como a entrevista da recorrida sobre pedofilia e a proibição até dificultaria a publicação desse julgado.

A relatora arremata dizendo que “não se pode, sob o pretexto de dificultar a propagação de conteúdo ilícito ou ofensivo na *web*, reprimir o direito da coletividade à informação”.<sup>118</sup> Por meio do critério de sopesamento, a ministra analisa os direitos abrangidos, quais sejam, direito individual de ver cessada a propagação de conteúdo ilegal ou ofensivo na *web* e o direito coletivo à informação, assim como a ameaça provável de violação de cada um deles, concluindo pela proteção a garantia

da liberdade de informação firmada pelo artigo 220, § 1º, da Constituição Federal, levando em consideração que a Internet é hoje o meio essencial de comunicação social de massa.

Em seguida, frisa que não é admissível a pesquisa eliminar a reprodução de imagens das páginas indicadas no resultado, tendo em vista que até o acórdão recorrido afirma que os documentos anexados aos autos, em sua maioria, possuem conteúdo inócuo e enaltecedores a recorrida, persistindo a falta de técnica para distinguir conteúdo ilegal ou insultuoso, bem como a eliminação não criteriosa de todas as imagens violaria novamente o direito à informação.

Precisa-se de ordem judicial caso seja cabível a restrição de qualquer conteúdo, haja vista a inviabilidade de conceder essa discricionariedade ao provedor ou a vítima. Os precedentes da mesma Corte decidiram pela responsabilidade de provedores de conteúdo em relação aos *sites* de rede social,<sup>119</sup> porque o provedor dispõe um serviço de denúncia e nos termos de uso aderidos pelos usuários, permitem a supressão de páginas com conteúdo ofensivo; segundo a relatora, isso não se aplica aos sites de pesquisa, pois esses,

<sup>118</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.316.921-RJ**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. DJe 29/06/2012, p. 16.

<sup>119</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.186.616-MG**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. DJe 31/08/2011; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.193.764-SP**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. DJe 08/08/2011.

inclusive, não exigem o cadastramento do utente.

Ela reconhece que a exclusão de texto ou imagem por meio de ordem judicial depende da identificação de sua URL (*Universal Resource Locator* ou Localizador Universal de Recursos), ou seja, necessita da indicação do endereço virtual do *site* ou página, responsável pelo armazenamento do conteúdo ofensivo ou ilegal, porque sem sua indicação, não há como garantir a eficácia da medida ao decorrer do tempo. Por meio da URL ou do provedor usado para hospedagem do respectivo *site*, o ofendido poderá identificar o responsável pela inclusão do conteúdo ilícito.

Ao identificar o autor do ilícito, o ofendido poderá demandar contra este, mas carecerá de interesse de agir em relação ao provedor de pesquisa, por total carência de providência jurisdicional. Diante do exposto, a relatora arremata que os provedores de pesquisa:

(i) não respondem pelo conteúdo do resultado das buscas realizadas por seus usuários; (ii) não podem ser obrigados a exercer um controle prévio do conteúdo dos resultados das buscas feitas por cada usuário; e (iii) não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação do URL da página onde este estiver inserido.<sup>120</sup>

<sup>120</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.316.921-RJ**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. DJe 29/06/2012, p. 20.

Por fim, o Superior Tribunal de Justiça finaliza que o ofendido não tem razão em demandar em desfavor do recorrente, pois o provedor de pesquisa apenas facilita o acesso ao conteúdo e não providencia o conteúdo eivado de ofensividade ou ilicitude. Acrescenta que a multa cominada pelas instâncias inferiores traduz em evidente violação ao artigo 461, § 4º, do Código de Processo Civil de 1973, bem como a imposição de restrição aos provedores de pesquisa representa ofensa ao direito constitucional de informação.

### 3.3.1. A *Ratio Decidendi*, a Formação do Precedente e a Lei nº 12.965/2014 – Marco Civil da Internet

Apesar do Recurso Especial nº 1.316.921/RJ versar sobre matéria eminentemente processual, litígio a respeito da conveniência da medida liminar nos autos originários, nota-se que o Superior Tribunal de Justiça preferiu por adentrar no mérito da questão, construindo vários argumentos sobre a possibilidade ou não da concretização do pleito principal, qual seja, a eliminação e seleção dos resultados de buscas realizadas pelos usuários através do provedor Google Search, sem, contudo, analisar o reconhecimento do direito ao esquecimento.

O Superior Tribunal de Justiça entendeu que a recorrida não tem razão em demandar contra o provedor de pesquisa, pois este somente facilita o acesso ao conteúdo e não a disponibilização de conteúdo ilícito e ofensivo. A *ratio decidendi* desse precedente estabelece não ser admissível que os provedores de pesquisa eliminem ou restrinjam dos seus resultados termo ou expressão, bem como em relação a imagens e textos, independente de identificação da URL, sob pena de refrear o direito coletivo à informação. Esses provedores também não respondem pelo conteúdo do resultado das pesquisas feitas pelos utentes, não podendo serem compelidos a realizar controle prévio do conteúdo desses resultados.

No caso em questão, a Corte deixou de aprofundar a tese do direito ao esquecimento, demonstrado posicionamento drasticamente contrário ao apresentado por julgados do direito estrangeiro, que reconhecem esse direito na Internet, bem como a possibilidade de interpretação extensiva do julgado analisado anteriormente. Um dos exemplos do direito comparado é o caso espanhol de Mario Costeja *versus* Google Search, que concebeu o reconhecimento do direito ao esquecimento quando a indexação causar algum dano para a pessoa indexada.<sup>121</sup>

<sup>121</sup> CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e; OLIVA, Afonso Carvalho de; MOREIRA,

Outro julgado acerca da regulação da proteção dos dados pessoais é o caso González *versus* Google Spain. O Tribunal de Justiça da União Europeia entendeu que os provedores de pesquisas se sujeitam a regulação da proteção dos dados pessoais, bem como a pessoa tem o direito de obstar informações a seu respeito, após transcorrido determinado tempo e o conteúdo não ser mais útil.<sup>122</sup> Ainda na análise da experiência estrangeira sobre a possibilidade do direito ao esquecimento, Martinez relata que:

Foi analisado o embate travado entre a Google Spain e a Agência de Proteção de Dados Espanhola, bem como o resultado final com a manifestação do Tribunal de Justiça da União Europeia que conferiu o direito ao esquecimento a todos os cidadãos europeus, possibilitando, ainda, a autodeterminação informativa em face dos motores de busca. Ademais, verificou-se a existência de proposta de reforma da Directiva 95/46/CE que tramita no Parlamento Europeu, que prevê o direito ao esquecimento, permitindo-se, assim, a possibilidade do cancelamento de dados.<sup>123</sup>

Evidencia-se o reconhecimento do direito ao esquecimento na internet pelo direito

---

Querolayne Chaina Cambil; TIBURSKI, Cátia. Um estudo do caso Xuxa vs. Google Search (REsp 1.316.921). **Revista de Direito das Comunicações**. Vol. 7, p. 335-355. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan-jun 2014, p. 350.

<sup>122</sup> LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. Direito ao esquecimento e Internet: o fundamento legal no direito comunitário europeu, no direito italiano e no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**. Vol. 103, N. 946, p. 77-109. São Paulo: Revista dos Tribunais, agosto, 2014.

<sup>123</sup> MARTINEZ, Pablo Dominguez. **Direito ao esquecimento**: a proteção da memória individual na sociedade da informação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

européu através de julgados e diretivas a respeito. O direito europeu concede além do esquecimento, a autodeterminação informativa, que nada mais é do que a possibilidade de a pessoa gerar seus próprios dados, protegendo a privacidade com a autodeterminação dos dados presentes, e a memória individual com a autodeterminação dos dados passados.

Contudo, o Brasil, um país independente e soberano, deve tratar o direito ao esquecimento na internet com base em sua Constituição Federal e em legislação própria, razão pela qual passa-se ao estudo da Lei nº 12.965/2014, denominada de “Marco Civil da Internet. Primeiramente, faz-necessário expor que a disciplina do uso da internet no Brasil tem como princípio a garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, bem como o princípio da proteção da privacidade e dos dados pessoais (art. 3º, da Lei nº 12.965/2014), ou seja, no uso da internet, o Brasil optou pela proteção de ambos direitos em colisão.

Nesse sentido, percebe-se que essa lei protege tanto os direitos comunicativos quanto os direitos da personalidade. A internet é o principal meio condutor para a realização máxima do acesso à informação, ao conhecimento, à participação na vida cultural, na condução de assuntos públicos e na manifestação do pensamento e da

expressão de cada indivíduo. Mas também é o meio que mais produz risco a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, do fluxo e do armazenamento das comunicações privadas, dos dados pessoais, dos registros de conexão e de acesso, mesmo com sua proteção consagrada em lei.

O legislador deu preferência aos direitos comunicativos, bem como impossibilitou a criação de agências reguladoras para atuar extrajudicialmente nesses casos, por meio da previsão do artigo 19, *in verbis*:

Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

Lado outro, em seu artigo 21, concedeu a atuação extrajudicial na exclusão de dados pessoais ilícitos ou ofensivos, por meio da notificação do participante ou seu representante legal, sendo os provedores de conexão responsáveis subsidiariamente pela sua divulgação se não deixar de disponibilizar o conteúdo gerado por terceiro, dentro dos seus limites técnicos, que se tratar de violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de

vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado.

Já o artigo 7º, inciso VIII, possibilita o pedido de exclusão definitiva dos dados pessoais fornecida a certa aplicação da internet, ao findar a relação entre os envolvidos, ressalvadas as situações legais de guarda dos registros. Nenhuma dessas disposições aplica-se ao caso em tela. Na elaboração dessa lei, o legislador deixou de atender as decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia, que reconheceu a responsabilidade dos provedores de pesquisa na exclusão de informações ofensivas, através da desindexação dos termos, imagens, vídeos ou textos específicos, configurando o direito ao esquecimento. Para os brasileiros, essa questão nem mereceu atenção pelo Congresso Nacional.

O Marco Civil da Internet não seguiu a tendência europeia de responsabilização dos provedores de pesquisa, impossibilitando assim, a autodeterminação informativa e a caracterização e consagração do direito ao esquecimento na internet. Essa lei não faz qualquer menção a proteção da memória individual, deixando de ampliar a garantia aos direitos individuais, em especial o direito ao esquecimento, aspecto importante e integrante da dignidade da pessoa humana, “pode-se dizer que houve

um verdadeiro “esquecimento” do direito ao esquecimento”.<sup>124</sup>

No caso *Xuxa versus Google* é evidente a possibilidade do reconhecimento ao direito ao esquecimento, no qual uma pessoa, ainda que pública, possa impedir a disponibilização de informações relacionadas ao seu nome ou a sua pessoa. Apesar de reconhecida a essencialidade da função exercida pelos provedores de pesquisa, “em que pese o fato de realmente não haver qualquer influência do serviço de busca *Google Search* nas páginas por ele exibidas, não se pode olvidar o impacto que o sistema de busca possui na divulgação e na facilitação de localização dessas páginas”.

A decisão apresentada pelo Superior Tribunal de Justiça apesar de ter fundamentos válidos, em prol da preservação do direito coletivo à informação, do acesso à internet em tempo real e da importância dos provedores de pesquisa; não adentrou nos contornos do direito ao esquecimento na internet, já reconhecido no direito comparado, deixando de analisar os impactos provocados pelos serviços de busca em sua violação, tendo em vista que esses provedores não são responsáveis pela disponibilização do conteúdo ilícito ou

<sup>124</sup> MARTINEZ, Pablo Dominguez. **Direito ao esquecimento:** a proteção da memória individual na sociedade da informação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 149.

ofensivo, mas ocasionam o agravamento do dano gerado por terceiro.

Diante do exposto, tenciona-se pela não aplicação desse precedente aos casos similares ou idênticos que envolvam o reconhecimento do direito ao esquecimento na internet em relação aos provedores de pesquisa. Esse entendimento do Superior Tribunal de Justiça precisa ser superado, pois os provedores de pesquisa têm poder determinante na disseminação nacional e internacional do conteúdo ilícito fornecido na internet. Se não for pela superação, prima-se por considerar esse entendimento como *obiter dicta*, levando em consideração os julgados posteriores dessa Corte que reconheceram o direito ao esquecimento, bem como as decisões do direito comparado e o posicionamento doutrinário brasileiro.

### 3.4. Recurso Especial nº 1.660.168/RJ

Anos após o julgamento do recurso anteriormente analisado, o Superior Tribunal de Justiça, em 2018, apresentou novo entendimento em um caso envolvendo direito ao esquecimento e a internet. Trata-se de recursos especiais interpostos por Google Brasil Internet Ltda., Yahoo! do Brasil Internet Ltda. e Microsoft Informática Ltda. A ação originária foi proposta por Denise Pieri Nunes para obter a

desindexação/desvinculação do seu nome aos resultados de pesquisa fornecidos pelas recorrentes referente as notícias de suspeitas de fraude no XLI Concurso da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

No primeiro grau de jurisdição, após a liminar deferida, o feito foi julgado improcedente, sob o argumento de que os provedores de pesquisas não são responsáveis pelo teor das reportagens localizadas. Em sede recursal, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro deu provimento ao recurso para as promovidas filtrarem as reportagens envolvendo a autora da demanda, sob o argumento de que os direitos da personalidade devem prevalecer sobre a circulação de reportagens por tempo imoderado. Inconformados, as recorrentes interpuseram recurso especial.

A alegação de violação do art. 535 do Código de Processo Civil alegado pelos recorrentes e rejeitado pela Relatora Nancy Andrichi versa apenas sobre a admissibilidade de embargos declaratórios no caso em questão, tratando-se de elemento *obiter dicta* do precedente em comento. Já a arguição de decisão *extra petita*, a relatora entendeu não haver incongruência entre os pedidos da inicial e as decisões do tribunal de origem, tal questão enquadra-se como *obiter dicta* desse precedente.

A relatora vencida apresenta os seguintes argumentos para o não provimento dos recursos: 1) Não há legislação geral brasileira para proteção de dados pessoais; 2) Já há precedente firmado pela não imposição do papel de fiscal aos provedores de pesquisa sobre o conteúdo disponibilizado por terceiros (REsp. 1.316.921/RJ, STJ); 3) Apesar do reconhecimento do direito ao esquecimento em casos específicos, não há como impor aos provedores de pesquisas o encargo de filtragem prévia de conteúdo (AgInt no REsp. 1.593.873/SP); 4) A Lei do Marco Civil da Internet preenche parcialmente a lacuna legal a respeito do tema e o seu art. 7º, X aplica-se quanto a exclusão apenas do conteúdo disponibilizado pelo próprio ofendido aos provedores de aplicação da Internet.

A relatora vencida Nancy Andrichi lembrou que os casos de deferimento da aplicação do direito ao esquecimento remetiam-se a casos específicos envolvendo decurso temporal e condenação cumprida ou absolvição do réu. Ela argumentou ainda que a filtragem do conteúdo não é atividade intrínseca do serviço prestado pelo provedor de pesquisa e é inviável a ele, bem como aduz que a recorrido não proveu informações as recorrentes para aplicação do art. 7º, X da Lei 12.965/2014 e não há no ordenamento

jurídico brasileiro a imposição de retirada de dados no caso em questão.

Apesar de votar pelo conhecimento e provimento dos recursos especiais, a relatora restou vencida. O voto vencedor foi do Ministro Marco Aurélio Bellizze, a qual divergiu apenas sobre a análise do direito ao esquecimento no ambiente digital. O ministro defendeu a existência de legislação brasileira sobre o assunto (Constituição Federal; Lei 9.507/97; Código de Defesa do Consumidor; Marco Civil da Internet).

No voto vencedor, o ministro argumenta que: 1) Não se busca imputar o papel de fiscal ao provedor de pesquisa, mas garantir o acesso ao Judiciário quando falta razoabilidade na disponibilização dos resultados; 2) A desproporcionalidade decorre do decurso temporal ou do conteúdo ser de interesse eminentemente privado; 3) A falta de atualização do banco de dados não gera dano e não conduz a responsabilização do provedor de pesquisa; 4) O caso em questão é excepcional, pois a indicação do nome da recorrida como critério exclusivo e o fato objeto deste aparecer como notícia relevante após dez anos, atrai o acesso dos usuários e aumenta a relevância da notícia no seu banco de dados.

O ministro defende que não é sobre apagar o passado, mas evitar a eternização do fato nos sistemas automatizados de busca,

permitindo ainda que o conteúdo seja acessado, mas de outra forma, qual seja, com a conjugação do nome da recorrida aos termos da notícia ou somente com a indicação dos critérios da notícia, garantindo o direito à informação e preservando o direito individual. Ele argumenta ainda que a medida é possível, pois os provedores de pesquisa do continente europeu disponibilizam um formulário direto para exclusão de dados pessoais. Por fim, o ministro reconhecendo a tutela inibitória da recorrida, reduziu a multa diária de R\$ 3.000,00 para R\$ 1.000,00 por uma questão de razoabilidade.

Em aditamento do voto, a relatora afirmou que não há ausência de legislação, mas sim distinção entre o ordenamento jurídico brasileiro e o a legislação europeia, bem como alega que o art. 11 do Marco Civil da Internet não autoriza a desvinculação de resultados de buscas, o que foi pretendido pela recorrida em sua inicial.

Ademais, ela aduz que: 1) Não há alegação de conteúdo ofensivo pela recorrida; 2) Não excepcionalidade no caso, pois se adequa aos casos anteriores; 3) Não há ilicitude no conteúdo e a determinação de retirada atingirá sites do Senado, do STF e do CNJ, a qual também foi publicada notícias sobre o fato em questão; 4) Não há dano; 5) A proposição da demanda aumentou mais o acesso ao fato em

discussão; 6) Há outros provedores de pesquisas além dos recorrentes que disponibilizam os resultados em discussão; 7) É necessária a indicação da URL do conteúdo infringente; 8) O bloqueio pode atingir conteúdo alheios ao determinado judicialmente. Assim, a relatora reafirmou seu voto.

O ministro Ricardo Villas Bôas Cueva acompanhou o voto da relatora. Já os ministros Moura Ribeiro e Paulo de Tarso Sanseverino acompanharam o voto do ministro Marco Aurélio Bellizze, reconhecendo a excepcionalidade do caso e dando parcial provimento aos recursos. Nesse sentido, a terceira Turma deu parcial provimento aos recursos, por maioria. Após, os recorrentes opuseram embargos declaratórios que foram rejeitados pelo ministro redator do voto vencedor.

#### 3.4.1. A *Ratio Decidendi* e a Formação do Precedente

A *ratio decidendi* desse precedente é a possibilidade de desvinculação dos resultados de busca pelos provedores de pesquisa entre o nome da pessoa, como critério exclusivo de pesquisa, e a notícia depreciativa indicada nesses resultados, de forma excepcional. A regra no Superior Tribunal de Justiça é pela ausência de responsabilidade dos provedores de pesquisa e pela impossibilidade de torna-

los fiscais dos resultados de conteúdo infringente. Sobre esse precedente, Cavalcante comenta que:

Há, todavia, circunstâncias excepcionalíssimas em que é necessária a intervenção pontual do Poder Judiciário para fazer cessar o vínculo criado, nos bancos de dados dos provedores de busca, entre dados pessoais e resultados da busca, que não guardam relevância para interesse público à informação, seja pelo conteúdo eminentemente privado, seja pelo decurso do tempo. Nessas situações excepcionais, o direito à intimidade e ao esquecimento, bem como a proteção aos dados pessoais deverá preponderar, a fim de permitir que as pessoas envolvidas sigam suas vidas com razoável anonimato, não sendo o fato desabonador corriqueiramente lembrado e perenizado por sistemas automatizados de busca.<sup>125</sup>

Ao teor do exposto, não se pode afirmar que houve superação integral do entendimento do Superior Tribunal de Justiça esboçado desde o caso da “Xuxa”, mas esse precedente representa uma relativização dessa posição clássica do STJ, ou seja, apresenta-se uma superação parcial do entendimento firmado sobre o direito ao esquecimento no mundo digital.

Não há uma superação total, pois, a ordem judicial está limitada a desvincular do nome dela as notícias desabonadoras por ordem de relevância, sendo plenamente possível a busca dessa notícia por outros critérios de pesquisas que não o nome da recorrida.

## Conclusão

Os domínios público e privado sempre foram segregados por um liame sagrado que se rompeu com a invasão da privacidade na arena pública. Isso representou a vitória da privacidade, entretanto representou a decadência de sua autonomia e aspectos essenciais. As possibilidades tecnológicas fragilizam ainda mais a privacidade, bem como formalizam a sociedade contemporânea fundada na informação e na interligação de redes, qual seja, a sociedade da informação. Nesse sentido, a sociedade da informação enfrenta o dilema da manipulação das informações e dados pessoais pelas possibilidades tecnológicas e pela internet, um ambiente desprovido de leis e de propriedade.

Nota-se que a informação e os dados pessoais são vistos como mercadorias, convertendo-se em entretenimento das massas e, por conseguinte, moldando uma civilização do espetáculo. Não se reprova a

<sup>125</sup>CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Informativo Comentado 628 STJ**. Disponível em: [<https://www.dizerodireito.com.br/2018/09/informativo-comentado-628-stj.html>]. Acesso em: 20.03.2019.

busca por entretenimento, lazer, humor e descontração, pelas pessoas de uma sociedade, após uma rotina cansativa; mas sua transformação em valor supremo resulta na banalização da cultura, na propagação da frivolidade e na proliferação do jornalismo sensacionalista, sendo tudo justificado no direito à informação.

Diante dos efeitos das tecnologias na estrutura social, percebe-se a supressão de alguns direitos de índole individual, mas de hierarquia constitucional. Por mais que os direitos comunicativos sejam resguardados na Constituição Federal, não se pode descuidar da proteção de outros direitos fundamentais e dos direitos da personalidade. Verifica-se que os direitos fundamentais e os direitos da personalidade são direitos que tutelam a dignidade humana e estão positivados em uma ordem jurídica concreta, tidos como direitos universais, irrenunciáveis, indisponíveis e imprescritíveis, porém em relação ao seu caráter absoluto, tende a ser relativizado diante das limitações impostas por lei e da existência de outras situações jurídicas tuteladas.

Nesse contexto, surge o direito ao esquecimento, tido como um direito da personalidade atípico, pois não possui legislação específica, sendo considerado como um direito geral da personalidade que busca fundamento na dignidade humana, podendo compreender outros

direitos da personalidade especificamente tutelados, sem, contudo, retirar sua autonomia. Entre a sociedade da informação e a civilização do espetáculo, a aplicabilidade do direito ao esquecimento resulta na colisão com os direitos comunicativos, principalmente, no que concerne à liberdade de pensamento, a liberdade de informação e a liberdade de imprensa.

Esses direitos comunicativos compreendem as faculdades/liberdades de expressão de cunho político, religioso, social, artístico e científico, consagradas pela Constituição Federal Brasileira. Têm-se que a liberdade de pensamento garante a manifestação do pensamento de qualquer índole construído no interior de cada pessoa. A liberdade de informação assegura o direito de informar e de ser informado. Por fim, a liberdade de imprensa, abarca essas liberdades, sendo uma espécie de liberdade de expressão que concretiza o direito de informar, de ser informado e de formar a personalidade humana por meio de instrumentos da comunicação (televisão, jornais, revistas, *sites* etc.).

Essas liberdades são limitadas pela proteção à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, que são direitos da personalidade consagrados na Constituição e na lei civil, sendo esses valores compreendidos

também pela tutela do direito ao esquecimento. Têm-se que, o direito ao esquecimento não é consequência dos direitos da personalidade, mas que de suas inúmeras facetas, compreende a privacidade, a honra, a imagem e a identidade pessoal.

O direito ao esquecimento garante à pessoa, pública ou não, envolvida em eventos notórios, muitas vezes de natureza criminal, após o transcurso temporal, de obter o direito de ser deixado em paz e recair no anonimato. O primeiro campo de incidência desse direito liga-se a história judicial, em relação as condenações criminais, como no caso *Lebach*, bem como em razão do artigo *Right to be let alone* de Warren e Brandeis. O esquecimento abarca essas situações, pois tratam de dois institutos importantes do direito, como sendo, a reabilitação e a proteção à intimidade.

O segundo campo de incidência do direito ao esquecimento remonta aos dados pessoais, que são os registros de uma pessoa identificada ou identificável. Esse direito configura-se quando o armazenamento e o tratamento de tais dados perdem a validade pelo decurso temporal, observada a finalidade destinada, bem como no caso de uso indevido dos dados pessoais, sem o consentimento do titular, contudo sem necessidade de decurso temporal. Os avanços tecnológicos

na sociedade da informação implementam a criação de leis que tutelam os dados pessoais, sem obstar o progresso tecnológico.

O terceiro campo de incidência desse direito se dá com a circulação das informações na internet. Essa tecnologia proporciona o armazenamento e o tratamento dos dados e das informações, num espaço sem lei e sem território. O exercício do direito ao esquecimento é prejudicado pelo efeito de memória eletrônica eterna, pela eficiência dos provedores de pesquisa e pela ausência do exercício de vontade de excluir esses dados. O último campo de incidência concerne à sombra do passado que resulta na exposição da pessoa aos seus erros passados, perseguindo-lhe no decorrer de sua vida, reconhece-se o direito ao esquecimento para impedir essa perseguição.

Assim sendo, o direito ao esquecimento por alcançar inúmeros aspectos da personalidade humana, torna-se quase impossível estabelecer um conceito único. Têm-se também que esse direito possui um sistema misto, dividido em duas vertentes, sendo eles: o direito de esquecer e o direito de ser esquecido. Essas vertentes compreendem a privacidade, a honra, a autodeterminação afirmativa e a identidade pessoal. Esse direito ainda não possui legislação específica, mas encontra

fundamento na dignidade da pessoa, podendo verificar-se o reconhecimento indireto dele na Constituição Federal e em dispositivos esparsos.

Percebe-se que o reconhecimento do direito ao esquecimento resulta no confronto com os direitos comunicativos. Ambos são direitos fundamentais, por sua consagração pela Constituição Federal, assim, vislumbra-se um conflito de interesses constitucionais, que só pode ser solucionado pela máxima da proporcionalidade de Robert Alexy, em suas três etapas, quais sejam, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, considerando esses princípios em conflito como mandamentos de otimização.

A teoria dos precedentes foi consagrada no novo Código de Processo Civil, em busca de uniformizar a jurisprudência e tornar as decisões judiciais uma fonte de direito. O precedente é uma norma jurídica produzida a partir de uma decisão judicial de um caso concreto, que pode ser o fundamento para o julgamento póstumo de casos similares. A *ratio decidendi* do precedente é a razão necessária e suficiente subtraída da fundamentação. Mas nem tudo que está na fundamentação poderá formar precedente, podendo-se encontrar o elemento *obiter dicta*, que é o componente não fundamental do precedente que não

fundamenta nem influencia considerável e essencialmente a decisão judicial.

Têm-se que, os precedentes foram dotados de força vinculante em sentido horizontal para com o tribunal que os criaram e em sentido vertical para com os demais órgãos submissos ao tribunal criador do precedente. Os princípios da igualdade e da segurança jurídica são os fundamentos constitucionais do precedente. Um precedente quando aplicado diversas vezes, se transforma em jurisprudência e, se esta for dominante em uma corte, será editada de forma escrita e sintética em enunciado de súmula.

Em se tratando da aplicação do precedente, entende-se que, se não for semelhante ou igual a questão do caso similar, tendo particularidades fático-jurídicas não incluídas e não abalizadas no precedente, há que se utilizar a técnica do *distinguishing*. É necessária a superação do precedente quando apresentar carência da congruência social e a consistência sistêmica, bem como os princípios constitucionais da *stare decisis* não autorizarem sua replicabilidade.

O direito ao esquecimento, como direito da personalidade atípico e autônomo, consolida uma das formas do direito geral da personalidade com o seu reconhecimento, por meio de um precedente do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.334.097/RJ. Tal

decisão concretiza a valorização da dignidade humana e a proteção dos direitos da personalidade diante da sociedade da informação e da civilização do espetáculo. Isso porque, o direito ao esquecimento permite, após o decurso temporal, o direito de esquecer e ser esquecido dos fatos depreciativos pretéritos, muitas vezes de natureza criminal, para o livre desenvolvimento da personalidade.

Lado outro, o Recurso Especial nº 1.316.921/RJ do Superior Tribunal de Justiça não reconheceu e nem analisou a incidência do direito ao esquecimento na internet. Essa corte afirma a impossibilidade de determinar que os provedores de pesquisa eliminem ou restrinjam dos seus resultados de termo ou expressão, imagens e textos, independente de identificação da URL, sob pena de refrear o direito coletivo à informação. Tal decisão foi inversa ao posicionamento europeu, que reconheceu o direito ao esquecimento na internet, determinando a exclusão de conteúdo ofensivo pelos motores de busca, em razão desses agravarem a violação provocada por terceiro ao facilitar o acesso desse conteúdo disponibilizado.

Apesar dos fundamentos demonstrarem coesos para tal decisão, tendo em vista a importância dos motores de busca no uso da internet e a essencialidade da proteção do direito coletivo à informação em prol da

sociedade democrática, esse posicionamento descuidou da tutela dos direitos individuais. No mesmo sentido, seguiu a Lei 12.965/14, que estabeleceu as diretrizes e disposições do uso da internet no Brasil. O legislador perdeu a chance de pacificar o dilema do reconhecimento do direito ao esquecimento em relação aos provedores de pesquisa, bem como não oportunizou a resolução desses conflitos de forma mais célere, por meio extrajudicial.

Em suma, o Superior Tribunal de Justiça no REsp. 1.660.168/RJ apresentou uma superação parcial do seu entendimento sobre o direito ao esquecimento na internet por particularidades fáticas apontadas. Por fim, evidencia-se a importância da criação de uma legislação específica sobre o tema, a possibilidade de utilizar-se de uma notificação extrajudicial para a exclusão de conteúdo ilícito na internet, bem como a criação de uma agência reguladora para dirimir os conflitos em relação à internet, como já concretizado pelo direito europeu.

## Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALVES, Rubens Valteciades; MOREIRA, Rodrigo Pereira. Direito ao esquecimento e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa transexual. **Revista de Direito**

**Privado.** Vol. 64, ano 16, p. 81-102. São Paulo: Revista dos Tribunais, out-dez, 2015.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005.

BAUMAN, Zygmunt. **Danos colaterais:** desigualdades sociais numa era global. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

BEDÊ JÚNIOR, Américo. **A retórica do direito fundamental à privacidade:** a validade da prova obtida mediante filmagens nos ambientes público e privado. Salvador: JusPODIVM, 2015.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Constituição da República Federativa Do Brasil [1988].** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 08 abril 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil Brasileiro. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 08 abril 2015.

\_\_\_\_\_. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 08 abril 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.** Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 08 abril 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Institui o Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 08 abril 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.099/95, de 26 de setembro de 1995.** Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 08 abril 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014.** Institui o Marco Civil da Internet. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 08 abril 2015.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 08 abril 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.414, de 9 de junho de 2011.** Disciplina a formação e a consulta de bancos de dados. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 08 abril 2015.

\_\_\_\_\_. Poder Judiciário. Conselho de Justiça Federal. **Enunciado nº 404.** V Jornada de Direito Civil. Brasília, 2011. Disponível em: <[www.cjf.jus.br](http://www.cjf.jus.br)> Acesso em: 06 abril 2015.

\_\_\_\_\_. **Enunciado nº 531.** VI Jornada de Direito Civil. Brasília, 2013. Disponível em: <[www.cjf.jus.br](http://www.cjf.jus.br)> Acesso em: 06 abril 2015.

\_\_\_\_\_. Poder Judiciário. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.316.921-RJ.** Relatora: Ministra Nancy Andrighi. DJe 29/06/2012.

\_\_\_\_\_. Poder Judiciário. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.186.616-MG.** Relatora: Ministra Nancy Andrighi. DJe 31/08/2011.

\_\_\_\_\_. Poder Judiciário. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.193.764-SP.** Relatora: Ministra Nancy Andrighi. DJe 08/08/2011.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.335.153-RJ**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. DJe 28/03/2013.

\_\_\_\_\_. Poder Judiciário. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.334.097-RJ**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. DJe 10/09/2013.

\_\_\_\_\_. Poder Judiciário. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.660.168-RJ**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Relatório para Acórdão: Ministro Marco Aurélio Belizze. DJe 05/06/2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. 9ª impressão. Coimbra: Almedina, 2000.

CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade**. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

\_\_\_\_\_. **A sociedade em rede**. Trad. Roneide Venancio Majer. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Principais julgados do STF e STJ comentados 2013**. Manaus: Dizer o Direito, 2014.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Informativo Comentado 628 STJ**. Disponível em: [\[https://www.dizerodireito.com.br/2018/09/informativo-comentado-628-stj.html\]](https://www.dizerodireito.com.br/2018/09/informativo-comentado-628-stj.html). Acesso em: 20.03.2019.

CHEHAB, Gustavo Carvalho. O direito ao esquecimento na sociedade da informação. **Revista dos Tribunais**. Vol. 104, N. 952, p. 86-119. São Paulo: Revista dos Tribunais, fevereiro, 2015.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil Português**. Rio de Janeiro: Almeida, 2004.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. 4.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e; OLIVA, Afonso Carvalho de; MOREIRA, Querolayne Chaina Cambil; TIBURSKI, Cátia. Um estudo do caso Xuxa vs. Google Search (REsp 1.316.921). **Revista de Direito das Comunicações**. Vol. 7, p. 335-355. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan-jun 2014.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Trad. Afonso Celso Furtado Rezende. São Paulo: Quorum, 2008.

DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 112.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008.

KOOPS, Bert-Jaap. Forgetting footprints, shunning shadow. A critical analysis of the “right to be forgotten” in big data practice. **Scripted**, vol. 8, n. 3, p. 229-256, dez.

2011. Disponível em: [http://script-ed.org/?page\_id=300]. Acesso em: 18.03.2016.
- GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- GONÇALVES, Maria Eduarda. **Direito da informação**. Coimbra: Almedina, 2003.
- LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. Direito ao esquecimento e Internet: o fundamento legal no direito comunitário europeu, no direito italiano e no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**. Vol. 103, N. 946, p. 77-109. São Paulo: Revista dos Tribunais, agosto, 2014.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Da corte que declara o “sentido exato da lei” para a corte que institui precedentes. **Revista dos Tribunais**. Vol. 950, p. 165-198. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- MARTINEZ, Pablo Dominguez. **Direito ao esquecimento**: a proteção da memória individual na sociedade da informação. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2014.
- MARTINS, Fernando Rodrigues. Sociedade da informação e promoção à pessoa. **Revista de Direito do Consumidor**. Ano 23, vol. 96, p. 225-258 nov-dez. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MARTINS, Leonardo (Org.). **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideo: Konrad-Adnauer-Stiftung, 2005.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Direitos comunicativos como direitos humanos: abrangência, limites, acesso à Internet e direito ao esquecimento. **Revista do Direito de Língua Portuguesa**. N. 6, p. 219-240. Lisboa: Instituto Direito de Língua Portuguesa, julho-dezembro, 2015.
- MAZUR, Maurício. A dicotomia entre os direitos de personalidade e os direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato, Orgs. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MEZZAROBÀ, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e Precedente – dois discursos a partir da decisão judicial. **Revista de Processo**. Ano 37, vol. 206, p. 61-78. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- MOREIRA, Rodrigo Pereira; FONSECA, Jaquiel Robinson Hammes da. A função dos precedentes na concretização do direito geral de personalidade: reflexões a partir do direito ao esquecimento. **Revista do Processo**. N. 256, p. (texto cedido pelos autores). São Paulo: Revista dos Tribunais, maio 2016.
- OSSOLA, Ana Laura. Libertad de expresión: declaraciones, derechos y garantías: deberes y derechos individuales. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato, Orgs. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012.
- OST, François. **O tempo do direito**. Trad. Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005.
- RODOTÁ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**: a privacidade hoje. Org. Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROJAS, Sebastián Zarate. La problemática entre el derecho al olvido y la liberdade de prensa. **Nueva Epoca**. N. 13, p. 1-12 mar.-mai., 2013.

ROVROY, Antoinette. Réinventer l'art d'oublier et de se faire oublier dans la société de l'information? Versão aumentada do capítulo publicado sobre o mesmo título. In: LACOUR, Stéphanie. **La sécurité de l'individu numérisé. Réflexions prospectives et internationales**. Paris: L'Harmattan, 2008.

ROSEN, Jeffrey. The right to be forgotten. **Stanford Law Review Online**, n. 88, vol. 64, p. 88-92, fev. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

SIQUEIRA, Marília. Noções fundamentais para o julgamento por aplicação do precedente judicial: necessidade de adaptação a partir do Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.); MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Orgs.). **Novo CPC doutrina selecionada: processo de conhecimento e disposições finais e transitórias**. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 2.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direito da personalidade**. Coimbra: Almedina, 2014.

VARGAS LLOSA, Mario. **A civilização do espetáculo [recurso eletrônico]: uma**

radiografia do nosso tempo e da nossa cultura. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013.

VIEIRA, Tatiana Malta. **O direito à privacidade na sociedade da informação: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação**. 297 f. Dissertação (Mestre em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2007.

TERWANGNE, Cécile de. Privacidad em internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido. **Revista de Internet, Derecho y Política**, n. 13, p. 53-56, feb. 2012.

WARREN, Samuel D., BRANDEIS, Louis D. O direito à privacidade. Apêndice B. In: SILVA NETO, Amaro Moraes e. **Privacidade na internet: um enfoque jurídico**. Bauru, SP: EDIPRO, 2001.

WEBER, Rolf H. The right to be forgotten: More than a Pandora's Box? **Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law**, vol. 2, p. 120-130. july. 2011.

ZANETI JUNIOR, Hermes. Precedentes (Treat like cases alike) e o novo código de processo civil. **Revista de Processo**. Vol. 235, p. 293-349. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.