



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA-UnB
FACULDADE DE DIREITO

MARIA CLARA RUAS COELHO

**O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA ATUAL SOCIEDADE DE INFORMAÇÃO:
DESAFIOS E LIMITES À TUTELA DA PRIVACIDADE EM FACE DA MEMÓRIA
DA INTERNET**

Brasília - DF

2018

MARIA CLARA RUAS COELHO

**O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA ATUAL SOCIEDADE DE INFORMAÇÃO:
DESAFIOS E LIMITES À TUTELA DA PRIVACIDADE EM FACE DA MEMÓRIA
DA INTERNET**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial à obtenção da outorga do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: **Prof. Dr. João Costa Ribeiro Neto.**

Brasília - DF

2018

MARIA CLARA RUAS COELHO

**O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA ATUAL SOCIEDADE DE INFORMAÇÃO:
DESAFIOS E LIMITES À TUTELA DA PRIVACIDADE EM FACE DA MEMÓRIA
DA INTERNET**

Monografia avaliada como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharela em Direito
pela Faculdade de Direito da Universidade de
Brasília pela seguinte banca examinadora:

Aprovação em ____ de _____ de ____.

Prof. Dr. João Costa Ribeiro Neto
Orientador

Prof. Dr. Leonardo Martins
Membro da Banca Examinadora

Prof. Dr. Paulo Cesar Villela Souto Lopes Rodrigues
Membro da Banca Examinadora

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a todas e todos os professores, colegas e funcionários da universidade que participaram da construção da minha trajetória e da minha formação durante a graduação no curso de direito.

Ao professor João Costa Ribeiro Neto, pela orientação e por suas contribuições valiosas a este trabalho acadêmico.

Aos tantos amigos e amigas que me acompanharam, apoiaram e tornaram a vida mais leve.

Ao meu pai, Marcus Vinícius Carvalho Coelho, e à minha irmã, Maria Teresa Ruas Coelho, que mais de perto me deram o suporte para que hoje eu esteja concluindo essa graduação.

E, finalmente, à minha mãe, Mônica de Cássia Ruas Coelho, e à minha avó, Leonídia Orlinda Ruas, por apoiarem, incondicionalmente, todas as escolhas importantes da minha vida.

RESUMO

Com o desenvolvimento das novas tecnologias da informação e da comunicação, ampliaram-se os obstáculos à tutela da privacidade, tendo em vista a velocidade com que as informações são compartilhadas na internet e a capacidade de armazenamento de dados pessoais no ambiente virtual. Foi neste contexto de fragilização da tutela da intimidade e da vida privada que o debate sobre o direito ao esquecimento ganhou maior destaque, já que este pretende evitar a perenização de informações acerca de fatos pretéritos e relativos à vida privada do indivíduo pelas novas tecnologias de comunicação. Desse modo, nota-se que a aplicabilidade do direito ao esquecimento dependerá de uma ponderação de interesses existenciais que envolva, de um lado, os direitos à liberdade de expressão e de manifestação do pensamento, e do outro, os direitos à privacidade, à intimidade, à imagem, à honra e à identidade pessoal. O presente estudo pretende apontar alguns critérios que vêm sendo utilizados pela jurisprudência brasileira e internacional na solução de eventuais conflitos de interesses que envolvam o direito ao esquecimento. Para tanto, serão analisados julgamentos do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça da União Europeia bem como a legislação brasileira relativa à proteção de dados pessoais, mais especificamente os dispositivos da Lei 12.965/2014. Ademais, este trabalho pretende realizar uma visão crítica em relação à tutela que vem sendo dispensada ao direito ao esquecimento no Brasil, especialmente no que tange à ausência de responsabilização civil dos provedores de internet em relação a conteúdos disponibilizados em seus sistemas de busca e à aparente dificuldade demonstrada pelo Superior Tribunal de Justiça em reconhecer o direito ao esquecimento em prol das vítimas de fatos criminosos ou de seus familiares.

Palavras-chave: direito ao esquecimento; liberdade de expressão e informação; ponderação de interesses; novas tecnologias de comunicação e informação; provedores de internet.

ABSTRACT

With the development of new information and communication technologies, barriers to privacy protection have increased, given the speed in which information is shared on the Internet and the ability to store personal data in the virtual environment. It was in this context of weakening the protection of privacy that the debate about the right to be forgotten was highlighted as it tried to refrain the perpetuation of information about past events, and about an individual past private life, in the new technologies of communication. Thus, the applicability of the right to be forgotten will depend on a consideration of existential interests involved, on the one hand, the rights of freedom of expression and expression of thought, on the other, the rights to privacy, intimacy, image, honor and to personal identity. The present study intends to point out some criteria that have been used by Brazilian and international jurisprudence for the solution of eventual conflicts of interest that involve the right to be forgotten. In order to do so, sentences from the Superior Court of Justice and the Court of Justice of the European Union, as well as Brazilian legislation about the protection of personal data, especially the provisions of Brazilian Law n. 12.965/2014, will be analyzed. In addition, this work intends to carry out a critical view about the protection regarding the right to be forgotten in Brazil, especially towards the civil responsibility of the internet providers in relation to the contents available in their search results, and to the apparent difficulty demonstrated by the Superior Court of Justice of recognizing the right to be forgotten in favor of victims of crimes or their relatives,

Key-words: right to be forgotten; freedom of expression and information; balancing interests; new communication and information technologies; internet providers.

SUMÁRIO

Introdução	8
1 Delimitação conceitual do direito ao esquecimento: análise da sua fundamentação jurídica e das suas possibilidades de exercício	13
1.1 Breve análise sobre o conteúdo jurídico do direito ao esquecimento	17
1.2 Dos direitos à intimidade e à vida privada	18
1.3 Dos direitos à liberdade de informação e de expressão e à liberdade de imprensa	20
1.4 Ponderação entre as liberdades de comunicação social e demais direitos de personalidade como forma de consolidação do direito ao esquecimento	22
2 O direito ao esquecimento no Brasil: análise de casos jurisprudenciais	31
2.1 Caso Chacina da Candelária: Recurso especial n.1334.097/RJ	33
2.2 Caso Aida Curi : Recurso Especial n. 1.335.153/RJ	39
3 Direito ao esquecimento na era do superinformacionismo: a autodeterminação informativa como uma das facetas do direito à privacidade	43
3.1 A responsabilidade dos provedores de busca na realidade europeia: caso <i>Google</i> vs. Agência Espanhola de Proteção de Dados e Mario Costeja González	46
3.2 Controle sobre dados pessoais na realidade brasileira: a responsabilidade civil dos provedores de busca segundo o Marco Civil da Internet	50
3.3 Caso Xuxa Meneghel: Resp n. 1.316.921/ RJ	55
Conclusão	63
Referências Bibliográficas	69

INTRODUÇÃO

Um dos maiores desafios do direito na atualidade consiste em garantir a preservação da vida privada e, ao mesmo tempo, a liberdade de informação e a livre manifestação de ideias e pensamentos, especialmente após o surgimento da internet. A expansão das redes sociais, que possibilitam a troca quase instântanea de dados entre pessoas de diferentes partes do mundo e a possibilidade de perenização das informações na rede mundial de computadores fez com a sociedade em que vivemos se tornasse uma sociedade vigilante e vigiada¹.

Além disso, com o desenvolvimento das novas tecnologias de informação, os dados pessoais transformaram-se em mercadoria (LIMBERGER, 2009), uma vez que, por meio deles, o setor privado toma conhecimento das escolhas, preferências e interesses de consumo dos usuários de serviços virtuais. Esse tipo de informação é de grande valor para as empresas de varejo que tomam as suas decisões de investimento referentes a estratégias, produtos e locação de pontos de venda com base no comportamento dos seus clientes na internet. (MENDES, 2011, p.76).

Neste contexto, verifica-se que, na atual sociedade de informação, o conceito tradicional de privacidade precisou ser revisto de modo a resolver os novos desafios decorrentes do progresso tecnológico. Se antes a privacidade era vista como um direito negativo, isto é, como uma garantia absoluta da não intromissão do Estado na esfera privada do indivíduo, com o surgimento das novas mídias virtuais, a privacidade ganhou um viés positivo, que consiste no direito de manter o controle sobre os seus próprios dados, ou seja, o direito do indivíduo de exercer a sua autodeterminação informativa.²

Ademais, com o surgimento da internet, os obstáculos à tutela da intimidade e da vida privada cresceram exponencialmente, tendo em vista que a facilidade com que são acessados e transmitidos os dados pessoais na rede mundial de computadores potencializa os danos aos direitos de personalidade.

Foi neste cenário de fragilização da tutela da privacidade que os debates sobre o direito ao esquecimento ganharam maior destaque, uma vez que o aludido direito pretende estabelecer limites ao uso e à rememoração de fatos pretéritos, destituídos de atualidade e interesse público,

¹ CORREIA, Pedro Miguel Alves Ribeiro; JESUS, Ines Oliveira Andrade De. *O lugar do conceito de privacidade numa sociedade cada vez mais orwelliana*. Revista Direito, Estado e Sociedade. n.43. jul/dez 2013, p.136.

² TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *O direito ao esquecimento: uma expressão possível do direito à privacidade*. Revista de Direito do Consumidor. vol. 105. ano 25. São paulo: ed. rt, maio-jun. 2016, p.91.

pelos meios de comunicação em massa, para resguardar direitos constitucionalmente protegidos, tais como os direitos à imagem, à honra, à intimidade e à vida privada.

Assim, o exercício do direito ao esquecimento pressupõe a prévia ponderação entre os direitos de personalidade e o exercício de outros direitos, como a liberdade de informação e a livre manifestação do pensamento artístico e cultural. Neste sentido, infere-se que o direito ao esquecimento, ao garantir a tutela dos direitos de personalidade em face do exercício abusivo do direito de informar, é essencial para a consolidação da dignidade da pessoa humana, já que “não se poderá admitir conduta da imprensa que venha a reduzir a pessoa humana à condição de coisa, retirando, injustificadamente, dela sua dignidade e o direito à privacidade e a uma vida digna.”³

Tendo em vista a polêmica na qual se insere o direito ao esquecimento, cuja garantia impõe limites à liberdade de informação e expressão, valores tão caros à democracia, e a dificuldade de se estabelecer critérios bem delimitados que autorizem a sua aplicabilidade, faz-se necessário um debate acadêmico aprofundado no Brasil sobre o direito em questão. Vale frisar que a relevância do aludido direito foi reconhecida pela doutrina nacional por meio da edição dos Enunciados 404 e 531⁴, aprovados, respectivamente, na V Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal e VI Jornada. Também cumpre ressaltar que, em 12 de junho de 2017, o Supremo Tribunal Federal realizou uma audiência pública sobre a aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera cível, em razão da existência de um recurso extraordinário, com repercussão geral reconhecida, cujo cerne da controvérsia envolve a ponderação entre o direito ao esquecimento e a liberdade de imprensa.

Reconhecida a relevância do tema aqui sustentado, especialmente no contexto da sociedade de informação, o presente trabalho foi pensado com a intenção de alcançar estes objetivos: a) investigar o conteúdo do direito ao esquecimento e seus diferentes modos de exercício; b) demonstrar a existência de limites à sua efetivação, seja no ambiente televisivo, seja no ambiente virtual; c) apontar alguns critérios que devam ser observados pelo operador de direito na solução de casos que envolvam o conflito entre a liberdade de informação e

³ DINIZ, Maria Helena. *Uma visão constitucional e civil do novo paradigma da privacidade: o direito a ser esquecido/A constitutional and civil vision of the new privacy paradigm: the right to be forgotten*. Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, v. 13, n. 2, ago., 2017, p.13.

⁴ O Enunciado 404 da V Jornada de Direito Civil estabelece que: “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, a origem racial ou étnica, as convicções religiosas, filosóficas e políticas.” Já o Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil consigna que: “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.”

expressão e o direito ao esquecimento; d) compreender como o Superior Tribunal de Justiça vem decidindo controvérsias referentes ao direito ao esquecimento, especialmente no que diz respeito à responsabilidade civil dos provedores de busca na supressão de dados e informações desatualizadas, ainda que verdadeiras, dos seus resultados de pesquisa.

Com o propósito de alcançar os objetivos listados, este estudo, além de se valer da revisão da literatura sobre o tema, analisou a fundamentação do Superior Tribunal de Justiça em dois recursos especiais, considerados paradigmáticos a nível nacional, que versam sobre a efetivação do direito ao esquecimento no ambiente televisivo. Os dois julgados adotaram entendimentos contrários, não obstante a similitude entre os mesmos. Buscou-se, por meio de uma análise comparativa destes dois julgamentos, identificar quais os critérios comumente avaliados pelo tribunal nas demandas que buscam a tutela do direito ao esquecimento no ambiente televisivo.

Na sequência, a presente pesquisa procurou, em capítulo próprio, dispender uma atenção especial à problemática do direito ao esquecimento na internet, pois o debate sobre este direito ganha contornos mais complexos quando transposto para o ambiente virtual. Dentro desta temática, o último capítulo dedicou-se à análise da decisão no caso *Google Spain vs. Mario Costeja González*, proferida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) que, com base na diretiva 95/46/CE, asseverou que os provedores de busca da internet praticam atividade que se qualifica como de tratamento de dados e que os mesmos seriam responsáveis pela supressão de informações disponibilizadas por terceiros, ainda que a divulgação da informação seja em si lícita.

Uma vez conhecido o posicionamento do Tribunal de Justiça da União Europeia no que tange à responsabilização civil dos provedores de busca pelos conteúdos exibidos em seus sistemas de resultados, o presente trabalho também investigará o entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre esta mesma temática. Para tanto, será analisado mais detalhadamente o julgamento do recurso especial de n. 1.316.921/RJ, cuja decisão foi reiterada em outros julgados desta Corte superior. Trata-se de controvérsia estabelecida entre a artista Xuxa Meneghel e o *Google*, na qual o STJ mostrou-se contrário à responsabilização dos motores de pesquisa pelo conteúdos que compõem seus resultados, independentemente da indicação do URL da página em que se encontra o conteúdo ofensivo. Neste contexto, será feita uma análise crítica dos fundamentos apontados na decisão em destaque, especialmente quanto ao posicionamento adotado pelo STJ no sentido de que o ofendido, ao identificar o autor do ilícito por meio da indicação do URL, careceria de interesse de agir contra o provedor de pesquisa.

Além de tecer considerações sobre a posição jurisprudencial brasileira predominante no que se refere à responsabilidade civil dos provedores de internet, esta pesquisa também fará um exame crítico do tratamento normativo nacional dispensado à proteção dos dados pessoais disponibilizados na *web*, por meio da análise de dispositivos da lei 12.965/2014, também conhecida como “Marco Civil da Internet”. Além da exposição de comentários sobre alguns princípios que regem o uso da internet no Brasil, o trabalho dedicará uma atenção especial ao art. 19 do diploma normativo supramencionado, cujo conteúdo condiciona a responsabilização dos provedores de aplicações por conteúdos disponibilizados na internet a provimento judicial específico sobre o exato local da informação.

No encerramento deste estudo serão ainda apresentadas outras medidas, alternativas àquela aplicada no caso Mario Costeja versus *Google Spain* pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, capazes de viabilizar a solução dos conflitos que envolvam o direito ao esquecimento na internet e a liberdade de informação e expressão. Citou-se, a título de exemplo, uma solução recente do Superior Tribunal de Justiça, proferida em sede do Recurso Especial n. 1.660.168/RJ, na qual se buscou conciliar o direito ao esquecimento com o livre acesso à informação. A controvérsia, em síntese, decorre da vinculação do nome de uma promotora de justiça à acusação por fraude em concurso da magistratura nos resultados de pesquisas na internet. A promotora questionou a utilização do seu nome, desvinculado de qualquer outro termo, como critério exclusivo de busca para se chegar à notícia do fato desabonador. Ocorre que, não obstante a promotora tenha sido absolvida pelo Conselho Nacional de Justiça e o fato tenha ocorrido há mais de 10 anos, a notícia da sua acusação figurava entre as mais relevantes apontadas nos resultados de pesquisa, como se não houvesse ocorrido qualquer novidade em relação ao seu nome ao longo da década que se passou. Vê-se que o julgado em questão não discute a possibilidade de exclusão de conteúdo pelos provedores de busca dos seus resultados, o que o distingue dos casos “Mario Costeja” ou “Xuxa Meneghel”. O que se discute no Resp de n 1.660.168/RJ é a possibilidade dos provedores de internet serem obrigados a estabelecer maiores filtros nas pesquisas efetuadas pelos usuários, a fim de se evitar uma busca direcionada a certa informação.

Desse modo, o presente trabalho pretende demonstrar que a exclusão de *links* dos resultados de buscas pelos provedores de busca constitui apenas um dos variados modos de se garantir o direito ao esquecimento no *ciberespaço*⁵. Como bem exemplifica o caso

⁵ De acordo com Pierre Lévy (2000, p.65), “o principal significado do ciberespaço é a interconexão geral de tudo em tempo real, a concretização do espaço virtual onde as formas culturais e lingüísticas estão vivas.” Ainda segundo o mesmo autor (2000, p.64): “O ciberespaço apóia muitas tecnologias intelectuais que desenvolvem a

jurisprudencial mencionado no parágrafo antecedente, existem outras medidas alternativas para efetuação do aludido direito, sendo que, muitas delas, são menos invasivas ao direito à informação.

Diante disso, constata-se que a defesa da impossibilidade de se aplicar o direito ao esquecimento na internet com base nas limitações técnicas dos provedores de busca ou na complexidade da matéria não parece ser a posição mais razoável, especialmente quando se está diante da tutela de situações existenciais. Se a liberdade de informação é importante para o desenvolvimento da personalidade humana, o direito ao esquecimento também o é. Por isso, este trabalho ressalta a importância de se realizar uma ponderação, caso a caso, nos conflitos que envolvam o direito ao esquecimento, não havendo que se falar em posição preferencial da liberdade de informação e de expressão em face de outros direitos fundamentais.

memória (através de bases de dados, hiperdocumentos, Web), a imaginação (através de simulações visuais interativas), raciocínio (através da inteligência artificial, sistemas especialistas, simulações), percepção (através de imagens computadas de dados e telepresença generalizada) e criação (palavras, imagens, música e processadores de espaços virtuais).”

1 Delimitação conceitual do direito ao esquecimento: análise da sua fundamentação jurídica e das suas possibilidades de exercício

A fixação de um conceito definitivo para o direito ao esquecimento, cuja origem deriva da expressão inglesa *right to be forgotten*⁶, não é uma tarefa simples, pois o seu conteúdo vem continuamente ganhando novos contornos a partir dos debates jurisprudenciais e doutrinários e com o desenvolvimento das tecnologias de informação. Ainda assim, é possível encontrar na doutrina várias definições expressas acerca do direito ao esquecimento. Chehab (2015, p.88), por exemplo, descreve o direito em questão como sendo

(...) a faculdade que o titular de um dado ou fato pessoal tem para vê-lo apagado, suprimido ou bloqueado, pelo decurso do tempo e por afrontar seus direitos fundamentais. Trata-se de uma espécie de caducidade, onde a informação, pelo decurso do tempo e por sua proximidade com os direitos fundamentais afetos à personalidade, perece ou deveria perecer, ainda que por imposição de lei.

Outra definição é dada por Maria Helena Diniz (2017,p. 16), segundo a qual

O direito a ser esquecido é o direito que a pessoa tem por ex. de opor-se à lembrança de fatos verídicos reprováveis, outrora praticados por ela, que perderam, pelo decurso do tempo, a atualidade e que só devem ficar na sua memória por constituir a sua própria história, evitando que sua republicação seja um obstáculo à sua vida presente e ao pleno desenvolvimento de sua personalidade, possibilitando o arrependimento e a prática de condutas louváveis, mediante a consecução de projetos conducentes a uma vida digna e a uma convivência social como se aquele passado nunca houvesse existido.

Tendo em vista os conceitos apresentados, nota-se que o direito ao esquecimento possui uma relação de proximidade com direitos tutelados pelo ordenamento constitucional, notadamente a intimidade e a vida privada, na medida em que visa proteger o indivíduo da reprodução incessante de fatos da sua vida passada, cuja lembrança lhe cause transtornos e sofrimentos ou comprometa o livre desenvolvimento de sua autoidentidade.

Contudo, embora sejam protegidos pelo regramento constitucional, a preservação da privacidade, imagem e honra encontra limites em outros direitos fundamentais, tais como a liberdade de informação, a livre manifestação do pensamento artístico, literário, científico, dentre outros (LIMA, 2014, p.97). Neste contexto, o direito ao esquecimento decorre dos debates acerca do antagonismo que se estabelece entre o interesse público presente na garantia

⁶ OTAVIO, Luiz Rodrigues Junior. *Não há tendências na proteção do direito ao esquecimento*. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2013-dez-25/direito-comparado-nao-tendencias-protecao-direito-esquecimento>>. Acesso em: 01/03/2018.

do acesso à informação e a proteção conferida pelo nosso ordenamento jurídico aos direitos da personalidade⁷. Conforme será analisado com maior profundidade no item 1.4 deste capítulo, diante da colisão entre dois direitos, ambos legítimos e tutelados constitucionalmente, o operador do direito deve fazer uso de um processo de ponderação ou balanceamento de princípios, para que se defina a solução mais adequada às peculiaridades do caso concreto.

Desse modo, apesar de inexistir na Constituição Federal e na lei infraconstitucional brasileira menção expressa ao direito ao esquecimento, este encontra guarida em nosso ordenamento, visto que o mesmo constitui um desdobramento da tutela jurídica dispensada à imagem, à honra, à intimidade e à vida privada.⁸ Ademais, o aludido direito também encontra fundamentação no mandamento constitucional que proíbe a instituição de penas de caráter perpétuo (art. 5.º, III e XLVII, b, da CF/1988), com vistas a assegurar a ressocialização de condenados pelo sistema penal e permitir ao indivíduo, uma vez tendo cumprido a sua pena, a possibilidade de reconstruir a sua vida sem ser eternamente penalizado por fatos pretéritos.

Ante o exposto, conclui-se que a proteção do direito ao esquecimento possui como fundamento primordial a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos republicanos⁹, uma vez que a divulgação não autorizada de fatos pretéritos, destituídos de relevância social e atualidade, atenta contra a privacidade, a reputação e a honra do indivíduo (JORGE; IOCOHAMA, 2016, p.222). Neste sentido, Maria Helena Diniz (2017, p.13) assevera que

Na defesa de qualquer direito da personalidade violado ter-se-á como paradigma o respeito à dignidade da pessoa humana, que é, com já dissemos o fundamento do Estado Democrático do Direito (CF, art. 1, III) e o cerne de todo o ordenamento jurídico. Deveras, a pessoa humana e sua dignidade constituem fundamento e fim da sociedade e do Estado, sendo o valor que prevalecerá sobre qualquer ato de violação ao direito a ser esquecido.

É relevante pontuar que os fundamentos normativos do direito ao esquecimento não estão restritos à Constituição Federal, mas podem ser também identificados na legislação

⁷ De acordo com Carlos Alberto Bittar (2015, p.56), os direitos de personalidade são “(...) aqueles que o ser humano tem em face de sua própria condição. São - como anotamos - os direitos inatos, impostergáveis, anteriores ao Estado, e inerentes à natureza livre do homem.”

⁸ Neste sentido, Ingo Wolfgang Sarlet consigna que: “Como direito humano e direito fundamental, o assim chamado direito ao esquecimento, encontra sua fundamentação na proteção da vida privada, honra, imagem e ao nome, portanto, na própria dignidade da pessoa humana e na cláusula geral de proteção e promoção da personalidade em suas múltiplas dimensões. Cuida-se, nesse sentido, em virtude da ausência de disposição constitucional expressa que o enuncie diretamente, de um típico direito fundamental implícito, deduzido de outras normas, sejam princípios gerais e estruturantes, como é o caso da dignidade da pessoa humana, seja de direitos fundamentais mais específicos, como é o caso da privacidade, honra, imagem, nome entre outros”. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *Temas da moda, direito ao esquecimento é anterior à internet*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-mai-22/direitos-fundamentais-tema-moda-direito-esquecimento-anterior-internet>> . Acesso em: 27 de abril de 2018.

⁹ Ver art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988.

infraconstitucional, como, por exemplo, nos institutos penais da anistia e da reabilitação (PORCIÚNCULA, 2016).

O Código Penal brasileiro, em seu artigo 107, II, prevê a anistia como uma das formas de extinção da punibilidade. Capez (2012, p.596-597) conceitua a anistia como sendo “a lei penal de efeito retroativo que retira as consequências de alguns crimes já praticados, promovendo o seu esquecimento jurídico, retirando todos os efeitos penais, principais e secundários, mas não os extrapenais”.

O direito ao esquecimento também encontra respaldo jurídico na Lei de Execução Penal, mais especificamente em seu artigo 202, cujo conteúdo dispõe que, uma vez cumprida ou extinta a pena, não constarão da folha corrida, atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da Justiça, qualquer notícia ou referência à condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei. Aqui vale ressaltar que a mencionada previsão, embora consagre o direito ao esquecimento, não se confunde com o instituto da reabilitação penal, que pretende obter o cancelamento do registro da condenação, apagando da folha corrida a inscrição da matrícula da condenação penal e restaurando os direitos atingidos pelos efeitos da condenação, nos termos do art. 92, I e II, do Código Penal.

O direito ao esquecimento não é salvaguardado apenas pelo Direito Penal, mas também encontra proteção em outros ramos do direito. No âmbito das relações de consumo, por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor, no seu artigo 43, §1º, dispõe que os bancos de dados privados não poderão conter informações negativas referentes ao consumidor por prazo superior a cinco anos (TEFFÉ; BARLETTA, 2016, p.38). Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça editou o Enunciado de Súmula n. 323, que possui a seguinte redação: “A inscrição do nome do devedor pode ser mantida nos serviços de proteção ao crédito até o prazo máximo de cinco anos, independentemente da prescrição da execução.”

Diante das considerações feitas sobre o conceito do direito ao esquecimento e sua ampla fundamentação jurídica, a esta altura infere-se que o direito sob análise, embora tenha a sua origem tradicionalmente atrelada à seara penal, possui uma esfera de abrangência muito mais ampla que a mera proteção de criminosos contra estigmas decorrentes de suas condenações perante o judiciário. Ao contrário, trata-se de um direito com conteúdo fluido e aberto, cujo objeto vem sendo continuamente construído ao longo do tempo pela jurisprudência e doutrina. Assim, é possível identificar diversos modos de exercício do direito ao esquecimento. Como bem salienta Trigueiro (2016, p.87),

(...) observa-se que acerca do direito ao esquecimento destacam-se os seguintes modos de exercício: a prerrogativa de inibir a divulgação de fatos mal avaliados, em cujo o titular teve participação (inclusive passivamente ou na condição de vítima); o poder de exigir a observância de uma visão prospectiva a respeito de sua identidade pessoal; e ainda a faculdade de determinar a retificação e o apagamento de informações a seu respeito constantes dos assentos de instituições públicas e privadas. O direito ao esquecimento pode ser invocado ainda por terceiros afetados por fatos ou realidades ligados a parentes e pessoas próximos.

Talvez a percepção mais tradicionalmente associada ao direito ao esquecimento seja aquela relativa ao primeiro modo de exercício elencado por Trigueiro (2016), consistente na possibilidade do seu titular de impedir a divulgação no presente de fatos do seu passado, tendo em vista que a rememoração de alguns acontecimentos pode ressuscitar sentimentos de dor e angústia, já abrandados com o passar do tempo, ou mesmo gerar a perpetuação de sanções, criando obstáculos à efetiva integração social do indivíduo..

Sob uma outra perspectiva, o direito ao esquecimento também pode ser exercido em prol do reconhecimento da mutabilidade da identidade da pessoa humana. Conforme aduzem Moreira e Alves (2015, p.82)

O direito ao esquecimento não mais se restringe às hipóteses de esquecer o passado judicial criminal de cada pessoa. Este direito expandiu-se para a proteção do consumidor nos casos de cadastros negativos, para a proteção de dados pessoais no direito eletrônico e também para possibilitar um novo começo para aquelas pessoas que resolvem mudar o seu plano existencial, alterando ou adequando a sua identidade pessoal como é o caso do transexual.

Assim, a possibilidade de mudança do nome civil pelos transgêneros consolida uma das possíveis manifestações do direito ao esquecimento, na medida em que a imposição de um nome incompatível ao sexo ao qual determinada pessoa se identifica expõe o indivíduo a constrangimentos, violando sua dignidade e vários direitos intrínsecos à sua personalidade. Como colocado por Oliveira e Junior (2017, p.58-59),

(...) conceder ao sujeito transgênero as garantias para proteger os seus direitos de personalidade e dignidade ao tratamento de nome social, o entendimento são que todos, independentemente do sexo que possuem, são iguais e merecem respeito ao se identificarem e apresentar-se socialmente conforme as suas condições de identidade de gênero cessando, a exposição de constrangimentos para assegurar os seus direitos à intimidade, à honra, à imagem e a vida privada.¹⁰

¹⁰A jurisprudência nacional possui precedentes que autorizam a alteração da identidade do nome e do sexo no registro civil de pessoas que se submeteram à cirurgia de transgenitalização, sob os fundamentos da dignidade da pessoa humana, do livre desenvolvimento da personalidade e da integração social do transexual. Ver REsp 1.008.398/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 18.11.2009; e REsp 737.993/MG, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 10.11.2009, DJe 18.12.2009.

Neste contexto de amplificação dos modos de exercício do direito ao esquecimento, faz-se imprescindível considerar as profundas mudanças por que as tecnologias de informação passaram no último século. Com o avanço tecnológico, a proteção à intimidade e à vida privada deixou de ser apenas uma garantia contra a ingerência de terceiros em elementos particulares da esfera reservada do indivíduo. Atualmente, a proteção da privacidade humana demanda também um controle sobre a circulação de dados e informações pessoais, por parte do seus titulares (MENDES, 2011, p.51). De acordo com Stefano Rodotà (2008, p.92): “(...) na sociedade da informação tendem a prevalecer definições funcionais da privacidade que, de diversas formas, fazem referência à possibilidade de um sujeito conhecer, controlar, endereçar, interromper o fluxo das informações a ele relacionadas”.

Portanto, o desenvolvimento das tecnologias de informação gerou um contexto favorável ao reconhecimento de um novo modo de exercício do direito ao esquecimento, com o intuito de assegurar a proteção dos dados pessoais constantes da internet, possibilitando ao seu titular o apagamento dos dados/informações que lhes são referentes em sites eletrônicos ou viabilizando a cessação da continuidade da difusão desses dados.

1.1 Breve análise sobre o conteúdo jurídico do direito ao esquecimento

Para alguns doutrinadores, o direito ao esquecimento constitui um novo direito de personalidade que não se confunde com o direito à privacidade, uma vez que a privacidade está preocupada em assegurar a proteção de dados pessoais e íntimos atuais ao passo que o direito ao esquecimento tem como objeto a tutela da memória individual, o resguardo de fatos pretéritos e da informação consolidada pela passagem do tempo (MARTINEZ, 2014, p.80).

Maria Helena Diniz (2017, p.13) comunga desse entendimento ao considerar o direito ao esquecimento como um direito da personalidade, incluído no rol dos direitos à integridade moral. Consoante a autora,

O direito a ser esquecido é um direito da personalidade e é um direito fundamental pautado na dignidade da pessoa humana. Com a inclusão do princípio do respeito à dignidade da pessoa humana no texto constitucional (art. 1º, III), houve a constitucionalização do direito da personalidade. Na verdade, os direitos da personalidade constituem o conteúdo do princípio do respeito à dignidade do ser humano, conseqüentemente, a dignidade da pessoa humana e a ideia de direitos fundamentais, ante a eficácia social da Carta Magna, aplicam-se ao direito a ser esquecido, que é um direito da personalidade.

Todavia, essa posição não é unânime. Parte da doutrina sustenta que o direito ao esquecimento não é um direito novo, mas sim produto de uma ressignificação do conceito de privacidade, decorrente do desenvolvimento da internet e da necessidade de proteção de dados pessoais disponibilizados nos ambientes digitais (FELIX, 2015, p.64).

Embora existam divergências na doutrina quanto à qualificação do direito ao esquecimento como um novo direito de personalidade, há largo consenso quanto ao fato de que o direito ao esquecimento possui como fundamento primeiro a tutela da dignidade da pessoa, em virtude da relação estabelecida entre o mesmo e os direitos constitucionais, especialmente aqueles que visam à proteção da privacidade. Diante disso, para melhor compreensão da natureza jurídica do direito ao esquecimento, bem como dos seus limites, passaremos a analisar, de forma mais específica, o conteúdo do direito à privacidade no próximo tópico.

1.2 Dos direitos à intimidade e à vida privada

No ordenamento jurídico brasileiro, os direitos à intimidade e à vida privada estão previstos no artigo 5º, inciso X, da Constituição de 1988¹¹, o que lhes garante o status de direitos fundamentais. A proteção da vida privada também encontra guarida em vários tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, tais como no art. XII da Declaração Universal dos Direitos do Homem¹², no art. 17 do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos¹³ e no art. 11 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos¹⁴.

Acerca da proteção constitucional da privacidade humana, nota-se que a Carta Maior preocupou-se em prever expressamente os direitos à intimidade e à vida privada, diferenciando-

¹¹ O artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal assim dispõe: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

¹² Declaração Universal dos Direitos do Homem, artigo XII: “Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.”

¹³ Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, art. 17: “1. Ninguém será objecto de intervenções arbitrárias ou ilegais na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem de atentados ilegais à sua honra e à sua reputação. 2. Toda e qualquer pessoa tem direito à proteção da lei contra tais intervenções ou tais atentados.”

¹⁴ Convenção Interamericana de Direitos Humanos, art. 11: “Proteção da honra e da dignidade. 1. Toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade. 2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação. 3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.”

os. De fato, embora os conceitos “intimidade” e “vida privada” sejam tratados contantemente como sinônimos, estes não se confundem, conforme elucida Tércio Sampaio Ferraz Júnior (1993, p. 442):

A intimidade é o âmbito do exclusivo que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo ao alcance de sua vida privada que, por mais isolada que seja, é sempre um viver entre os outros (na família, no trabalho, no lazer em comum). Não há um conceito absoluto de intimidade, embora se possa dizer que o seu atributo básico é o estar-só, não exclui o segredo e a autonomia. Já a vida privada envolve a proteção de formas exclusivas de convivência. Trata-se de situações em que a comunicação é inevitável (em termos de relação de alguém com alguém que, entre si, trocam mensagens), das quais, em princípio, são excluídos terceiros. Seu atributo máximo é o segredo, embora inclua também a autonomia e, eventualmente, o estar-só com os seus.

Nesta mesma linha, Sidney Guerra (2001, p.120-121) reforça as diferenças entre vida privada e intimidade ao salientar que a última possui um campo mais restritivo que a primeira:

Assim, verifica-se que a intimidade é algo a mais do que a vida privada, ou seja, a intimidade caracteriza-se por aquele espaço, considerado pela pessoa, como impenetrável, intransponível, indevassável e que, portanto, diz respeito única e exclusivamente à pessoa, como por exemplo, recordações pessoais, memórias, diários etc. Este espaço seria de tamanha importância que a pessoa não desejaria partilhar com ninguém. São os segredos, as particularidades, as expectativas, enfim seria, o que vamos chamar de o “canto sagrado” que cada pessoa possui.

Já a vida privada consiste naquelas particularidades que dizem respeito, por exemplo, à família da pessoa, tais como relações de família, lembranças de família, problemas envolvendo parentes próximos, saúde física e mental etc. Seria então aquela esfera íntima de cada um, que vedasse a intromissão alheia. Entretanto, percebe-se que neste caso a pessoa poderia partilhá-la com as pessoas que bem lhe conviesse, sendo da família ou apenas um amigo próximo.

Tradicionalmente, a definição do direito à privacidade é atrelada à proteção conferida ao indivíduo contra intromissões de terceiros na sua vida privada e familiar, evitando o acesso de estranhos a informações que digam respeito à sua vida pessoal (BASTOS; MARTINS, 2004). Contudo, não se pode ignorar que o conteúdo dos direitos fundamentais é variável e que o seu sentido sofre transformações em virtude da dinamização dos valores culturais e das relações humanas. O cenário atual, caracterizado pela rápida evolução tecnológica e pelo crescente estreitamento da privacidade humana, constitui ambiente propício a discussões referentes ao alcance da proteção deste direito, tendo em vista que, hoje, “instituições estatais e privadas têm condições de obter, armazenar, tratar e divulgar uma quantidade de informações sobre as pessoas que era impensável no passado, o que aumenta a vulnerabilidade dos indivíduos.” (SARMENTO, 2016, p.226).

Ademais, vale ressaltar que a intimidade e a vida privada, conquanto sejam constitucionalmente protegidas, não são direitos absolutos, podendo vir a ser limitadas pelas

liberdades de expressão e de informação. Para melhor entendimento do aparente conflito entre estes direitos fundamentais, é mister a análise da importância da tutela das denominadas liberdades integrantes da comunicação social¹⁵ bem como dos seus respectivos âmbitos de aplicação.

1.3 Dos direitos à liberdade de informação e de expressão e à liberdade de imprensa

Antes de tudo, é importante salientar que os direitos à liberdade de expressão e à liberdade de informação são distintos entre si. Como bem explica Salomão (2005, p.7):

A liberdade de expressão abrange qualquer exteriorização da vida própria das pessoas: crenças, convicções, ideais, ideologias, opiniões, sentimentos, emoções, atos de vontade e pode ser revestido de qualquer forma: a palavra escrita ou oral, a imagem, o gesto, o próprio silêncio.

A liberdade de informação tem em vista, ao invés, a interiorização de algo externo: consiste em apreender fatos e notícias, e nela prevalece o elemento de repassar conhecimento.

Estabelecer a diferença entre os conceitos “expressão” e “informação” constitui tarefa necessária, pois a expressão não está comprometida com a imparcialidade e tem como propósito difundir um pensamento pré-elaborado, uma opinião ou uma manifestação artística do ser humano. A informação, por outro lado, reveste-se dos atributos da imparcialidade e neutralidade e, por meio da divulgação de fatos e dados objetivamente apurados, pretende colaborar com a construção do pensamento humano. (CARVALHO, 1999, p.148).

Neste sentido, a informação desempenha a função social de disseminar o conhecimento humano entre os membros da sociedade, para que todos possam formular as suas próprias escolhas e opiniões. Dessa forma, discriminar o contraste entre a informação e outros modos de expressão do pensamento humano torna-se ainda mais relevante diante do papel político desempenhado pelo direito à informação, especialmente no contexto de um regime democrático, visto que os cidadãos somente conseguem realizar de forma plena e consciente suas opções políticas se lhes for garantido o acesso a informações comprometidas com a imparcialidade e objetividade (CRUZ, 2010, p.102).

¹⁵ De acordo com CARVALHO (2001, p.81): (...) “o direito de informação posiciona-se ao lado da liberdade de expressão, compondo juntamente com ela, o ramo do denominado direito da comunicação social, previsto no capítulo V do Título VIII da Constituição, estendo-se do artigo 220 ao 224.”

Neste contexto, Trigueiro (2016, p.96) explica que o direito à informação seria dotado de uma dimensão objetiva ou social, pois, segundo o autor,

(...) é com informação que se forma a opinião pública, que o povo se torna politizado, fiscaliza o governo e controla o poder (logo se torna apto a exercer os direitos políticos com consciência). A manutenção de um povo na ignorância é um meio de aprisioná-lo, pois sem educação adequada nem acesso à informação livre não há democracia.

Logo, a liberdade de informação, em sua dimensão coletiva, é imprescindível ao exercício da soberania popular e à consolidação de um regime democrático, pois ela possibilita o controle social sobre agentes públicos, o conhecimento sobre assuntos de relevância pública, além de combater o monopólio da informação, viabilizando o pluralismo ideológico e político.

Sob uma outra ótica, a liberdade de informação apresenta uma dimensão individual, composta por três vertentes de proteção: o direito de informar, que consiste no direito de transmitir livremente informações, desde que comprometidas com a verdade e a objetividade; o direito de se informar, que corresponde à liberdade de obtenção de informações, sem a interposição de obstáculos; e o direito a ser informado, que se traduz no direito ao acesso à informação (SALOMÃO, 2005, p.6). Neste sentido, Ana Paula de Barcellos (2014, p 59) esclarece que

As liberdades de expressão e de informação têm, em primeiro lugar, uma dimensão individual. Cada pessoa tem a liberdade de pensar por si própria, formar seu próprio juízo e avaliação críticos, ter suas próprias opiniões e veiculá-las.

(...)

As pessoas têm igualmente a liberdade de buscar informações sobre o mundo, sobre aquilo que pode afetar a si mesmas, à coletividade na qual se inserem e que, portanto, pode repercutir sobre suas escolhas. Em relação a determinados fenômenos, como já referido, mais que uma liberdade de buscar, as pessoas terão um direito de obter tais informações.

Além das liberdades de informação e de expressão, temos ainda a liberdade de imprensa, que consiste na liberdade conferida aos meios de comunicação de divulgarem fatos, idéias e opiniões. Assim, infere-se que a “defesa da liberdade de imprensa se confunde com a própria defesa da liberdade de expressão e do direito à informação.” (CRUZ, 2010, p.111).

Embora a Constituição de 1988 tenha se preocupado em proteger, de maneira ampla, as liberdades de informação¹⁶, de expressão e de imprensa, tais direitos não são absolutos, sendo

¹⁶A relevância das liberdades de expressão e de informação e a utilização ostensiva de mecanismos no Brasil durante a ditadura militar levou o constituinte a consagrar ambas as liberdades de forma ampla. Acerca da liberdade de expressão, os seguintes dispositivos: Art. 5º, incisos IV e IX e art.220, § 1º e 2º. Sobre a liberdade de informação, e também sobre o direito à informação, a Constituição de 1988 traz os seguintes dispositivos: Art. 5º [...] [...] XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional; [...] XXXIII – todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas

limitados por outros direitos de personalidade já anteriormente citados como a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem.

Além dos limites explícitos na Constituição, existem outros limites aos denominados direitos da comunicação social que, todavia, serão melhores explorados no item subsequente, que tratará da ponderação entre as liberdades de informação e expressão e outros direitos de personalidade, considerados fundamentos normativos do direito ao esquecimento.

1.4 Ponderação entre as liberdades de comunicação social e demais direitos de personalidade como forma de consolidação do direito ao esquecimento

Sabe-se que o conteúdo dos direitos fundamentais é “aberto e variável, apenas revelado no caso concreto e nas relações dos direitos entre si ou nas relações destes com outros valores constitucionais.” (FARIAS, 1996, p.93). Por conta disso, pode ocorrer de o titular de certo direito fundamental, ao exercê-lo, constatar o conflito ou a colisão deste com outro direito fundamental.

A solução da colisão entre direitos fundamentais, por vezes, é atribuída ao legislador ordinário, quando o texto constitucional permite a restrição de direitos por meio de reserva de lei (MENDES, 1994, p.298). É o caso, por exemplo, da restrição à inviolabilidade da intimidade nos casos em que é autorizada, mediante ordem judicial, a interceptação de comunicações eletrônicas, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Trata-se aqui de reserva legal prevista expressamente pela Constituição¹⁷.

aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado; [...] LXXII – conceder-se-á habeas data: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefera fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

[...].

Art. 37. [...]

[...] § 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: [...] II – o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII; [...].

Art. 93. [...]

[...]

IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

[...].

¹⁷ Ver art. 5º, inc. VII, da Constituição Federal de 1988.

Por outro lado, caso a colisão entre direitos fundamentais não esteja sujeita à reserva de lei, caberá aos juízes e aos tribunais resolver a mencionada contradição (FARIAS, 1996, p. 95). Contudo, convém esclarecer que uma colisão de princípios exige solução diversa daquela aplicável a uma colisão de regras jurídicas. Aqui, é oportuno citar a distinção estabelecida por Barroso (2004, p.1-3) entre essas duas espécies de normas jurídicas, as regras e os princípios. De acordo com o autor,

(...) regras são, normalmente, relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações. Ocorrendo a hipótese prevista no seu relato, a regra deve incidir, pelo mecanismo tradicional da subsunção: enquadrar-se os fatos na previsão abstrata e produz-se uma conclusão. A aplicação de uma regra se opera na modalidade tudo ou nada: ou ela regula a matéria em sua inteireza ou é descumprida. Na hipótese do conflito entre duas regras, só uma será válida e irá prevalecer.

Princípios, por sua vez, expressam valores a serem preservados ou fins públicos a serem realizados. Designam, portanto, "estados ideais", sem especificar a conduta a ser seguida. A atividade do intérprete aqui será mais complexa, pois a ele caberá definir a ação a tomar. E mais: em uma ordem democrática, princípios frequentemente entram em tensão dialética, apontando direções diversas. Por essa razão, sua aplicação deverá se dar mediante ponderação: o intérprete irá aferir o peso de cada um, à vista das circunstâncias, fazendo concessões recíprocas. Sua aplicação, portanto, não será no esquema tudo ou nada, mas graduada à vista das circunstâncias representadas por outras normas ou por situações de fato.

Conclui-se que as regras são normas jurídicas dotadas de um grau de abstração menos elevado, em comparação aos princípios, e que devem ser cumpridas na sua inteireza, caso sejam válidas. Em contrapartida, a solução a ser adotada para a colisão de princípios e de direitos fundamentais é diversa, devendo o intérprete fazer uso da chamada ponderação de bens constitucionalmente protegidos¹⁸. A técnica da ponderação é descrita por Barroso (2004), como sendo um processo composto por três etapas. Segundo o referido autor (2004, p.10-11),

Na primeira etapa, cabe ao intérprete detectar no sistema as normas relevantes para a solução do caso, identificando eventuais conflitos entre elas. (...)

Na segunda etapa, cabe examinar os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos. (...) Embora os princípios e regras tenham, em tese, uma existência autônoma, no mundo abstrato dos enunciados normativos, é no momento em que entram em contato com as situações concretas que seu conteúdo se preencherá de real sentido. Assim, o exame dos fatos e os reflexos sobre eles das

¹⁸ De acordo com Alexy (2011, p. 93), a colisão entre regras deve ser solucionada a partir da validade das mesmas, excluindo-se, assim, a norma considerada inválida. O autor congina que: "A priori, na hipótese de conflito entre duas regras, importa salientar que, a devida resolução ocorrerá a partir da introdução de uma 'cláusula de exceção'. Não sendo possível tal disposição, pelo menos uma das regras em conflito no caso concreto será reputada como inválida, devendo, portanto, ser excluída do ordenamento jurídico".

Já no que diz respeito à colisão entre princípios, esta seria resolvida a partir da cessão de um princípio, com peso menor, em relação a outro, com peso maior. Nesse segmento, não é analisada a dimensão de validade dos princípios, pois, conforme elucida Alexy (2011, p.94): "Esses são válidos, sendo afastados pelo sopesamento de interesses exigido no caso concreto."

normas identificadas na primeira fase poderão apontar com maior clareza o papel de cada uma delas e a extensão de sua influência.

(...) É na terceira etapa que a ponderação irá singularizar-se, em oposição à subsunção (...). Pois bem: nessa fase decisória, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto serão examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos a serem atribuídos aos diversos elementos em disputa e, portanto, o grupo de normas a preponderar no caso. Os parâmetros construídos na primeira etapa deverão ser empregados aqui e adaptados, se necessário, às particularidades do caso concreto.

Dessa forma, o método da ponderação busca estabelecer qual a solução mais adequada às peculiaridades do caso concreto bem como o seu grau de aplicação, tendo como parâmetro o princípio da proporcionalidade e razoabilidade (MORAES, 2000, p.67)¹⁹.

Ante o exposto, constata-se que o direito ao esquecimento surge a partir de um debate jurídico que envolve a colisão entre os atributos concernentes à personalidade e os direitos integrantes da comunicação social. Destarte, para se saber até que ponto a liberdade de comunicação pode restringir a tutela da privacidade, essencialmente no que diz respeito a fatos do passado, o julgador deve se valer da técnica da ponderação de valores. Entretanto, para que se estabeleça o grau de efetividade de cada um destes direitos no caso concreto, o operador do direito deve ater-se a algumas circunstâncias. Vejamos quais são elas.

Em primeiro lugar, conforme já tratado no tópico 1.3 deste capítulo, a liberdade de informação possui um compromisso com a verdade, devendo os órgãos de imprensa deixar claro ao público o que é notícia e o que é mero juízo de opinião ou mensagem publicitária. Contudo, não se está falando aqui de uma verdade objetiva ou absoluta, e sim de uma subjetiva, no sentido de que quem divulga a informação deve atuar com diligência mínima, com o intuito de evitar a disseminação de fatos cuja falsidade poderia ter sido auferida por meio de uma investigação prévia. Nesta linha, Sarmiento (2016, p.196) discorre que

A exigência da veracidade da informação também deve ser vista com cautela, sob pena de se cancelar a imposição de uma “verdade” oficial inquestionável sobre acontecimentos controvertidos, bloqueando-se o desenvolvimento na esfera pública de debates sobre a ocorrência, contornos e circunstâncias de fatos relevantes, em

¹⁹ Ingo Wolfgang Sarlet (2004, p.101-102) esclarece que “o princípio (ou postulado, se assim preferirmos) da proporcionalidade (na sua função precípua como proibição de excesso) desdobra-se em três elementos (no que parece existir elevado grau de consenso, ainda que subsistam controvérsias no tocante a aspectos pontuais), notadamente, a) as exigências (ou subprincípios constitutivos, como propõe Gomes Canotilho) da adequação ou conformidade, no sentido de um controle da viabilidade (isto é, da idoneidade técnica) de alcançar o fim almejado por aquele(s) determinado(s) meio(s); b) a necessidade ou, em outras palavras, a exigência da opção pelo meio restritivo menos gravoso para o direito objeto da restrição, para alguns designada como critério da exigibilidade (tal como prefere Gomes Canotilho); e c)

a proporcionalidade em sentido estrito (que exige a manutenção de um equilíbrio (proporção e, portanto, de uma análise comparativa) entre os meios utilizados e os fins colimados, no sentido do que para muitos tem sido também chamado de razoabilidade (ou justa medida, de acordo novamente com a terminologia sugerida por Gomes Canotilho) da medida restritiva, já que mesmo uma medida adequada e necessária poderá ser desproporcional.”

prejuízo à livre formação da opinião pública. Daí porque, o dever de veracidade não pode significar a obrigação de só divulgar fatos incontroversos, nem tampouco importa na responsabilidade incondicional dos que transmitirem informações porventura incorretas. Tal dever, na verdade, se esgota na exigência de lealdade e diligência dos que comunicam informações, que não podem difundir fatos que saibam inverídicos, nem fazê-lo sem qualquer esforço para apurar a sua veracidade. Em outras palavras, a “verdade” em questão é *subjetiva* – quem comunicou os fatos acreditava que fossem verídicos, depois de apurá-los com a devida cautela – e não *objetiva*.

Além disso, a liberdade de informação pode sofrer compressões a depender da ilicitude do seu meio de obtenção (é o caso, por exemplo, da divulgação de gravações telefônicas obtidas por meio de interceptações ilícitas) ou do *status* pessoal do indivíduo que é alvo de uma notícia. Nesta última hipótese, encontram-se as pessoas consideradas notórias que, por sua vez, estão suscetíveis a maiores restrições em sua privacidade (TEFFÉ, BARLETTA, 2016).

Dentro da categoria “pessoas notórias” estariam, por exemplo, os agentes públicos, em razão do seu dever de prestar contas à população a respeito do exercício da função pública, aqueles que se tornaram famosos por conta da natureza da sua atividade profissional, como é o caso dos artistas e esportistas, bem como as pessoas envolvidas em eventos de grande repercussão social, a exemplo de fatos criminosos (BARCELLOS, 2014, p.54-55). Nas hipóteses em que a notoriedade foi obtida a partir da ampla divulgação dada a certo delito, nos deparamos com a questão complexa do direito ao esquecimento. Como bem salientado por Barcellos (2014, p.54),

A situação, porém, é particularmente sensível para as vítimas e suas famílias, cujo envolvimento no evento – e a notoriedade daí decorrente – em nada se relaciona com uma escolha pessoal. Também no caso do criminoso que já cumpriu pena e se reintegrou à sociedade, discute-se como lidar com o chamado direito ao esquecimento e a natureza pública dos fatos nos quais ele se envolveu, que integram a história daquela coletividade.

Ocorre que, não obstante o tratamento jurídico diferenciado conferido às pessoas notórias, no que diz respeito à tutela da intimidade e da vida privada, tais direitos também são conferidos a pessoas públicas e famosas. Neste contexto, Carvalho (2003, p.56) faz o seguinte alerta

Qualquer pessoa, por mais pública que seja, tem o direito a uma esfera de privacidade, de forma que sua intimidade não possa ser devassada pelos órgãos da imprensa. Por exemplo, mesmo para um notório político, sua família, sua vida familiar, seus hábitos íntimos, seu cotidiano dentro de casa, não podem ser divulgados. O que pode ser divulgado é a parte da sua vida-personalidade de domínio público, como as atividades políticas; não a esfera privada, desconhecida do grande público.

Também é importante ressaltar que a garantia da liberdade de informação sofre ponderações pelos direitos à imagem e à honra.

O direito à imagem, de acordo com Guerra (2001, p. 123), “(...) consiste no direito que a própria pessoa tem sobre a projeção de sua personalidade física ou moral face à sociedade, incidindo assim em um conjunto de caracteres que vai identificá-la no meio social.” Em regra, a utilização da imagem depende da prévia autorização do seu titular. Inclusive, no caso de pessoas famosas, a jurisprudência tem reconhecido o dever de indenizar quando há a utilização inconsentida da imagem para fins de publicidade comercial²⁰.

Ademais, no julgamento do Resp 801.109/DF²¹, de relatoria do Ministro Raul Araújo, foram fixados outros parâmetros a serem observados no que tange à proteção do direito à imagem. Com base neste julgado, o Superior Tribunal de Justiça definiu a tese de que

(...) tratando-se de imagem de multidão, de pessoa famosa ou ocupante de cargo público, deve ser ponderado se, dadas as circunstâncias, a exposição da imagem é ofensiva à privacidade ou à intimidade do retratado, o que poderia ensejar algum dano patrimonial ou extrapatrimonial. Há, nessas hipóteses, em regra, presunção de consentimento do uso da imagem, desde que preservada a vida privada.

A liberdade de informação também pode ser restringida pelo direito à honra, que possui dois aspectos: um objetivo e outro subjetivo. De acordo com Guerra (2001, p. 122),

No que se refere ao primeiro-aspecto objetivo-, verifica-se que esta estaria voltada para a sociedade, ou seja, a ideia que as pessoas fazem daquela pessoa; qual a opinião, a ideia, os padrões que são criados pela própria sociedade, ou seja, o bom nome, a fama, a estima que goza.

Já no segundo, aspecto subjetivo, está relacionado à questão do próprio “eu”, da auto-estima, da consciência da própria dignidade, isto é, do que a pessoa pensa de si mesma.

A doutrina e a jurisprudência têm reconhecido como limitação ao direito à honra a veracidade do fato imputado ao seu titular²². Todavia, Barroso (2004, p.15) reconhece a possibilidade de prevalência da preservação do direito à honra sobre a divulgação de fatos

²⁰ No que toca à imagem e sua autorização, pacificou-se, no STJ, o entendimento de que “independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais.” (Súm 403 do STJ).

²¹ Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 801.109/DF, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 12.06.2012.

²² Nesse sentido, o STJ possui o entendimento de que “(...) a honra e imagem dos cidadãos não são violados quando se divulgam informações verdadeiras e fidedignas a seu respeito e que, além disso, são do interesse público. O veículo de comunicação exime-se de culpa quando busca fontes fidedignas, quando exerce atividade investigativa, ouve as diversas partes interessadas e afasta quaisquer dúvidas sérias quanto à veracidade do que divulgará”. Porém, o dever de veracidade que incumbe à mídia deve ser avaliado no contexto jornalístico, no qual as matérias devem ser produzidas de modo célere. Se a suspeita sobre o indivíduo realmente existia e a divulgação informou que eram ‘suspeitas’ (sem apontá-lo como criminoso condenado), não houve violação de sua honra, mesmo que, anos depois, ele tenha sido absolvido cabalmente.” (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 984.803, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 19.08.2009).

verdadeiros que prejudiquem a reputação social do indivíduo, quando não subsiste qualquer interesse público na repercussão das informações.

A percepção, por parte do julgador, dessa circunstância, qual seja a existência ou não de interesse público na divulgação, constitui um dos importantes critérios de solução de litígios que envolvam o direito ao esquecimento, especialmente quando se está diante de um conflito entre a proteção à honra e à imagem de acusados e a divulgação de fatos criminosos. Aqui, vale fazer um breve registro do famoso caso Lebach²³, julgado em 1973 pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, cuja decisão reconheceu o direito ao esquecimento com base na ausência de interesse público na divulgação de fatos pretéritos.

De forma resumida, o caso Lebach versa sobre um episódio ocorrido na República Federal Alemã envolvendo o homicídio de quatro soldados que guardavam um depósito de armas e munições. Por estes crimes foram condenados à prisão perpétua dois acusados, além de ter sido imputada a pena de reclusão de seis anos a um terceiro envolvido. Ocorre que uma TV alemã decidiu transmitir um documentário a respeito dos homicídios, no qual seriam mencionados os nomes dos condenados e visualizadas fotografias reais dos mesmos. O documentário seria exibido poucos dias antes da saída do terceiro condenado da prisão que, na tentativa de impedir a exibição do documentário, provocou o judiciário alemão com a finalidade de obter uma liminar.

A primeira instância e o tribunal revisor negaram o pedido de liminar, sob o fundamento de que haveria interesse público na divulgação do episódio, posto que o assassinato de soldados em Lebach integraria a história alemã recente.

Insatisfeito com a decisão, o autor recorreu ao Tribunal Constitucional, que reformou o entendimento dos juízos anteriores, concedendo a liminar para impedir a veiculação do programa. A Corte Constitucional alemã, valendo-se da técnica da ponderação, considerou não haver mais interesse público atual nos fatos, em virtude do transcorrer do tempo. Diante disso, o Tribunal Constitucional Alemão entendeu que, no caso concreto sob análise, a tutela da intimidade e da vida privada do condenado deveria prevalecer, uma vez que a exposição do documentário poderia causar prejuízos ao seu processo de ressocialização (RAMOS, 2016, p.140).

Portanto, a prioridade da liberdade de informação em detrimento do direito à privacidade e ao esquecimento dependerá da existência de interesse público ou interesse social na divulgação do fato. A existência ou não de interesse público, por sua vez, deve ser analisada

²³ BVerfGE 35, 202.

diante das peculiaridades do caso concreto, devendo o julgador se ater a várias circunstâncias, tais como, a natureza do cargo ocupado pela pessoa sobre a qual diz respeito a informação, se o fato trata de pessoa inocente ou que deseja demonstrar a sua inocência ou se a informação pretérita diz respeito a um evento histórico²⁴ (CHEHAB, 2015, p.95).

Quanto à existência de interesse público/histórico sobre a divulgação de informações, vale ressaltar que, no julgamento na ADIN de n. 4815/2015²⁵, cuja relatoria ficou a cargo da Ministra Cármen Lúcia, o Supremo Tribunal Federal considerou inexigível o consentimento de pessoa biografada, bem como de pessoas retratadas como coadjuvantes para a publicação de obras biográficas literárias ou audiovisuais, sob o fundamento de que o exercício da liberdade de expressão artística e de pensamento possibilita à sociedade o conhecimento da sua própria história. Nos termos do voto da Ministra Relatora,

Biografia é história. A história de uma vida. Essa não acontece apenas a partir da soleira da porta de casa como anotado. Ingressa na intimidade sem que o biografado sequer precise se manifestar. A casa é plural. Embora seja espaço de sossego, a toca do ser humano, os que ali comparecem observam, contam histórias, pluralizam a experiência do que nela acontece.²⁶

Desse modo, a efetivação do direito ao esquecimento encontra óbices diante da relevância histórica atribuída a certos acontecimentos, pois “a história auxilia a humanidade a compreender seus erros, superá-los e não os repetir. Ela é a lupa que nos faz descobrir quem somos, de onde viemos e para onde vamos. É o elo indissolúvel que liga passado, presente e futuro.”²⁷

Neste sentido, a historiadora Mariana Pimentel Fischer Pacheco (2009) ressalta a importância do conhecimento da história para a libertação de um ciclo de repetições dos erros pretéritos e para a abertura da sociedade a novas perspectivas de futuro, tendo em vista que a rememoração do passado, muitas vezes marcado pela violência e por atrocidades aos direitos humanos, é importante para a superação de acontecimentos coletivos traumáticos.

Portanto, nem todos os acontecimentos ocorridos no passado devem ser esquecidos. A rememoração de certos fatos pretéritos componentes da história de uma nação contribui para a

²⁴ Martinez (2014, p.169) caracteriza “evento histórico” como sendo “a priori, evento de grande comoção nacional, com ampla cobertura e importância, sugeriria a preponderância de um interesse público no caso, uma presunção pela liberdade de informação.”

²⁵ Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.815-DF. Rel. Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 06 ago. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1016270927>>. Acesso em: 24 fev.2018.

²⁶ Idem, p.104.

²⁷ CHEHAB, Gustavo. *O direito na sociedade da informação*. Revista dos Tribunais, v. 104, n. 952, 2015, p. 96.

formação cidadã dos indivíduos, permitindo-lhes refletir sobre o papel das instituições, os limites da atuação punitiva do Estado e sobre variados temas do constitucionalismo, como democracia e liberdade. Ademais, o conhecimento daquilo que já ocorreu é fundamental para a construção daquilo que está por vir, ou seja, de um futuro mais democrático e menos tolerante com atos violadores aos direitos humanos.

Não obstante o reconhecimento da existência de limites à liberdade de informação, Barroso (2004) defende que o interesse público é presumido na divulgação de informações e de que esta presunção só pode ser superada em casos excepcionais, em razão da relevância do direito à informação para a consolidação democrática e para a construção do pensamento humano. Segundo o referido autor (2004, p.24),

Quando se faz referência à necessidade de se atender ao requisito do interesse público no exercício da liberdade de informação e de expressão, na verdade se está cuidando do conteúdo veiculado pelo agente. Isto é: procura-se fazer um juízo de valor sobre o interesse na divulgação de determinada informação ou de determinada opinião. Ocorre, porém, que há um interesse público da maior relevância no próprio instrumento em si, isto é, na própria liberdade, independentemente de qualquer conteúdo. Não custa lembrar que é sobre essa liberdade que repousa o conhecimento dos cidadãos acerca do que ocorre a sua volta; é sobre essa liberdade, ao menos em Estados plurais, que se deve construir a confiança nas instituições e na democracia.

Assim, em face da importância creditada às liberdades comunicativas, boa parte dos juristas defende que as liberdades de informação e de expressão ocupariam uma posição preferencial perante os demais direitos constitucionais nas ponderações²⁸, devendo a tutela dos direitos da personalidade, via de regra, “ocorrer a posteriori, por meio do exercício do direito de resposta e da responsabilização dos que exerceram abusivamente as suas liberdades expressivas.” (EHRHARDT JÚNIOR; NUNES; PORTO, 2017, p.72).

A posição doutrinária e jurisprudencial de que a liberdade de expressão e de comunicação gozariam de uma preferência *prima facie* em relação aos demais direitos fundamentais, encontraria suporte em alguns fundamentos: a) em razões históricas, pois o Brasil vivenciou períodos de séria repressão à liberdade de expressão e de informação, procurando a

²⁸ O STF já adotou posição neste sentido. Na ADPF 187, o Min. Luiz Fux declarou que: “A liberdade de expressão (...) merece proteção qualificada, de modo que, quando da ponderação com outros princípios constitucionais, possua uma dimensão de peso *prima facie* maior”, em razão da sua “preeminência axiológica” sobre outras normas e direitos. No RE 685.493, o rel. Min. Marco Aurélio declarou que: “É forçoso reconhecer a prevalência da liberdade de expressão quando em confronto com outros direitos fundamentais, raciocínio que encontra diversos e cumulativos fundamentos. (...) A liberdade de expressão é uma garantia preferencial em razão da estreita relação com outros princípios e valores fundantes, como a democracia, a dignidade da pessoa humana, a igualdade”. Em decisão proferida no julgamento da Rcl 18.638/ MC, o Min. Luís Roberto Barroso entendeu que: “Da posição de preferência da liberdade de expressão deve resultar a absoluta excepcionalidade da proibição prévia de publicações, reservando-se essa medida aos raros casos em que não seja possível a composição posterior do dano que eventualmente seja causado aos direitos da personalidade. A opção pela composição posterior tem a inegável vantagem de não sacrificar totalmente nenhum dos valores envolvidos, realizando a ideia de ponderação.”

Constituição de 1988 romper com este passado autoritário; b) no relevante papel das liberdades comunicativas para a consolidação do regime democrático; c) na dignidade humana, visto que o desenvolvimento da personalidade humana dependeria da livre circulação de fatos, informações e opiniões; d) no caráter instrumental da liberdade de expressão para a reivindicação dos demais direitos na esfera pública, pois as liberdades comunicativas viabilizam a realização de críticas às autoridades, mobilizações bem como amplia a *accountability* governamental.²⁹

Neste tópico buscamos analisar a técnica da ponderação na tentativa de identificar alguns critérios ou circunstâncias peculiares capazes de influenciar no acolhimento ou rejeição do direito ao esquecimento pelo judiciário, especialmente os limites impostos à liberdade de informação. No próximo capítulo, veremos como estes critérios vêm sendo analisados pela jurisprudência brasileira, a partir da análise de dois casos paradigmáticos, que têm como cerne o debate acerca do direito ao esquecimento em contraposição à liberdade de imprensa.

²⁹ SARMENTO, Daniel. *Liberdades comunicativas e “direito ao esquecimento” na ordem constitucional brasileira*. Revista Brasileira de Direito Civil, vol.7, jan/mar. 2016, p.207-210.

2 O direito ao esquecimento no Brasil: análise de casos jurisprudenciais

Embora inexista previsão expressa do denominado “direito ao esquecimento” no ordenamento jurídico brasileiro, a doutrina nacional vem se debruçando sobre essa temática há mais de uma década, visto que, desde os anos 1990, é possível encontrar artigos, livros e referências diretas ou indiretas sobre o aludido direito (RODRIGUES, 2013a).

Entretanto, foi com o surgimento de novas possibilidades de comunicação pública e pessoal que o debate acerca do direito ao esquecimento ganhou maior notoriedade em virtude da irrestrita circulação de dados pessoais nos meios virtuais e da consequente ampliação dos obstáculos à defesa da esfera privada do indivíduo.

Em resposta aos desafios impostos ao resguardo da privacidade decorrentes do progresso tecnológico, foi aprovado, em 2013, pela VI Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, o Enunciado n. 531, cujo conteúdo prevê o direito ao esquecimento como instrumento da tutela da dignidade humana na sociedade da informação bem como apresenta como justificativa para a inserção do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico o fragmento transcrito a seguir:

Os danos provados pelas novas tecnologias de informação vêm se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribuí a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.³⁰

Logo após a edição do Enunciado n. 531, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) analisou a aplicação do direito ao esquecimento no julgamento de dois casos concretos. Um deles versa sobre uma demanda indenizatória proposta por familiares de uma jovem, vítima de um crime ocorrido na década de 50, por conta da transmissão de um programa da TV Globo, no qual a tragédia familiar foi rememorada. No segundo caso, um dos indiciados pela sequência de crimes conhecida como “Chacina da Candelária” promoveu ação indenizatória em face da mesma emissora televisiva, também em decorrência de um episódio transmitido pelo mesmo programa.

Este capítulo propõe uma análise mais detalhada sobre estes dois precedentes do Superior Tribunal de Justiça (Recurso Especial n. 1.335.153/RJ e Recurso Especial n.

³⁰ Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. VI Jornada de Direito Civil. Enunciado n.531. *A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade de informação inclui o direito ao esquecimento*. Coordenador Geral Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília, 12 de março de 2013.

1.334.097/RJ), com o intuito de evidenciar os problemas que exsurtem a partir do debate acerca da colisão entre as liberdades comunicativas e os demais direitos fundamentais e de identificar alguns dos critérios utilizados pelas decisões judiciais apresentadas na resolução deste conflito de interesses.

Ambos os julgados, da relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, apresentam diversas semelhanças, uma vez que possuem como objeto principal a ponderação entre a liberdade de imprensa e os demais direitos de personalidade. Embora o mencionado conflito tenha sido alvo de análise em outros precedentes da Corte, o Ministro Relator chama a atenção para o fato de que as discussões acerca do direito ao esquecimento, ao invés de focarem na ilicitude da informação divulgada, ou seja, no conteúdo difamatório ou inverídico da publicação, estão centradas na ausência de contemporaneidade da notícia de fatos passados, cuja rememoração contra a vontade dos interessados seja apta a reavivar dores, estigmas e feridas já anteriormente superadas.³¹

Observa-se ainda nos julgados dos dois recursos especiais uma preocupação do Ministro Relator em restringir os efeitos da sua análise a situações que envolvam publicações em mídia televisiva. Em seus votos, o referido magistrado esclarece que a sua decisão será sobre

(...) a possível adequação (ou inadequação) do mencionado direito ao esquecimento ao ordenamento jurídico brasileiro, especificamente para o caso de publicações na mídia televisiva, porquanto o mesmo debate ganha contornos bem diferenciados quando transposto para internet, que desafia soluções de índole técnica, com atenção, por exemplo, para a possibilidade de compartilhamento de informações e circulação internacional do conteúdo, o que pode tangenciar temas sensíveis, como a soberania dos Estados-nações.³²

Não obstante a semelhança entre os dois processos, verifica-se que as soluções adotadas para ambos foram opostas. Diante disso, faz-se necessária uma análise comparativa entre os argumentos jurisprudenciais adotados nos precedentes sob análise para um melhor entendimento dos critérios utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça na efetuação do direito ao esquecimento, considerando as circunstâncias do caso concreto.

³¹ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.335.153/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 10/9/2013, p. 16-17.

³² Idem, p.19.

2.1 Caso “Chacina da Candelária”- Recurso especial n. 1.334.097/RJ

Um dos casos paradigmáticos no qual a Corte Superior reconheceu a aplicação do direito ao esquecimento remonta ao episódio conhecido como “Chacina da Candelária”. A decisão do STJ foi proferida em sede do Recurso Especial n. 1.334.097/RJ, da relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, no qual figurou como recorrente a empresa Globo Comunicações e Participações S/A e, como recorrido, Jurandir Gomes de França.

O autor da ação indenizatória, ora recorrido, foi indiciado como coautor /partícipe da sequência de homicídios ocorridos durante a “Chacina da Candelária”, evento ocorrido em 23 de julho de 1993, no qual policiais à paisana atiraram contra cerca de 70 crianças e adolescentes que dormiam nas escadarias da Igreja da Candelária. Contudo, após ser submetido a júri popular, o recorrido foi absolvido, de forma unânime, pelo Conselho de Sentença por negativa de autoria.

A controvérsia do presente recurso especial decorre da exposição inconstentida do nome e imagem do Sr. Jurandir em um programa televisivo chamado “Linha Direta – Justiça”, que tinha como tema central a reconstrução da mencionada chacina.

No aludido programa, que foi levado ao ar apesar do autor da ação ter recusado expressamente a conceder entrevista à emissora a respeito dos fatos e manifestado desinteresse em ver sua imagem divulgada no programa, o recorrido teve o seu nome e imagem identificados e relacionados ao evento, o que deu ensejo ao pedido de indenização por danos morais contra a TV Globo. Para sustentar a sua demanda, o autor alega que a sua exposição em rede nacional violou o seu direito à paz, ao anonimato e à privacidade pessoal, com prejuízo, inclusive, aos seus familiares. Suscitou ainda que a veiculação do seu nome e imagem em um programa televisivo teria reacendido na comunidade onde residia a imagem de chacinador e a desconfiança de todos, o que lhe acarretou diversos problemas na sua vida profissional. Ademais, relata que, com a exibição do programa televisivo, passou a receber diversas ameaças de morte, tendo, inclusive, sido obrigado a desfazer-se de seus bens e a deixar a comunidade em que vivia, no intuito de proteger a sua própria vida e a de seus familiares.³³

O pedido indenizatório não foi acolhido pela primeira instância que, todavia, teve sua decisão reformada em grau de apelação, oportunidade em que o Tribunal de Justiça do Rio de

³³ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.334.097/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 10.9.2013, p.7.

Janeiro reconheceu o abuso do direito de informar e a violação do direito à imagem. Conforme consta do acórdão proferido pelo STJ, o tribunal estadual considerou que o autor teve envolvimento meramente lateral e acessório na denominada “Chacina da Candelária”, sendo possível contar a história desse episódio sem a menção de seu nome.³⁴

Posteriormente, foram opostos embargos infringentes que, por sua vez, foram rejeitados, ratificando a consolidação do direito ao esquecimento.

Irresignada com a decisão, a TV Globo interpôs recurso especial perante o STJ, alegando inexistir o dever de indenizar. Segundo a recorrente, não teria havido invasão à privacidade/intimidade do autor, tendo em vista que os acontecimentos atrelados à Chacina da Candelária eram públicos e amplamente debatidos pela sociedade brasileira. Alegou ainda que o programa “Linha Direta- Justiça” teria transmitido com veracidade os acontecimentos ocorridos, deixando clara a absolvição do Sr. Jurandir em relação aos mesmos.³⁵

Não obstante os argumentos arguidos pela recorrente, o recurso especial teve seu provimento negado, por unanimidade, pela Quarta Turma do STJ, restando mantida a condenação, proferida em sede de apelação, ao pagamento de quantia indenizatória no valor de cinquenta mil reais.

Em defesa da efetuação do direito ao esquecimento frente à liberdade de imprensa, o Ministro Relator retoma os argumentos contidos no acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, proferido por ocasião do julgamento dos embargos infringentes. O tribunal estadual afirmou que, embora seja inegável o interesse público na discussão de fatos históricos pertencentes à memória coletiva, faz-se oportuna a realização dos seguintes questionamentos: a) se na exposição do nome e imagem de pessoa envolvida em acontecimento pretérito restaria algum interesse atual; b) ou se a exposição de informações pessoais seria indispensável ao conteúdo informativo da matéria jornalística ou, pensando sob uma perspectiva contrária, se a omissão desses dados prejudicaria o direito à informação ou o interesse público.³⁶ Neste sentido, o tribunal fluminense sustentou que a desfiguração eletrônica da imagem do autor e o uso de um pseudônimo consistiria em sacrifício mínimo à liberdade de expressão em favor de outro direito fundamental que, no presente caso concreto, merecia maior atenção e preponderância.³⁷

³⁴ Idem, p.8.

³⁵ Ibidem, p.10.

³⁶ Ibidem, p.9.

³⁷ Ibidem, p.9.

Desse modo, mesmo a Chacina da Candelária sendo um fato dotado de importância histórica, o Ministro Relator considerou desnecessária a exposição da imagem e nome do recorrido em rede nacional para o exercício da liberdade de imprensa e para a narração dos eventos ocorridos durante a sequência de crimes cometidos por policiais brasileiros contra adolescentes e crianças.

Ademais, o seu voto reforça que a exposição do nome e imagem do autor teria aptidão para despertar na sociedade uma visão equivocada sobre os fatos, pois o programa televisivo não enfatizaria a imagem de um inocente que foi acusado injustamente e sim a imagem de indiciado, o que poderia despertar um sentimento de hostilidade e desconfiança social em relação ao autor. Conforme aduz a fundamentação do voto do Ministro Salomão,

Muito embora tenham as instâncias ordinárias reconhecido que a reportagem mostrou-se fidedigna com a realidade, a receptividade do homem médio brasileiro a noticiários desse jaez é apta a reacender a desconfiança geral acerca da índole do autor, que, certamente, não teve reforçada sua imagem de inocentado, mas sim a de indiciado.³⁸

Também em prol do reconhecimento do direito de ser esquecido, o acórdão do Superior Tribunal de Justiça pondera que nenhum direito fundamental é absoluto, não podendo a liberdade de imprensa ser exercida sem a observância dos princípios constitucionais protetivos da dignidade da pessoa humana, tais como a inviolabilidade da intimidade, da vida privada e da honra das pessoas.³⁹ Segundo consta da decisão da Corte Superior, no conflito aparente entre esses bens jurídicos de especialíssima grandeza, há, em regra, uma inclinação ou predileção constitucional para soluções protetivas da pessoa humana, embora o melhor equacionamento deva sempre observar as particularidades do caso concreto. Tal entendimento pode ser visualizado no voto do Ministro Salomão, nos seguintes termos:

Essa constatação se mostra consentânea, a meu juízo, com o fato de que, a despeito de a informação livre de censura tenha sido inserida no seletor grupo dos direitos fundamentais (art. 5º, inciso IX), a Constituição Federal mostrou sua vocação antropocêntrica no momento em que gravou, já na porta de entrada (art. 1º, inciso III), a dignidade da pessoa humana como - mais que um direito - um fundamento da República, uma lente pela qual devem ser interpretados os demais direitos posteriores.⁴⁰

³⁸ Ibidem, p.47.

³⁹ Ibidem, p.30.

⁴⁰ Ibidem, p.31.

Outro ponto levantado no julgamento deste recurso especial diz respeito à relevância histórica da divulgação de acontecimentos criminosos pretéritos pela imprensa. Embora reconheça que a recordação de alguns fatos criminosos possa contribuir para a compreensão, por parte das gerações atuais, dos costumes sociais e valores éticos de uma época pretérita, o Ministro Salomão faz uma ressalva em relação à aparente historicidade atribuída a certos crimes intensamente explorados pelo noticiário policial. Segundo o referido julgador, essa historicidade deve ser avaliada em cada caso concreto, visto que

Há, de fato, crimes históricos e criminosos famosos, mas também há crimes e criminosos que se tornaram artificialmente históricos e famosos, obra da exploração midiática exacerbada e de um populismo penal satisfativo dos prazeres primários das multidões, que simplifica o fenômeno criminal às estigmatizadas figuras do bandido vs. cidadão de bem. No ponto faz-se necessário desmistificar a postura da imprensa no noticiário criminal a qual- muito embora seja uma instituição depositária de caríssimos valores democráticos- não é movida por um desinteressado compromisso social de combate ao crime.⁴¹

Em seu voto, o Ministro Relator também dispõe sobre a existência do interesse público em fatos criminosos que, segundo ele, reside na possibilidade de fiscalização social do exercício do poder punitivo do Estado sobre os autores de fatos criminosos. Partindo desse pressuposto, o Ministro Salomão consigna que o interesse público nos fatos criminosos não subsistiria diante da absolvição ou extinção da pena do condenado, pois ele tende a desaparecer com a efetivação da resposta penal do Estado ao crime cometido⁴². Dessa forma, de acordo com o entendimento do julgador, a vida útil da informação criminal seria delimitada pela existência do interesse público no fato criminoso. Passado esse período de vida útil, a priorização do direito à informação em detrimento do direito ao esquecimento somente ocorreria para atender ao interesse histórico ou para perpetuar estigmas e preconceitos sendo que, neste último caso, seria indevida a eternização da informação. Atentando-se a isto, a decisão sob análise faz o seguinte alerta

Não obstante, é imperioso também ressaltar que o interesse público – além de ser conceito de significação fluida -, não coincide com o interesse do público, que é guiado, no mais das vezes, por sentimento de execração pública, praxeamento da pessoa humana, condenação sumária e vingança continuada.⁴³

A turma julgadora, em síntese, concluiu que, no presente caso, a não divulgação de dados pessoais não atentaria contra o interesse público e nem prejudicaria o livre exercício da

⁴¹ Ibidem, p.35.

⁴² Ibidem, p.45.

⁴³ Ibidem, p.38.

liberdade de imprensa, já que a narrativa dos fatos relacionados à Chacina da Candelária poderia ser efetuada, de forma fidedigna, sem a exposição do nome e da imagem do recorrido.

A decisão do Superior Tribunal de Justiça no caso parece adequada, porquanto estão presentes todos os critérios que autorizam a aplicação do direito ao esquecimento. A controvérsia envolve pessoa absolvida, que já passou pelo sofrimento de ter sido acusada injustamente por envolvimento em episódio criminoso de grande comoção nacional. Conforme consta dos próprios autos, a reconstrução da Chacina da Candelária pelo programa televisivo expôs o titular do direito ao ódio social e a preconceitos decorrentes da frequente confusão entre as figuras “indiciado” e “culpado”. Ademais, frise-se que o direito ao esquecimento foi reconhecido a pessoa comum, não exercente de qualquer atividade pública, bem como a desnecessidade da divulgação de informações pessoais relativas ao Sr. Jurandir para o exercício do direito de informar, não havendo qualquer interesse público que justifique a exposição inconstitucional da imagem e nome de pessoa sem qualquer participação relevante em fatos criminosos passados.

Ainda dentro do contexto de análise dos efeitos da decisão proferida no Resp n.1.334.097/RJ, faz-se imperiosa a distinção entre direito ao esquecimento e censura às liberdades comunicativas. A preservação de aspectos da vida privada, ao contrário do que é afirmado por aqueles que resistem à defesa de um direito ao esquecimento, não se confunde com a censura. Neste sentido, Mendes, Coelho e Branco (2008, p. 384) elucidam que o direito ao esquecimento funcionaria como um parâmetro norteador do exercício do direito de informação e da liberdade de imprensa. Conforme assinalam os citados autores,

A celebridade do passado nem sempre será objeto legítimo de incursões da imprensa. (...) Se a pessoa deixou de atrair notoriedade, desaparecendo o interesse público em torno dela, merece ser deixada de lado, como desejar. Isso é tanto mais verdade com relação, por exemplo, a quem já cumpriu pena criminal e que precisa reajustar-se à sociedade. Ele há de ter o direito a não ver repassados ao público os fatos que o levaram à penitenciária.⁴⁴

Interessante observar que a presente decisão do STJ contraria precedentes proferidos pela Suprema Corte, que consignam a aparente posição preferencial da liberdade de expressão e de informação em face dos outros direitos fundamentais.⁴⁵ O próprio Superior Tribunal de

⁴⁴ MENDES, Gilmar F.; COELHO, Inocêncio M.; BRANCO, Paulo Gustavo G. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 384.

⁴⁵ Só para citar alguns exemplos: na ADPF 130, o Min. Carlos Britto afirmou que “a Constituição brasileira se posiciona diante de bens jurídicos de personalidade para, de imediato, cravar uma primazia ou precedência: a das liberdades de pensamento e de expressão lato sensu”. Na ADPF 187, o Min. Luiz Fux consignou que: “A liberdade de expressão (...) merece proteção qualificada, de modo que, quando da ponderação com outros princípios

Justiça alinhou-se a este entendimento no REsp 1.388.994/SP, julgado pela 3.^a Turma. Segundo o julgado, “mesmo para casos extremos (...) – em que há notícia de seguidos excessos no uso da liberdade de imprensa – a mitigação da regra que veda a censura prévia não se justifica.”⁴⁶

Em que pese o entendimento consignado pelos tribunais, não há fundamentos na Constituição Federal que justifique a predileção pelas liberdades comunicativas em face de outros direitos fundamentais igualmente protegidos, tais como a intimidade, a honra e a imagem. Não se pode vislumbrar na Carta Magna a existência de uma hierarquia entre os direitos fundamentais⁴⁷, de tal maneira que a ponderação envolvendo interesses igualmente tutelados pelo ordenamento constitucional deve ser realizada com base nas peculiaridades do caso concreto. Conforme elucida Chehab (2015, p.104),

Havendo colisão de direitos fundamentais, não se pode, em regra e abstratamente, excluir totalmente o âmbito de incidência de um direito fundamental em detrimento ao outro. Pelo princípio da unidade da Constituição, não há, em tese, dispositivos constitucionais antagônicos, por isso a Constituição deve ser interpretada considerando essa unidade. Aplica-se o princípio da harmonização e da concordância prática para otimizar a relação entre os bens constitucionais em confronto, de modo a não sacrificar *in totum* nenhum deles.

Indo ao encontro dessa posição, Ingo Wofgagn⁴⁸ defende que

(...) a atribuição de uma função preferencial à liberdade de expressão não parece, salvo melhor juízo, compatível com as peculiaridades do direito constitucional positivo brasileiro, que, neste particular, diverge em muito do norte-americano e mesmo inglês. Aliás, o nosso sistema, nesse domínio, está muito mais afinado com o da Alemanha, onde a liberdade de expressão não assume uma prévia posição preferencial na arquitetura dos direitos fundamentais.

Mesmo uma interpretação necessariamente amiga da liberdade de expressão (indispensável num ambiente democrático) não poderia descurar o fato de que a CF expressamente assegura a inviolabilidade dos direitos à privacidade, intimidade, honra e imagem (artigo 5º, inciso X), além de assegurar expressamente um direito fundamental à indenização em caso de sua violação e consagrar já no texto constitucional o direito de resposta proporcional ao agravo. Importa sublinhar, ainda

constitucionais, possua uma dimensão de peso *prima facie* maior”, em razão da sua “preeminência axiológica” sobre outras normas e direitos. No RE 685.493, o rel. Min. Marco Aurélio pontuou no seu voto que: “É forçoso reconhecer a prevalência da liberdade de expressão quando em confronto com outros direitos fundamentais, raciocínio que encontra diversos e cumulativos fundamentos. (...) A liberdade de expressão é uma garantia preferencial em razão da estreita relação com outros princípios e valores fundantes, como a democracia, a dignidade da pessoa humana, a igualdade”. No mesmo sentido, o Ministro Luís Roberto Barroso, no julgamento da reclamação 18638, declarou o seguinte: “Da posição de preferência da liberdade de expressão deve resultar a absoluta excepcionalidade da proibição prévia de publicações (...) A opção pela composição do dano posterior tem a vantagem de não sacrificar totalmente nenhum dos valores envolvidos, realizando a ideia de ponderação.”

⁴⁶ Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 1.388.994/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 19.9.2013.

⁴⁷ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro. Lumem juris: 2012, p 195-196.

⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Liberdade de expressão e biografias não autorizadas — notas sobre a ADI 4.815*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jun-19/direitos-fundamentais-liberdade-expressao-biografias-nao-autorizadas>>. Acesso em: 13 de abril de 2018.

no contexto, que a vedação de toda e qualquer censura por si só não tem o condão de atribuir à liberdade de expressão a referida posição preferencial.

Desse modo, impossível estabelecer antecipadamente o resultado da ponderação entre direitos fundamentais, já que a prevalência de um deles exige o exame prévio das peculiaridades do caso (TEFFÉ; BARLETTA, 2014, p.52). O sacrifício do direito ao esquecimento em prol da liberdade de comunicação e de expressão dependerá da análise, por parte do operador de direito, de vários critérios já expostos neste trabalho, tais como o interesse público na divulgação da notícia; a atualidade e a veracidade da exposição do fato ou da informação; se a informação diz respeito à pessoa notória e a essencialidade ou não do conteúdo informativo para a transmissão da notícia.⁴⁹

Assim, em que pese o reconhecimento da relevância da liberdade de imprensa para a democracia e para o pluralismo ideológico, a Constituição Federal não autoriza a exposição recorrente dos cidadãos a constrangimentos derivados do exercício desmedido das liberdades comunicativas, visto que todos os direitos fundamentais são passíveis de limitação e igualmente protegidos pelo nosso ordenamento jurídico.

2.2 Caso Aida Curi : Recurso Especial n. 1.335.153/RJ

No julgamento do Resp 1.335.153/RJ, o STJ, por maioria de votos, adotou posição diversa daquela tomada no caso anterior, já que a decisão foi contrária ao reconhecimento do direito de ser esquecido. Trata-se de uma ação indenizatória ajuizada pelos irmãos Curi em face da TV Globo por ter divulgado, contra a vontade dos familiares, um episódio no programa “Linha Direta - Justiça” sobre o assassinato de Aida Curi, crime ocorrido em 1958 e nacionalmente famoso em virtude da ampla repercussão midiática na época. Os irmãos da falecida pleitearam indenização por danos morais, alegando que a divulgação de fatos relativos à morte de Aida Curi, após tantos anos da ocorrência do crime, os fez reviver a dor do passado. Os autores também requereram indenização a título de direitos materiais com base no

⁴⁹ TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *O direito ao esquecimento: uma expressão possível do direito à privacidade*. Revista de direito do consumidor. vol. 105. ano 25. São Paulo: ed. rt, 2016, p.52.

argumento de que a emissora televisiva teria auferido lucros com a exploração do homicídio da jovem.⁵⁰

O Juízo de Direito da 47ª Vara Cível da Comarca da Capital/RJ não acolheu os pedidos dos autores, sendo a sentença mantida em grau de apelação. De acordo com a decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, os fatos expostos no programa eram e são de conhecimento público, eis que amplamente divulgados pela imprensa e discutidos e noticiados ao longo dos últimos cinquenta anos, inclusive nos meios acadêmicos. O tribunal de segunda instância destacou, ainda, que a TV Globo cumpriu sua função social de informar, alertar e debater o caso, sendo estes deveres dos meios de comunicação preponderantes ao interesse individual. Ademais, segundo o tribunal estadual, não houve nos autos a comprovação do aumento de lucro da ré com o uso do nome e da imagem da falecida.⁵¹

Contra essa decisão, sobreveio o recurso especial interposto pelos irmãos Curi que, todavia, não obtiveram êxito.

No que diz respeito ao danos morais, o Ministro Relator Luis Felipe Salomão reconheceu em seu voto que os condenados que cumpriram a sua pena, os absolvidos, as vítimas e os seus familiares possuem o direito de não reviver acontecimentos passados dolorosos, se assim o desejarem.⁵² Não obstante, o referido magistrado pondera que o direito ao esquecimento encontra limitações na questão da historicidade do fato. No caso sob análise, o crime cometido contra Aida Curi entrou para o domínio público, sendo impossível, segundo o voto do Relator, a narrativa do delito sem a revelação do nome e dos acontecimentos vivenciados pela ofendida.⁵³

Mais adiante o Ministro Relator fala sobre os dois aspectos da imagem: o moral e o patrimonial⁵⁴. O valor moral da imagem seria violado quando a imagem é exposta de maneira desrespeitosa e degradante, enquanto que a violação do aspecto patrimonial da imagem estaria associada à sua exploração econômica não consentida. De acordo com o Ministro Salomão, a imagem de Aida Curi não foi utilizada de forma desrespeitosa ou degradante pelo programa televisivo, não havendo, por conseguinte, violação à imagem da vítima em seu aspecto moral.⁵⁵

Além disso, o Ministro Salomão também argumentou no sentido de que o mero acolhimento de um direito ao esquecimento em tese não garante, de imediato, o reconhecimento

⁵⁰ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.335.153/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 10.9.2013, p.4.

⁵¹ Idem, p.5.

⁵² Ibidem, p.39.

⁵³ Ibidem, p.40.

⁵⁴ Ibidem, p.42.

⁵⁵ Ibidem, p.43.

de uma indenização ao seu titular, pois faz-se necessária a comprovação da ocorrência de um dano, o qual, nos termos do voto aqui analisado, não foi demonstrado.⁵⁶ De acordo com o Ministro Relator, a exibição da reportagem não foi suficiente para promover um abalo moral nos familiares de Aida Curi, já que os acontecimentos divulgados ocorreram décadas atrás. Segundo o julgado, o transcorrer do tempo faz com que a dor diminua progressivamente, de forma que a rememoração dos fatos pretéritos, embora possa causar um desconforto, não é capaz de suscitar o abalo de antes, com a mesma intensidade.⁵⁷ Em virtude disso, a indenização por dano moral restou negada.

Também não foi acolhida a alegação de que houve exploração econômica indevida da imagem de Aida Curi, com base no fundamentando de que o programa televisivo focava a retratação do crime em si e não a imagem de Aida.⁵⁸

No presente julgamento também são dignos de análise os votos divergentes da tese adotada majoritariamente pela Corte Superior. A Ministra Isabel Galotti e o Ministro Marco Buzzi acolheram a pretensão indenizatória dos autores ao adotarem entendimento no sentido de que a exposição da imagem da falecida em programa televisivo de natureza comercial dependeria do consentimento dos familiares o que, no caso em questão, não teria ocorrido, já que os próprios autores notificaram expressamente a emissora a respeito do seu desejo de não rememorar os fatos trágicos ocorridos com a sua irmã. Outro ponto comum em ambos os votos vencidos foi o reconhecimento da exploração econômica indevida da imagem de Aida Curi e a ausência de interesse público ou histórico na divulgação de um crime ocorrido na década de 50, envolvendo pessoas anônimas e condenados que já cumpriram as suas respectivas penas.⁵⁹

Em que pese a posição prevalecente no recurso especial em destaque, os votos divergentes citados consubstanciam a decisão mais acertada. O direito ao esquecimento deveria ter sido aplicado no caso em questão, tendo em vista a ausência de qualquer interesse público na divulgação de fatos ocorridos há mais de cinco décadas, cuja rememoração acarretou o reavivamento desnecessário de um sofrimento aos familiares da vítima. Aida era uma moça carioca comum, anônima, vítima de um crime praticado também por agentes anônimos e sem vínculo direto com o exercício da função pública. O simples fato de ter sido um crime com repercussão midiática na década de 50 não pressupõe, por si só, que o mesmo seja dotado de relevância histórica. Neste contexto, faz-se mister distinguir a publicação de um fato dotado de

⁵⁶ Ibidem, p.41.

⁵⁷ Ibidem, p.41.

⁵⁸ Ibidem, p.44.

⁵⁹ Ibidem, p. 46-49.

real relevância histórica da divulgação de um conteúdo informativo voltado à espetacularização da dor alheia e do grotesco. Neste sentido, Mendes, Coelho e Branco (2008, p.375) afirmam que

O ser humano não pode ser exposto – máxime contra a sua vontade – à mera curiosidade de terceiros, para satisfazer instintos primários, nem pode ser apresentado como instrumento de divertimento alheio, com vistas a preencher o tempo de ócio de certo público. Em casos assim, não haverá exercício legítimo da liberdade de expressão.

O caso Aida Curi ensejou o reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, da repercussão geral do tema relativo à possibilidade da vítima ou de seus familiares invocarem a aplicação do direito ao esquecimento na esfera civil. Resta agora aguardar o julgamento da Corte constitucional, que poderá firmar entendimento diverso daquele consignado pelo Superior Tribunal de Justiça no que diz respeito à garantia do direito ao esquecimento às vítimas e familiares que desejam viver sem as perturbações e sofrimentos do passado.

Como já mencionado, o presente capítulo pretendeu analisar de forma mais detalhada os critérios jurisprudenciais utilizados na ponderação entre o direito ao esquecimento e a liberdade de imprensa. Entretanto, sabe-se que os maiores conflitos e obstáculos relativos ao reconhecimento do direito de ser esquecido estão situados no espaço da internet. Isso porque, com o desenvolvimento das novas tecnologias da informação, ampliaram-se não apenas a velocidade com que os dados são compartilhados e transmitidos, mas também a capacidade de armazenamento das informações. Neste sentido, Penna e Peixoto (2017, p. 99) assinalam que

Além dos avanços que propiciaram o aumento na velocidade e facilidade na comunicação e transmissão de dados, houve também grande evolução na capacidade de armazenamento de informações. O que antes ficava adstrito à memória humana ou que dependia de minuciosa seleção para se determinar o que deveria ser armazenado – em virtude dos limitados e dispendiosos meios – hoje não é mais preocupação.

É bem verdade que as vantagens advindas com a era tecnológica são inegáveis, mas o potencial danoso não pode ser ignorado. As novas tecnologias de informação permitem que se armazenem dados e mídias de forma ilimitada e para os mais diversos fins, e isso sem a segurança devida.

Assim, reconhecendo que o debate acerca da aplicação do direito ao esquecimento ganha contornos mais complexos quando transportado para o ambiente virtual e que, por conseguinte, tal temática mereça uma análise à parte, passaremos a tratar de forma mais detalhada no próximo capítulo dos obstáculos referentes à efetuação do direito ao esquecimento na internet e da postura da jurisprudência brasileira diante deste desafio.

3 Direito ao esquecimento na era do superinformacionismo: a autodeterminação informativa como uma das facetas do direito à privacidade.

O avanço das tecnologias de comunicação social impactou a vida das pessoas de todo o mundo em diversos aspectos, especialmente no que diz respeito à proteção dos direitos à intimidade e à vida privada, tendo em vista que, conforme asseveram Teffé e Barletta (2016, p.37),

a implacável memória da internet, baseada na acumulação de toneladas de informações novas e antigas inseridas coletivamente, parece tornar, de alguma forma, a pessoa humana prisioneira de sua própria trajetória, que nem sempre é contada de forma imparcial e contextualizada, sendo colocada à mercê do escrutínio de qualquer indivíduo que faça uma breve busca na rede.

Por conta deste cenário, alguns doutrinadores caracterizam a atualidade como sendo a era do superinformacionismo, “o qual pode ser caracterizado pela pulverização do meio com uma enorme gama de informações sobre tudo e a respeito de todos, queiram as pessoas ou não participar disso.”⁶⁰ Assim, dentro do espaço virtual, circula uma infinidade de informações pessoais, disponibilizadas pelo seu próprio titular ou por terceiros, que podem ser facilmente acessadas por qualquer pessoa e em qualquer lugar do mundo por meio de uma simples pesquisa em motores de busca como o *Google*, *Yahoo* e *Bing*.

Além disso, com o surgimento das redes sociais, a exposição da vida privada tornou-se muito mais intensa e, com isso, o interesse pela vida do outro passou a ser estimulado. Nelas são expostos dados intrinsecamente associados à personalidade dos indivíduos, tais como nome, estado civil e endereço bem como mensagens de texto, fotos e vídeos reveladores do seu cotidiano familiar, profissional e social, cujos conteúdos e imagens podem ser facilmente copiados e compartilhados entre indivíduos, companhias e países ao redor do mundo (Leonardi, 2007, p.339).

Dessa forma, as novas tecnologias comunicativas contribuíram para que a informação pessoal extrapolasse o âmbito da própria pessoa (DONEDA, 2014, p. 62), pois “as memórias e visões de mundo passaram a ser compartilhadas socialmente com o avanço das mídias sociais

⁶⁰ PENNA, Bernardo Schmidt; PEIXOTO, Juliane Engler Loureiro. *A sociedade superinformacionista e o direito ao esquecimento: a proteção da memória individual na internet e o aparente conflito com o direito à informação e à liberdade de expressão*. Revista dos Tribunais. vol. 981. ano 106. São Paulo: Ed. RT, 2017. p.97.

e não mais podem ser individualmente definidas. Com isso, o esquecimento não pode ser mais concebido como um aspecto inerente à cognição humana.”⁶¹

De fato, o desenvolvimento da informática alterou substancialmente o equilíbrio entre a lembrança e o esquecimento, haja vista a tendência atual de perenização das informações disponibilizadas na rede mundial de computadores. Antes do surgimento das novas tecnologias comunicativas, a regra era o esquecimento e a lembrança, a exceção. Nos dias de hoje, contudo, tal lógica foi invertida⁶².

Desse modo, com a transmissão praticamente instântanea dos dados no ambiente virtual e a capacidade de armazenamento dos mesmos na internet, surge para a atual sociedade de informação⁶³ o desafio de se ampliar a tutela à intimidade e à vida privada. A necessidade de um novo tratamento a ser dispensado à proteção destes direitos decorre de um processo evolutivo da concepção de privacidade, que “fez com que seu conteúdo fosse preenchido não apenas pela garantia de isolamento e de reserva do indivíduo, mas também pela possibilidade deste de manter controle sobre a circulação de suas informações pessoais.”⁶⁴ Neste sentido, Martins (2014, p.10) assevera que

a necessidade da proteção dos dados pessoais faz com que a tutela da privacidade ganhe um novo eixo. Considerando-se a esfera privada como um conjunto de ações e comportamentos pessoais sobre os quais o interessado pretende manter um controle exclusivo, essa tutela deve basear-se num conceito de autodeterminação informativa, a fim de que sejam controladas as informações pessoais em circulação.

Enfim, tem-se que com a evolução das tecnologias de comunicação surge a necessidade de se atribuir à vida privada um conceito mais amplo do que aquele conferido pela

⁶¹MARTINS, Guilherme Magalhães. *O direito ao esquecimento na Internet*. In: MARTINS, Guilherme Magalhães (Coord.). *Direito Privado e Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 12.

⁶²TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *O direito ao esquecimento: uma expressão possível do direito à privacidade*. Revista de Direito do Consumidor. vol. 105. ano 25. São Paulo: Ed. RT, 2016. p.37.

⁶³De acordo com Vieira (2007, p.176), sociedade da informação é 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.”

⁶⁴Um dos acórdãos do STJ, que trata sobre a violação da imagem por meio das novas tecnologias, explora a temática da evolução de um novo direito à privacidade no nosso ordenamento. Trata-se do REsp 1.168.547/RJ, interposto contra acórdão que obrigou uma empresa ao pagamento de indenização por danos materiais e morais, em razão da divulgação de imagem indevida em página na internet. A 4.ª Turma do STJ negou, por unanimidade, o recurso especial, nos termos do voto do relator, mantendo a indenização fixada por uso indevido de imagem. O voto proferido pelo relator, Min. Luis Felipe Salomão, dispõe sobre o desenvolvimento de um novo conceito de privacidade, como consequência das inovações tecnológicas, conforme se vê abaixo:

“Contudo, com o desenvolvimento da tecnologia passamos a ter um novo conceito de privacidade que corresponde ao direito que toda pessoa tem de dispor com exclusividade sobre as próprias informações, ou seja, o consentimento do interessado é o ponto de referência de todo o sistema de tutela da privacidade” (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 1.168.547/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 11.05.2010, DJE 07.02.2011).

sua concepção clássica⁶⁵, já que a tutela da intimidade e privacidade também requer o exercício, por parte do titular desses direitos, de um efetivo controle sobre o uso das suas informações pessoais, o que pode ser denominado como autodeterminação informativa. A possibilidade do indivíduo de exercer o seu direito à autodeterminação informativa, por sua vez, também viabiliza a consolidação do direito ao esquecimento, uma vez que este “incorpora uma expressão do controle temporal de dados, que preenche com o fator cronológico a atual tríade de ferramentas protetivas da privacidade, complementada pelos controles espacial e contextual”⁶⁶.

Ante o exposto, percebe-se que o direito ao esquecimento, assim como o direito à privacidade, adquiriu um novo significado para atender aos reclames da sociedade do superinformacionismo, dado que os conteúdos amplamente expostos nas redes virtuais podem ser utilizados indevidamente por outrem, por meio de *hackers* ou de vírus, por exemplo. Também não se pode ignorar que certos conteúdos podem ser apropriados por empresas para fins comerciais (MAZZUOLI, 2015, p. 259), em virtude do seu valor lucrativo⁶⁷, pois revelam hábitos de consumo, comportamentos e preferências, permitindo, inclusive, o desenho de um perfil psicológico dos indivíduos. É possível, por meio do acesso a informações disponibilizadas na rede virtual, identificar, de forma detalhada, os traços de personalidade do usuário (LIMBERGER, 2009).

Diante de todo o contexto até aqui apresentado, houve uma crescente preocupação, por parte da comunidade internacional, com a disciplina da proteção de dados e informações disponibilizadas na internet.

O Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia, em resposta ao problema do armazenamento massivo de informações dos usuários da internet e da utilização indiscriminada e indevida destas informações por terceiros, editaram a Diretiva 95/46/ CE- *Personal Data*

⁶⁵Segundo Mendes (2011, p.49), “a proteção à privacidade teve um caráter fortemente individualista em seus primórdios, com a sua feição do direito a ser deixado só (right to be let alone). É nesse sentido que sobressaíam as suas características de direito negativo, como a exigência absoluta de abstenção do Estado na esfera privada individual para a sua garantia. No decorrer do século XX, a transformação da função do Estado, aliada à revolução tecnológica, contribuiu para modificar o sentido e o alcance do direito à privacidade. De um direito com uma dimensão estritamente negativa e com uma conotação quase egoísta, passou a ser considerado uma garantia de controle do indivíduo sobre as próprias informações e um pressuposto para qualquer regime democrático.”

⁶⁶BUCAR, Daniel. *Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento*. Civlistica.com. Rio de Janeiro, a. 2, n. 3, jul.-set./2013. Disponível em:< <http://civlistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Bucar-civlistica.com-a.2.n.3.2013.pdf>> Acesso em: 30 de abril de 2018.

⁶⁷Conforme ressalta Lima (2014, p.81), “(...) vários serviços são oferecidos na Internet de forma aparentemente gratuitos; quando, em verdade, o preço é a própria pessoa (“the user is the content”) ou as informações obtidas que são utilizadas de maneira muito lucrativa. Desta forma, tais serviços foram difundidos de tal monta que milhões de pessoas inserem a todo o momento informações pessoais, alimentando a atual economia de mercado calcada na informação”.

Protection- que dispõe sobre a proteção e circulação de dados pessoais. Dentre os dispositivos da mencionada diretiva, merece destaque o seu art. 3.º, que estendeu o escopo da norma não só para o tratamento manual de dados, mas também para o tratamento automatizado, o que abarca páginas da internet, redes sociais, correio eletrônico e toda forma de coleta e armazenamento de dados, incluindo ferramentas de busca como o *Google* (SILVESTRE; BENEVIDES, 2016). Vale a pena também citar o seu art. 12, que garante, aos sujeitos ao tratamento de dados, o direito de obter informações armazenadas sobre si, exigir retificação, exclusão e bloqueio de tais informações.

Foi com base nessa diretiva que o Tribunal de Justiça da União Europeia julgou o litígio envolvendo o *Google Spain* versus Agência Espanhola de Proteção de dados e Mário Costeja González. A decisão proferida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, neste caso, consagrou o direito ao esquecimento como um direito fundamental de todos os cidadãos na União Europeia, pois, conforme será analisado com mais detalhes no tópico seguinte, possibilitou a responsabilização dos motores de busca pela retirada de conteúdo ou informação dos resultados da busca, quando houver prejuízo à honra, à imagem e à vida privada dos usuários.

3.1 A responsabilidade dos provedores de busca na realidade europeia: caso *Google vs. Agência Espanhola de Proteção de Dados e Mario Costeja González*.

O direito ao esquecimento na internet foi reconhecido pela primeira vez pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) no caso *Google vs. Agência Espanhola de Proteção de Dados (AEPD)*⁶⁸ e Mario Costeja González. Na sequência, será feita uma breve narrativa a respeito da controvérsia.

Mário González é um cidadão espanhol que possuía dívidas com a Seguridade Social e, por conta disso, teve alguns dos seus imóveis leiloados em hasta pública, embora a venda

⁶⁸Sobre a Agência Espanhola de Proteção de Dados: “La Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) es la autoridad estatal de control independiente encargada de velar por el cumplimiento de la normativa sobre protección de datos. Garantiza y tutela el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal de los ciudadanos. La Agencia es un Ente de Derecho Público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, que actúa con plena independencia de las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus funciones. Se relaciona con el Gobierno a través del Ministerio de Justicia.” Disponível em: http://www.agpd.es/portalwebAGPD/LaAgencia/informacion_institucional/conoce/index-ides_idphp.php. Acesso em: 29 de abril de 2018.

judicial tenha sido obstada com o pagamento posterior do débito. À época, tais fatos foram publicados em jornal de grande circulação na Espanha, o *La Vanguardia*.

Ocorre que, doze anos após esta execução, qualquer pessoa que digitasse o nome do espanhol nos sites de busca seria direcionada à página virtual do jornal do dia em que fora publicada a notícia sobre os seus débitos para com a previdência. Insatisfeito com essa situação, Mário ingressou com um pedido perante a Agência Espanhola de Proteção de Dados (AEPD), exigindo que o jornal *La Vanguardia* excluísse a notícia de sua página virtual e que o *Google Incorporation* e o *Google Spain* suprimissem dos resultados de pesquisa o *link* do jornal responsável pela publicação do fato pretérito.

O julgamento pela AEPD indeferiu a referida reclamação na parte em que dizia respeito ao *La Vanguardia*, mas foi favorável ao Sr. Costeja no que diz respeito ao *Google Spain* e ao *Google Inc*, pois a agência espanhola entendeu que o operador de um motor de busca na internet, por efetuar atividade de tratamento de dados, seria responsável pelo tratamento dos dados pessoais exibidos nas páginas da web, ainda que por terceiros.⁶⁹

Diante da decisão da AEPD, o *Google Spain* e o *Google Inc* recorreram ao Tribunal de Justiça da União Europeia, cujo entendimento consignou que os operadores de ferramentas de busca em sítios eletrônicos sujeitam-se ao art. 2.º, b, da Diretiva 95/46/CE, uma vez que praticam atividade que se qualifica como de tratamento de dados⁷⁰. Para o referido tribunal, os provedores de busca na internet seriam responsáveis por esse tratamento no âmbito de um Estado-membro, sempre que criem, nesse território, uma filial ou sucursal que promova e venda espaços publicitários, cabendo-lhes suprimir os *links* que remetam ao interessado, ainda que o conteúdo informativo seja em si lícito⁷¹. Desse modo, o Tribunal de Justiça da União Europeia fixou o dever, para os motores de pesquisa, de remoção do conteúdo inadequado dos seus resultados de busca, caso o interessado assim pleiteie.

Em sua decisão, o TJUE ainda declara que os interessados em retirar suas informações pessoais dos *links* de busca na internet devem apresentar seus pedidos diretamente ao administrador do *site* de busca, que examinará se tais pedidos têm ou não razão de ser. Porém, se o administrador do *site* de busca não atender aos pedidos que lhe foram dirigidos, o cidadão em causa, segundo o TJUE, “pode submeter o assunto à autoridade de controle ou aos tribunais,

⁶⁹TJUE, Grande Seção, Processo C-131/12, “Google Spain SL e Google Inc. vs. Agência Espanhola de Proteção de Dados (AEPD) e Mario Costeja González”, j. 13.05.2014.

⁷⁰ TJUE, Grande Seção, Processo C-131/12, “Google Spain SL e Google Inc. vs. Agência Espanhola de Proteção de Dados (AEPD) e Mario Costeja González”, j. 13.05.2014, § 33.

⁷¹Idem, § 100.

para que estes efetuem as verificações necessárias e ordenem a esse responsável a tomada de medidas precisas em conformidade.”⁷²

Como fundamento para a prevalência do direito ao esquecimento em detrimento do direito à informação, o tribunal europeu destacou em seu acórdão que:

um tratamento de dados pessoais como o que está em causa no processo principal, realizado pelo operador de um motor de busca, é suscetível de afetar significativamente os direitos fundamentais que digam respeito à vida privada e à proteção de dados pessoais, quando a pesquisa através desse motor seja efetuada a partir do nome de uma pessoa singular, uma vez que o referido tratamento permite à qualquer internauta obter, com a lista de resultados, uma visão global e estruturada das informações relativas à pessoa e que podem ser encontradas na internet - informações que, potencialmente, dizem respeito a numerosos aspectos da sua vida privada e que, sem o referido motor de busca, não poderiam ou só muito dificilmente poderiam ter sido relacionadas- e, assim, estabelecer um perfil mais ou menos detalhado da pessoa em causa.⁷³

Em que pese o reconhecimento da possibilidade de aplicação do direito ao esquecimento no *cyberespaço* pela Comissão da União Europeia, é oportuno destacar que tal direito não é absoluto, visto que a sua tutela se insere em um delicado conflito de interesses, podendo encontrar limites na informação dotada de interesse público e nos direitos fundamentais de liberdade de expressão e livre manifestação artístico-cultural. A própria diretiva 95/46/CE prevê em seu art. 9º que, no tratamento a ser conferido aos dados pessoais, não podem ser ignorados os demais direitos fundamentais, tais como a liberdade de expressão e a livre manifestação do pensamento.⁷⁴ Vale também ressaltar que o art. 6º da diretiva também prevê expressamente a possibilidade de uma manutenção mais duradoura de dados na *web* para fins históricos, estatísticos e culturais.⁷⁵

No caso envolvendo o espanhol Mario González, o Tribunal de Justiça da União Européia ressaltou na sua decisão que o direito do interessado em retirar um conteúdo relativo à sua pessoa do meio virtual, à princípio, prepondera sobre os interesses econômicos dos motores de busca e sobre o direito de terceiros à informação. Porém, o órgão julgador também esclarece que “por razões especiais como, por exemplo, o papel desempenhado por essa pessoa

⁷² Ibidem, § 77.

⁷³ Ibidem, § 80.

⁷⁴ Nos termos do art. 9º, a diretiva 95/46/CE prevê que “Os Estados-membros estabelecerão isenções ou derrogações ao disposto no presente capítulo e nos capítulos IV e VI para o tratamento de dados pessoais efectuado para fins exclusivamente jornalísticos ou de expressão artística ou literária, apenas na medida em que sejam necessárias para conciliar o direito à vida privada com as normas que regem a liberdade de expressão”.

⁷⁵ Nos termos do artigo 6º da diretiva 95/46/CE, “Os Estados-membros devem estabelecer que os dados pessoais serão: (...) e) Conservados de forma a permitir a identificação das pessoas em causa apenas durante o período necessário para a prossecução das finalidades para que foram recolhidos ou para que são tratados posteriormente. Os Estados-membros estabelecerão garantias apropriadas para os dados pessoais conservados durante períodos mais longos do que o referido, para fins históricos, estatísticos ou científicos.”

na vida pública, a ingerência nos seus direitos fundamentais é justificada pelo interesse preponderante do referido público em ter acesso à informação em questão, em virtude dessa inclusão”.⁷⁶

Assim, o direito ao esquecimento encontra limites em sua efetivação, devendo recair apenas sobre informações relacionadas à história individual das pessoas, com o intuito de impedir que dados pretéritos publicados na internet sejam revividos no presente, de modo descontextualizado. Conforme salienta Schreiber (2011. p. 165-166),

(...) o direito ao esquecimento não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a História (ainda que se trate tão somente da sua própria história). O que o direito ao esquecimento assegura é a possibilidade de se discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados. E não raro o exercício do direito ao esquecimento impõe ponderação com o exercício de outros direitos, como a liberdade de informação, sendo certo que a ponderação nem sempre se resolverá em favor do direito ao esquecimento. O caso concreto deve ser analisado em suas peculiaridades, sopesando-se a utilidade informativa na continuada divulgação da notícia com os riscos trazidos pela recordação do fato à pessoa envolvida. Como em outros conflitos já analisados, não há aqui solução simples. Impõe-se, ao contrário, delicado balanceamento entre os interesses em jogo.

Desse modo, embora não se ignore que a decisão proferida pelo TJUE restrinja o acesso à informação por aqueles que desejam fazer uma pesquisa na *web*, tal restrição preenche os requisitos de aplicabilidade do direito ao esquecimento, já que as informações referentes ao Sr Costeja diziam respeito à sua história individual, não sendo dotadas de qualquer relevância para a coletividade.

A partir da decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia, o *Google* passou a disponibilizar, para todos os usuários da União Europeia, o formulário chamado “Search removal request under data protection law in Europe”, que deve ser preenchido por quem tenha interesse em remover algum conteúdo dos resultados de busca do *Google*. A análise dos requerimentos será feita por uma comissão formada pelo próprio *Google* que, por sua vez, poderá deferir ou não o pedido. Caso o usuário não tenha o seu requerimento acolhido, o mesmo poderá acionar o judiciário (SILVESTRE; BENEVIDES, 2016). Desde então, o *Google* recebeu diversos pedidos de remoção de conteúdos publicados nas páginas virtuais. Segundo o Relatório de transparência anual da companhia, foram feitos aproximadamente 2,4 milhões de pedidos de remoção de conteúdos entre 2014 e 2017, sendo que 43% deles foram aceitos. Cerca de um terço dos pedidos de remoção referiam-se a indivíduos que queriam retirar

⁷⁶ Ibidem, §99.

informações pessoais em catálogos ou histórias em redes sociais, enquanto 20% abrangiam o histórico jurídico de um indivíduo.⁷⁷

Uma vez conhecida a realidade europeia no que diz respeito à responsabilidade dos provedores pela exclusão de conteúdo ou informação dos seus resultados de busca, passaremos a analisar a realidade brasileira, de uma forma crítica, no que tange à proteção de dados pessoais, temática essencial à efetivação do direito ao esquecimento, ao menos em um dos seus possíveis modos de exercício.

3.2 Controle sobre dados pessoais na realidade brasileira: a responsabilidade civil dos provedores de busca segundo o Marco Civil da Internet.

Embora inexista regulamentação expressa do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro, tal fato não impossibilita a sua garantia, visto que a sua tutela encontra respaldo em diversos diplomas normativos infraconstitucionais como, por exemplo, naqueles destinados à proteção de dados pessoais.

Neste contexto, verifica-se que as leis de proteção de dados pessoais são essenciais para a efetivação do direito ao esquecimento, pois elas visam à proteção da vida privada. Essa relação intrínseca entre controle de dados e a privacidade foi muito bem descrita pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar no julgamento do recurso especial n. 22.337/RJ. Na sua decisão, extrai-se o seguinte trecho, transcrito a seguir:

A inserção de dados pessoais do cidadão em bancos de informação tem se constituído em uma das preocupações do Estado Moderno, onde o uso da informática e a possibilidade de controle unificado nas diversas atividades da pessoa, nas múltiplas situações da vida, permitem o conhecimento de sua conduta pública e privada, até nos mínimos detalhes podendo chegar à devassa de atos pessoais, invadindo àrea que deveria ficar restrita à sua intimidade; ao mesmo tempo, o cidadão objeto dessa indiscriminada colheita de informações, muitas vezes, sequer sabe da existência de tal atividade, ou não dispõe de eficazes meios para conhecer o resultado, retificá-lo ou cancelá-lo. E assim como o conjunto dessas informações pode ser usado para fins lícitos, públicos e privados, na prevenção ou repressão de delitos, ou habilitando o particular a celebrar contratos com pleno conhecimento de causa, também pode servir, ao Estado ou ao particular, para alcançar fins contrários à moral ou ao Direito, como instrumento de perseguição política ou opressão econômica. A importância do tema

⁷⁷ Disponível em: < <https://drive.google.com/file/d/1H4MKNwf5MgeztG7OnJRnl3ym3gIT3HUK/view> > Acesso em: 5 de maio de 2018.

crece de ponto quando se observa o número imenso de atos da vida humana praticados através da mídia eletrônica ou registrados nos disquetes de computador.⁷⁸

Considerando que um dos objetivos do presente trabalho consiste em compreender a forma como o Brasil vem lidando com a tutela do direito ao esquecimento na internet, faz-se oportuna uma análise do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça no que diz respeito à responsabilidade dos provedores de busca sobre a divulgação de informações potencialmente lesivas aos direitos de personalidade do titular do direito ao esquecimento. Mas antes da análise da jurisprudência, será feita uma explanação sobre o tratamento normativo no Brasil no que tange à proteção dos dados pessoais disponibilizados na *web*, com enfoque especial nos dispositivos da lei 12.965/2014, também conhecida como “Marco Civil da Internet” ou “Marco Civil”.

De início, convém realizar alguns comentários pontuais sobre os princípios que regem o uso da internet no Brasil, previstos na Lei 12.965/2014. Para começar, o Marco Civil estabelece que a disciplina do uso da internet deve observar a garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação do pensamento (art. 3.º, I), ressaltando que tais princípios “não excluem outros previstos no ordenamento jurídico pátrio relacionados à matéria ou nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (art. 3.º, parágrafo único). Neste contexto, Madalena (2016, p.100) aduz que

a liberdade de expressão, prevista na CF/1988 e na Carta de Direitos Humanos, é um dos embriões fundadores da Internet como rede mundial de comunicação. Em razão da academia ter alcançado protagonismo em sua expansão, a Internet, como instrumento de comunicação social, alcançou o status de ferramenta indispensável para o exercício da personalidade. Logo, é possível analisar o nível democrático de um país pela censura da rede.

Por outro lado, o Marco Civil da Internet também se preocupou com a tutela da privacidade dos usuários na rede ao prever, em seu art. 7.º, a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (art. 7.º, I), a inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei (art. 7.º, II), a inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial (art. 7.º, III), o não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de Internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei (art. 7.º,

⁷⁸ Superior Tribunal de Justiça, Recurso especial n. 22.337/RJ, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 20.3.1995, p.619.

VII) e o dever de prestar informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades específicas (art. 7º, VIII). Destaca-se também que a proteção da privacidade encontra respaldo jurídico nos arts. 3º, 8º e 10º do Marco Civil.

Uma vez expostos os principais fundamentos e princípios norteadores do uso da internet no Brasil, conclui-se que a Lei 12.965/2014 “parece se alicerçar sobre um tripé axiológico que dará o norte da internet brasileira: neutralidade, privacidade e liberdade de expressão” (LONGHI, 2014, p.111).

Os dois últimos eixos basilares do Marco Civil, quais sejam a proteção da privacidade e a liberdade de expressão, perpassam diversos dispositivos deste diploma normativo, aqui já anteriormente mencionados.

O primeiro eixo basilar, a neutralidade da rede, encontra previsão no art. 9.º do Marco Civil da Internet, cujo conteúdo dispõe que “o responsável pela transmissão, comutação ou roteamento tem o dever de tratar de forma isonômica quaisquer pacotes de dados, sem distinção por conteúdo, origem e destino, serviço, terminal ou aplicação”. A proteção da neutralidade da rede interfere nas regras do mercado, visto que “impede o fatiamento da Internet de acordo com o comportamento de consumo”⁷⁹. Neste contexto, Longhi (2014, p.111) elucida seis riscos possíveis diante da ausência de neutralidade da rede. São eles: a) a filtragem pelos provedores de qual conteúdo é ou não acessado; b) a redução do poder de escolha dos consumidores acerca do que acessam; c) o controle de preços e formação de cartéis; d) a redução do tempo médio de velocidade para o consumidor final; e) a restrição ao desenvolvimento tecnológico; f) diminuição das possibilidades de expressão política na internet.

O princípio da neutralidade tem sido invocado pelos provedores de conteúdo da *web* como fundamento para a sua não reponsabilização por conteúdos exibidos em suas páginas de resultado de buscas, sob a alegação de que “seriam meros intermediários neutros, que ligam os usuários da rede mundial de computadores às informações disponibilizadas pelos provedores de conteúdo da web, pois são responsáveis apenas por uma atividade técnica que auxilia aqueles que produzem conteúdo e aqueles que desejam consumi-lo.”⁸⁰

Prosseguindo na análise da Lei 12.964/2014, trataremos a partir de agora de um dos pontos mais controvertidos deste diploma normativo, qual seja a responsabilidade civil dos

⁷⁹ MADALENA, Juliano. *Regulação das fronteiras da internet: um primeiro passo para uma Teoria Geral do Direito Digital*. Revista dos Tribunais. vol. 974. ano 105. São Paulo: Ed. RT, dez. 2016, p.102-103.

⁸⁰ SILVESTRE, Gilberto Fachetti; BENEVIDES, Nauani Schades. *O papel do Google na eficácia do direito ao esquecimento – Análise comparativa entre Brasil e Europa*. Revista de Direito Privado. vol. 70. ano 17. São Paulo: Ed. RT, outubro 2016, p. 104.

provedores de aplicações de internet. Para melhor compreensão do tema, deve-se considerar que o art. 5º da lei em destaque prevê dois tipos de provedores: os provedores de conexão, dedicados a apenas fornecer ao usuário o acesso à internet, e os provedores de aplicações de internet⁸¹, “que disponibilizam as mais diversas aplicações ou funcionalidades na rede (e.g. armazenamento de dados, serviços de mensagens eletrônicas, acesso a informações e disponibilização de conteúdos)”⁸². Tal distinção deve ser feita, visto que cada espécie de provedor está submetido a um regramento específico no que diz respeito à sua responsabilidade civil.

Com relação aos provedores de conexão, a regra é a da irresponsabilidade pelo conteúdo gerado por terceiro, conforme dispõe o art. 18 da Lei 12.965/2014.⁸³ A justificativa para essa previsão normativa reside no fato de que os provedores de acesso não controlam o conteúdo das informações disponibilizadas na rede por terceiros (ZANINI, 2017), de tal maneira que a atividade do provedor de acesso “seria análoga a de um simples condutor de informações, como uma companhia de telefone, que não pode ser responsabilizada por não vistoriar o conteúdo das ligações.”(LONGHI, 2014, p.121).

Em contrapartida, os provedores de aplicações sujeitam-se aos arts. 19 e 20 do mesmo diploma legal, o qual estabelece a responsabilização dos mesmos quando, após serem notificados de ordem judicial específica, não tomarem “as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente”(art.19).

A opção do Marco Civil pela necessidade de ordem judicial específica pode ser vista como uma garantia contra a censura prévia e o monitoramento online abusivo, já que “simples notificações poderiam dar mais espaço a abusos pelos notificantes (em princípio livres para denunciar sem fundamentos qualquer conteúdo), a monitoramento preventivo ou a remoções imediatas e irrefletidas.”⁸⁴

Não obstante, a regulamentação desta matéria pela Lei 12.965/2014 também tem sido alvo de críticas por condicionar a imputação de responsabilidade ao provedor pelo conteúdos

⁸¹ Nos termos do Marco Civil, considera-se “conexão à internet” a habilitação de um terminal para envio e recebimento de pacotes de dados pela internet, mediante a atribuição ou autenticação de um endereço IP (Art. 5º, V), por outro lado, define-se “aplicações de internet” como o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet (Art. 5º, VII).

⁸² ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Responsabilidade civil dos provedores de internet e a proteção da imagem*. RevistaTRF1, Brasília, v. 29, n. 7/8, jul./ago. 2017, p.123.

⁸³ Art. 18 da Lei 12.965/2014: “O provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros.”

⁸⁴ GARCIA, Rebeca. *Marco Civil da Internet no Brasil: repercussões e perspectivas*. Revista dos Tribunais. Vol. 964, ano 105, São Paulo: Ed. RT, fev.2016, p.171.

disponibilizados na internet a provimento judicial específico sobre o exato local da informação. Conforme elucida. Teffé (2015, p.74), o art.19 do Marco Civil tem recebido duas críticas principais:

Em primeiro lugar, questiona-se a imposição da via judicial para a solução da questão. Afirma-se que esta medida acabaria permitindo a propagação do dano, tendo em vista a facilidade com que os conteúdos são compartilhados na rede e a comum demora na apreciação judicial das demandas. Lembra-se que, nos casos de lesão à privacidade, o retardo na indisponibilização do material pode inviabilizar completamente a reparação do dano.

(...)

Outro ponto polêmico foi a estipulação da seguinte condição ‘no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço’, visto que esta parece representar uma excludente legal de responsabilidade do provedor que romperia o nexo causal. Assim, caso ele demonstre que tal retirada é impossível ou que extrapola os limites técnicos de seu serviço, ele será isento de responsabilidade civil. Observa-se, com temor, que esta disposição legal é deveras favorável ao provedor de aplicações, podendo ser utilizada como um importante instrumento em teses defensivas, tendo em vista a dificuldade de se responder, de forma neutra e exata, quais são os limites e as possibilidades técnicas dos provedores.

Entretanto, vale ressaltar que o próprio Marco Civil traz duas exceções à disciplina do seu art. 19, em razão do potencial lesivo de determinados conteúdos aos direitos de personalidade dos usuários. De acordo com o seu art. 21, o provedor de aplicações de internet será responsabilizado, subsidiariamente, pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado se, após o recebimento de notificação extrajudicial pelo interessado, permanecer inerte, não tomando quaisquer providências voltadas à indisponibilização desse conteúdo.

Uma vez conhecida a realidade normativa no Brasil no que tange à responsabilização dos provedores de pesquisa por conteúdos disseminados pelos seus usuários, partiremos à análise do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, por meio da discussão do julgamento no caso *Xuxa Meneghel vs. Google*, considerado paradigmático a nível jurisprudencial brasileiro. Este assunto será abordado em tópico próprio, a seguir.

3.3 Caso Xuxa Meneghel: Resp n. 1.316.921/ RJ

No caso *Xuxa Meneghel vs. Google*, o Superior Tribunal de Justiça adotou posição diametralmente oposta à adotada no caso *González vs. Google Spain*, no que diz respeito à responsabilização dos motores de busca pelos conteúdos divulgados na internet por terceiros. Vejamos.

A controvérsia decorre do fato de Maria da Graça Xuxa Meneghel ter, em 1982, atuado no filme “Amor, Estranho Amor”, no qual protagonizou uma cena erótica com um jovem de 12 anos.

Em 1992, a atriz e apresentadora Xuxa Meneghel impediu judicialmente o lançamento em videocassete do filme por recear que a sua imagem junto ao público infantil fosse deturpada⁸⁵. Contudo, com o desenvolvimento da internet, a artista perdeu o controle sobre a divulgação do filme, sendo possível encontrar dezenas de cópias ilegais do vídeo e das cenas disponíveis na *web*.

Por conta disso, Maria da Graça Xuxa Meneghel ajuizou uma ação ordinária em desfavor da empresa Google Brasil Internet Ltda., com o objetivo de ver retirados do sistema *Google* os resultados de buscas relativos às expressões “xuxa pedófila” ou similares, alegando que o seu nome era constantemente associado à pedofilia, gerando não apenas dano aos seus direitos da personalidade, mas também prejuízo à sua carreira profissional, em razão da incompatibilidade entre a imagem de “pedófila” e a sua atual imagem como apresentadora de programas voltados ao público infantojuvenil.

Na primeira instância, o pedido de antecipação de tutela foi deferido, sendo estabelecido que o *Google* deveria abster-se de disponibilizar aos seus usuários, no seu site de buscas, quaisquer resultados nas hipóteses de utilização dos critérios de busca 'Xuxa', 'pedófila', 'Xuxa Meneghel', ou qualquer grafia que se assemelhasse a estas.

Contra essa decisão, o *Google* interpôs agravo de instrumento perante o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. O tribunal estadual deu parcial provimento ao agravo, restringindo a liminar apenas às imagens expressamente referidas na inicial, mas sem a “exclusão dos *links* na apresentação dos resultados de pesquisas”.⁸⁶

⁸⁵ MARTINS, Guilherme Magalhães. *O direito ao esquecimento na Internet*. Direito Privado e Internet. São Paulo: Atlas, 2014, p.19.

⁸⁶ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1316921/RJ. Rel. Ministra Nancy Andrighi. DJ: 26.06.2012. Data de Publicação: 29.06.2012, p.5.

Em face do julgamento pela segunda instância, o *Google* interpôs o Recurso Especial n. 1.316.921/RJ no Superior Tribunal de Justiça que, por unanimidade, deu provimento ao pedido da parte recorrente, determinado a exclusão de qualquer responsabilidade do *Google* e dos motores de busca pelos resultados das buscas que disponibilizam aos usuários da internet. Os principais fundamentos da Terceira Turma da Corte superior foram os seguintes: a) o serviço prestado pelos provedores de pesquisa limita-se tão somente a “indicar *links* onde podem ser encontrados os termos ou expressões de busca fornecida pelo próprio usuário”⁸⁷, não havendo, por parte do provedor de pesquisa, qualquer ingerência no conteúdo desses *links*. Assim, “no que tange à filtragem do conteúdo das pesquisas feitas por cada usuário, não se trata de atividade intrínseca ao serviço prestado, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o *site* que não exerce esse controle sobre os resultados das buscas.”⁸⁸; b) mesmo que não houvesse a prestação do serviço de busca por parte do provedor de pesquisa, o conteúdo, ilícito ou não, continuaria disponibilizado para qualquer usuário da internet, haja vista que tais páginas integram a rede mundial de computadores; c) seria temerário delegar ao provedor de pesquisa a tarefa de decidir sobre a retirada ou não de certo conteúdo, uma vez que “ante à subjetividade que cerca o dano psicológico e/ou à imagem, seria impossível delimitar parâmetros de que pudessem se valer os provedores para definir se um conteúdo é potencialmente ofensivo”⁸⁹; d) os provedores de pesquisa não poderiam ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, visto que tal medida inviabilizaria o direito coletivo à informação. Nos termos da decisão sob análise:

A verdade é 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. Sopesados os direitos envolvidos e o risco potencial de violação de cada um deles, o fiel da balança deve pender para a garantia da liberdade de informação assegurada pelo art. 220, § 1º, da CF/88, sobretudo considerando que a Internet representa, hoje, importante veículo de comunicação social de massa.⁹⁰

O julgado ainda dispõe que caberia ao ofendido que deseja excluir determinado conteúdo da internet identificar os reais ofensores e especificar, por meio da identificação do endereço eletrônico, o responsável pelo armazenamento do conteúdo ilícito.⁹¹

⁸⁷ Idem, p.11.

⁸⁸ Ibidem, p.11.

⁸⁹ Ibidem, p.11.

⁹⁰ Ibidem, p.16.

⁹¹ Ibidem, p.18.

Por fim, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que havendo a identificação do autor do ato ilícito, por meio da especificação do URL⁹², a demanda deveria ser proposta contra este e não em face do provedor que “apenas facilita o acesso a esse ato que, até então, se encontra publicamente disponível na rede para divulgação.”⁹³

Conclui-se que o Superior Tribunal de Justiça, em contraposição ao entendimento firmado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, adotou entendimento favorável à irresponsabilidade dos provedores de pesquisa pela exclusão, em seus sistemas, dos resultados decorrentes das buscas por determinado termo ou expressão, posição esta reiterada em outros julgados.⁹⁴

Em que pese o reconhecimento de que os motores de busca não possuem qualquer influência no conteúdo das páginas por ele exibidas, a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça não está isenta de críticas. Em primeiro lugar, a jurisprudência do tribunal superior

⁹² Uniform Resource Locator, refere-se ao endereço de rede em que se encontra determinado conteúdo.

⁹³ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1316921/RJ, Rel. Ministra Nancy Andriighi, julgado em 26.06.2012. Data de Publicação: 29.06.2012, p.19.

⁹⁴ PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PROVEDOR DE PESQUISA. DIREITO AO ESQUECIMENTO. FILTRAGEM PRÉVIA DAS BUSCAS. BLOQUEIO DE PALAVRAS-CHAVES. IMPOSSIBILIDADE.

- Direito ao esquecimento como "o direito de não ser lembrado contra sua vontade, especificamente no tocante a fatos desabonadores, de natureza criminal, nos quais se envolveu, mas que, posteriormente, fora inocentado". Precedentes.

- Os provedores de pesquisa 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 da página onde este estiver inserido.

- Ausência de fundamento normativo para imputar aos provedores de aplicação de buscas na internet a obrigação de implementar o direito ao esquecimento e, assim, exercer função de censor digital.

- Recurso especial provido.

(AgInt no REsp 1593873/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/11/2016, DJe 17/11/2016).

CIVIL, PROCESSO CIVIL E CONSUMIDOR. RECLAMAÇÃO. RESOLUÇÃO 12/09 DO STJ. DECISÃO TERATOLÓGICA. CABIMENTO. INTERNET. PROVEDOR DE PESQUISA VIRTUAL. FILTRAGEM PRÉVIA DAS BUSCAS. DESNECESSIDADE. RESTRIÇÃO DOS RESULTADOS. NÃO-CABIMENTO. CONTEÚDO PÚBLICO. DIREITO À INFORMAÇÃO. DADOS OFENSIVOS ARMAZENADOS EM CACHE. EXCEÇÃO. EXCLUSÃO. DEVER, DESDE QUE FORNECIDO O URL DA PÁGINA ORIGINAL E COMPROVADA A REMOÇÃO DESTA DA INTERNET. COMANDO JUDICIAL ESPECÍFICO. NECESSIDADE. ASTREINTES. OBRIGAÇÃO IMPOSSÍVEL. DESCABIMENTO. DISPOSITIVOS LEGAIS ANALISADOS: ARTS. 220, § 1º, da CF/88, 461, § 5º, do CPC.

(...)

Dessa forma, ainda que seus mecanismos de busca facilitem o acesso e a consequente divulgação de páginas cujo conteúdo seja potencialmente ilegal, fato é que essas páginas são 4. Os provedores de pesquisa virtual 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.

(...)

(Rcl 5.072/AC, Rel. Ministro MARCO BUZZI, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 11/12/2013, DJe 04/06/2014).

ignora que os sistemas de busca exercem papel fundamental na divulgação e na facilitação do acesso às informações contidas destas páginas, “uma vez que proporciona a inúmeros usuários a localização de conteúdo, seja ele lícito ou ilícito, levando a multiplicação de visitas a estas páginas, o que lhe gera lucro”.⁹⁵

Desse modo, além de auferir lucros com a exploração das informações publicadas na internet, os provedores de busca possuem atuação primordial no sentido de facilitar o acesso a uma informação específica em meio a uma infinidade de dados disponibilizados em milhares de páginas virtuais. A relevância do papel dos motores de pesquisa na localização de conteúdos disseminados na internet foi bem demonstrada por Cruz *et al.*⁹⁶ a partir da seguinte ilustração:

(...) imagine-se o imenso trabalho que uma pessoa teria ao tentar localizar um pequeno bistrô (site com conteúdo indevido) em uma grande megalópole desconhecida (Internet), contando apenas com informações que pudesse obter em conversas com moradores desconhecidos (hyperlinks) daquela megalópole. Tratar-se-ia, efetivamente, de uma atividade de dificuldade hercúlea com chances mínimas de sucesso, considerando-se a multiplicidade de “bistrôs” espalhados em toda a megalópole e a falta de conhecimento específico acerca de qual destes efetivamente se procurava.

Sem essa “bússola virtual” que representam os provedores de pesquisa, a maior parte dos sites, hospedados nos mais diversos servidores de todo o mundo, estaria inacessível à maioria dos usuários.

Destarte, o acesso à determinada informação publicada na *web* só é possível graças à atuação dos motores de busca. Neste sentido, parece adequada a possibilidade da vítima de um conteúdo violador dos seus direitos de personalidade demandar diretamente os provedores de busca, visto que estes são os responsáveis por tornar acessível ao público a informação descontextualizada ou desatualizada.

Outro ponto controvertido expresso na decisão do Superior Tribunal de Justiça no caso *Google versus Xuxa* diz respeito à necessidade de indicação dos URL dos conteúdos pelo usuário. De acordo com o STJ, cabe ao indivíduo que sofreu uma lesão aos seus direitos de personalidade identificar o responsável pela página para fins de remoção do conteúdo. Tal exigência, contudo, implica na imposição de um ônus desproporcional ao ofendido, tendo em vista a rapidez com que determinado conteúdo é replicado e publicado nas páginas virtuais. Como bem observa Garcia (2016, p.176),

⁹⁵ SILVESTRE, Gilberto Fachetti; BENEVIDES, Nauani Schades. *O papel do Google na eficácia do direito ao esquecimento – Análise comparativa entre Brasil e Europa*. Revista de Direito Privado. vol. 70. ano 17. São Paulo: Ed. RT, p.119.

⁹⁶ 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): direito ao esquecimento na Internet e o Superior Tribunal de Justiça*. Revista de Direito das Comunicações: RDCom, v. 4, n. 7, jan./jun. 2014, p.351-352.

Por um lado, parece razoável fazer tal exigência, para evitar remoção perigosamente genérica e ampla. Por outro, parece excessivamente custoso para a vítima ou parte interessada na indisponibilização, exigir que mapeie e indique, um a um, os endereços específicos das páginas que hospedam o conteúdo ofensivo – e mesmo ineficiente do ponto de vista da reparação, especialmente se se leva em conta a velocidade com que os conteúdos proliferam na rede.

Dessa forma, segundo o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça no Resp. 1.316.921, o ofendido que deseja resguardar o seu direito ao esquecimento deve assumir o encargo de localizar a página da internet em que foi publicado o conteúdo lesivo aos seus direitos de personalidade. Entretanto, tal tarefa esbarra em diversas dificuldades, tais como:

a) não é possível identificar o autor do ilícito; b) não é possível localizar o autor do ilícito; c) não é possível submeter o autor do ilícito à jurisdição nacional; d) a gravidade do ilícito exige a concessão de tutela de urgência; e) o ato ilícito tem uma pluralidade muito grande de autores, inviabilizando tanto o ajuizamento de ações judiciais contra todos eles quanto o litisconsórcio passivo em um ou mais processos; f) o autor do ilícito oferece resistência ou se recusa a cumprir ordens judiciais, apesar da imposição dos meios coercitivos autorizados pelo sistema jurídico.⁹⁷

Em razão dos motivos acima expostos, conclui-se que a isenção completa de responsabilidade dos motores de busca, no que tange a informações lesivas à vida privada, à honra e à imagem e produzidas por terceiros, não constitui a medida mais razoável, em razão do papel fundamental desempenhado pelos motores de busca na facilitação do acesso a determinado *site* ou conteúdo a milhares de usuários e da auferição de lucros pelas empresas de serviços *on line* com a disseminação de dados nas páginas virtuais.

Ademais, a rapidez com que as informações são reproduzidas no ambiente virtual e a enorme repercussão proporcionada pela divulgação de um conteúdo na rede mundial de computadores colocam o usuário em uma posição de flagrante vulnerabilidade diante dos provedores de busca, no que diz respeito ao controle sobre a disseminação de dados relativos à sua pessoa, pois o usuário encontra diversas dificuldades práticas para localizar as páginas da *web* que publicaram o conteúdo ofensivo aos seus direitos de personalidade

Diante disso, a exclusão de determinadas informações dos resultados de busca, embora não elimine o seu conteúdo da internet e nem impeça o seu acesso para quem conhece o endereço IP do site, não deixa de ser, em certa medida, uma providência eficaz em prol do ofendido, visto que dificulta a localização da página por intermédio dos mecanismos de buscas.

⁹⁷ LEONARDI, Marcel. *Tutela e privacidade na Internet*. São Paulo: Saraiva, 2012, p.264.

A perpetuação de graves danos à honra, à imagem e à identidade pessoal de um indivíduo na internet não pode ser tolerada apenas com base no fundamento da liberdade de expressão e de informação ou para proteger interesses mercadológicos. Conforme já explanado neste trabalho, nenhum direito fundamental é absoluto e, por conta disso, sempre se faz necessário realizar uma ponderação entre os interesses em jogo, analisando a potencialidade lesiva da informação, bem como a sua atualidade e a sua relevância para o interesse público. Conforme dispõe Longhi (2014, p.133),

Utilizar como subterfúgio o caráter absoluto da liberdade de expressão para acorbertar modelos de negócio irresponsáveis parece ser a subversão completa dos valores constitucionais, que sempre tiveram as situações subjetivas existenciais como corolário do epicentro axiológico do ordenamento: a dignidade da pessoa humana em todos os seus aspectos. Em outros termos, usar o direito fundamental à liberdade de expressão como base da ‘inimputabilidade’ de todo e qualquer intermediário da rede esconde a tutela de um único direito fundamental em detrimento dos outros: a livre iniciativa.

Neste contexto, vale também destacar que a exclusão dos resultados de busca não se confunde com a exclusão do conteúdo em seus respectivos locais de origem, embora ambas possam ser consideradas meios de efetivação do direito ao esquecimento na internet. Contudo, o que se está discutindo neste trabalho é a adequada responsabilização dos motores de pesquisa pela exclusão dos resultados de buscas por certo termo ou expressão.

Além disso, cumpre ressaltar que o conflito envolvendo o direito ao esquecimento na internet e a liberdade de informação admite soluções alternativas àquela aplicada no caso *Mario Costeja versus Google Spain*. Como bem sugere Costa⁹⁸, no lugar da exclusão *links*, poderia ser adotada outra medida eficaz, como “o seu *downranked*, isto é, torná-lo mais distante das primeiras páginas de resultado de uma pesquisa. Tal solução se mostra eficiente uma vez que estudos realizados apontam que, em pesquisa feita no motor de busca, a grande maioria jamais passa da primeira página.”⁹⁹

Ainda segundo Costa, é possível que, ao invés de excluir determinada informação das páginas virtuais, seja efetuada “a codificação de determinado dado, de modo a torná-lo anônimo, pseudônimo, criptografado ou ter a habilidade para adicionar informação atualizada ou contextual.”¹⁰⁰

⁹⁸ Costa, André Brandão Nery. *Direito ao esquecimento no ambiente digital: estratégias para a otimização dos interesses em jogo*. Revista de Direito Privado. vol. 67. ano 17. p. 79-102. São Paulo: Ed. RT, julho. 2016, p.97-98.

⁹⁹ *Ibidem*, p.98.

¹⁰⁰ Em seu artigo, Costa (2016, p.98) esclarece o seguinte a respeito da codificação de dados: “Torná-lo anônimo consiste no processo de encriptar ou retirar informações pessoais, de maneira a manter a privacidade do indivíduo.

Em certos casos, o direito ao esquecimento também pode ser efetivado por meio da atualização do conteúdo veiculado. O interessado poderá, por exemplo, requerer o acréscimo de uma nota de rodapé esclarecedora em uma notícia relativa à sua pessoa ou ainda uma exposição mais completa sobre o fato, para que o leitor de determinada publicação conheça diferentes versões sobre o ocorrido, de forma atualizada e imparcial (TEFFÉ; BARLETA, 2016, p.61).

Neste contexto, vale a pena citar a solução conciliatória do direito ao esquecimento com o livre acesso à informação apresentada em recente julgamento do Superior Tribunal de Justiça, proferido em sede do Recurso Especial n. 1.660.168/RJ, cuja relatoria ficou a cargo da Ministra Nancy Andriahi. No caso em questão, uma promotora de justiça, ora recorrida, foi acusada, em 2007, de fraudar um concurso para magistratura, tendo sido posteriormente absolvida pelo Conselho Nacional de Justiça. A controvérsia, em síntese, decorre da vinculação do nome da parte recorrida ao tema “fraude em concurso para a magistratura” nos resultados de pesquisas na internet. A promotora questionou a utilização do seu nome, desvinculado de qualquer termo, como critério exclusivo de busca para se chegar à notícia da acusação que, embora ocorrida há mais de 10 anos, figurava entre as notícias mais relevantes apontadas nos resultados de pesquisa, como se, ao longo desta década, não houvesse ocorrido novos fatos referentes à sua pessoa.

A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por votação apertada, confirmou o acórdão recorrido que, por sua vez, reconheceu a prevalência do direito ao esquecimento em detrimento da livre circulação de fatos noticiosos na internet. O Ministro Marco Aurélio Belizze, em seu voto, salienta que a decisão do tribunal superior proporciona

uma via conciliadora do livre acesso à informação e do legítimo interesse individual, porque não serão excluídos da busca referências ao nome da recorrida, nem serão ocultados definitivamente os resultados advindos de uma busca que faça referência a seu nome em conjunto com termos que remetam ao resultado hoje exibido. O que se evitará é, tão somente, que uma busca direcionada a informações sobre a sua pessoa, por meio da inclusão de seu nome como critério exclusivo de busca, tenha por resultado a indicação do fato desabonador noticiado há uma década, impedindo a superação daquele momento.¹⁰¹

Já o dado pseudônimo corresponde ao procedimento para alterar a maior parte dos campos – ao menos aqueles mais identificáveis – em relação em um banco de dados e retirar alguns traços indicados; por exemplo, o nome que aparece em determinado banco de dado ou notícia é alterado por um número ou um nome fictício. A diferença da anonimização é que aquela pode ser revertida de maneira a retornar a informação ao seu estado original.”

¹⁰¹ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.660.168/RJ, Rel. Ministra Nancy Andriahi, Terceira Turma, julgado em 8.05.2018, p.9.

Cumpra salientar que o julgado em questão, embora verse sobre a aplicabilidade do direito ao esquecimento na internet, não se confunde com os casos “Mario Costeja” ou “Xuxa Meneghel”, cujas discussões estão centradas na possibilidade de se responsabilizar os provedores de internet pela exclusão de conteúdos produzidos por terceiros dos seus resultados de buscas. Conforme elucida o trecho do voto do Min. Marco Aurélio Belizze supramencionado, o que se discute no Resp de n 1.660.168/RJ é a possibilidade dos provedores serem obrigados a estabelecer maiores filtros nas pesquisas efetuadas pelos usuários, a fim de se evitar uma busca direcionada a certa informação.

Desse modo, o argumento da impossibilidade de se aplicar o direito ao esquecimento na internet com base nas limitações técnicas dos provedores de busca ou na complexidade da matéria não deve prosperar, tendo em vista as variadas formas de efetivação do aludido direito, inclusive para além da exclusão de *links* dos resultados de buscas. Além disso, conclui-se que a ausência de qualquer tipo de responsabilidade dos provedores de pesquisa em relação aos conteúdos visualizados por intermédio dos seus sistemas de busca, especialmente os que se encontram desatualizados e que digam respeito somente à vida privada do usuário, deve ser alvo de questionamentos, uma vez que ela assevera a prevalência dos interesses da indústria cultural e patrimoniais em detrimento de situações existenciais, o que não se mostra compatível com a cláusula da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos primeiros da nossa ordem constitucional.

CONCLUSÃO

1. Embora a delimitação conceitual do direito ao esquecimento não seja tarefa simples, tendo em vista que seu conteúdo vem ganhando continuamente novos contornos com o surgimento das novas tecnologias de informação, é possível defini-lo como sendo uma garantia que visa proteger uma pessoa da lembrança de fatos pretéritos, destituídos de qualquer interesse público atual, cuja lembrança lhe cause transtornos ou sofrimento ou ainda prejudique o desenvolvimento da sua personalidade. Neste sentido, infere-se que o direito ao esquecimento possui uma relação íntima com a tutela da privacidade, “na medida em que permite ao cidadão o direito de se manter na solidão, no anonimato, na reserva ou na intimidade.” (CHEHAB, 2015, p.90).

2. Viu-se que a ausência de menção expressa do direito ao esquecimento na Constituição Federal de 1988 e na lei infraconstitucional brasileira não constitui um óbice ao reconhecimento da sua existência e garantia, visto que o direito em questão encontra guarida em nosso ordenamento. Conforme ressaltado no primeiro capítulo do presente estudo, o direito ao esquecimento consolida um dos fundamentos primeiros da ordem constitucional, qual seja o princípio da dignidade da pessoa humana, ao possibilitar a restrição do conhecimento acerca de fatos passados, cuja publicação seja atentatória a diversos direitos fundamentais, tais como os direitos à honra, à imagem e à privacidade. Ademais, o direito ao esquecimento está entranhado em diversas normas e institutos do direito infraconstitucional brasileiro, tais como no art. 43, §1º, do Código de Defesa do Consumidor, na Lei de Execução Penal, mais especificamente em seu art. 202, e no instituto da anistia, previsto no art.107, II, do Código Penal.

3. Constatou-se que o direito ao esquecimento, na sua origem, era invocado pelo indivíduo que desejava resguardar-se da lembrança de determinado fato delituoso de que tenha participado, para que não fosse estigmatizado pelos seus erros pretéritos. Entretanto, também é possível apontar outros modos de exercício do direito sob análise, para além do universo das condenações criminais. Com o desenvolvimento de novas tecnologias, que ampliaram a coleta, o armazenamento e o tratamento de informações, o direito ao esquecimento passou ser aplicado para garantir o apagamento de dados inseridos na internet. Além disso, o aludido direito também pode ser reconhecido em prol de uma visão prospectiva da mutabilidade da identidade da pessoa

humana, como ocorre no caso do transexual que deseja alterar o seu nome civil com o intuito de evitar futuros constrangimentos à sua honra, imagem e privacidade.

4. O direito ao esquecimento, enquanto desdobramento natural do direito à privacidade encontra limites em outros direitos fundamentais, principalmente nos direitos à liberdade de informação e de expressão. Viu-se que essa antinomia entre privacidade e liberdades comunicativas deve ser solucionada a partir do mecanismo da ponderação, cujo resultado não pode ser pré-estabelecido, em virtude da inexistência de hierarquia entre os direitos fundamentais. Não obstante parte significativa da doutrina e da jurisprudência tenham atribuído à liberdade de expressão e informação uma posição preferencial diante de outros princípios constitucionais, o sopesamento dos interesses em jogo deve ser feito com base nas peculiaridades do caso concreto, não havendo que se falar em posição *prima facie* em favor da liberdade de expressão em detrimento de interesses existenciais, sob pena de se enfraquecer a cláusula geral da dignidade humana.

5. Conforme ressaltado anteriormente, apenas o exame das circunstâncias do caso concreto permitirá indicar a prevalência ou não do direito ao esquecimento em face da liberdade de informação e expressão. Para tanto, o operador do direito deve se ater a alguns critérios, tais como: a) a veracidade do fato; b) o interesse público na divulgação da informação¹⁰²; b) o papel desempenhado pela pessoa que é alvo de determinada publicação na vida pública; c) se a exposição do fato ou da informação deturpou o contexto original no qual foi produzida¹⁰³; d) a essencialidade do conteúdo para a transmissão da notícia; e) a importância do fato para a história; f) a forma como o fato foi narrado, g) se a pessoa que invoca o direito ao esquecimento foi inocentada por determinado episódio criminoso.

6. Aqueles que se opõem ao direito de ser esquecido alegam que a sua efetivação implica censura prévia e que o conhecimento e a discussão de fatos pretéritos são essenciais para a construção e manutenção da memória coletiva, pois “impedir o acesso à informação de interesse público acarreta diretamente o comprometimento da própria História.”¹⁰⁴. Contudo, deve-se ressaltar que a defesa da consolidação de um direito ao esquecimento não o reveste de

¹⁰² Conforme coloca Martinez (2014, p. 184): “Assim, a notícia que se divulga deve ser de interesse público, ou seja, conter materialmente dados informativos ou educativos, não podendo se reduzir à mera especulação, boato, ou mexerico relembrando sempre o compromisso a ser resguardado com a veracidade.”

¹⁰³ Conforme aduzem Penna e Peixoto (2017, p.111), “(...) a propagação de fato fora de contexto traduz-se em ilegalidade, em qualquer caso, ou seja, sendo a informação atual ou pretérita. Nesse esteio, é de se aplicar a proteção do direito ao esquecimento em caso de difusão de fato pretérito sem qualquer contextualização.”

¹⁰⁴ EHRHARDT JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque; NUNES, Danyelle Rodrigues de Melo; PORTO, Uly de Carvalho Rocha. Direito ao esquecimento segundo o STJ e sua incompatibilidade com o sistema constitucional brasileiro. Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 54, n. 213, jan./mar. 2017. p.76.

um caráter absoluto. O direito em questão deve recair apenas sobre as informações que digam respeito à história individual do seu titular e não sobre aquelas revestidas de interesse público ou de valor histórico. Assim, as graves violações de direitos humanos, como aquelas praticadas durante guerras e durante regimes ditatoriais não podem ser jamais esquecidas, pois o conhecimento da história afasta o risco da repetição dos erros do passado.

7. O presente trabalho tem como um de seus objetivos principais a investigação da forma como a jurisprudência brasileira vem aplicando o direito ao esquecimento, seja na mídia televisiva, seja na internet. Para alcançar este objetivo, inicialmente analisamos dois julgados do Superior Tribunal de Justiça, quais sejam Resp. 1.334.097/RJ e Resp.1.335.153/RJ, ambos interpostos contra a TV Globo, em virtude da divulgação de um episódio no programa televisivo “Linha Direta- Justiça”, cujo foco consistia em retratar eventos criminosos de grande repercussão nacional.

8. A partir da análise do Resp. 1.334.097/RJ, viu-se que o STJ reconheceu a existência do direito ao esquecimento em prol de um dos indiciados pela “chacina da candelária”, mas posteriormente absolvido, com base em dois fundamentos principais: a) o de que a preservação da identidade e do nome do inocentado em nada prejudicaria o exercício do direito de informar; b) e na estigmatização sofrida por aqueles que de alguma maneira passam pelo sistema penal.

9. Em contrapartida, no Resp. 1.335.153/RJ, a Corte Superior não acolheu o direito ao esquecimento, pleiteado pelos familiares de uma jovem assassinada, embora se tratasse de um crime comum, envolvendo apenas pessoas anônimas e ocorrido há décadas. Em que pese o entendimento do tribunal, a decisão deveria ter sido favorável aos titulares do direito ao esquecimento. Se, na visão do STJ, há fundamentos que justifiquem a aplicação do direito ao esquecimento em favor do autor do delito, em virtude dos preconceitos que inviabilizam a sua ressocialização, mais razões existem para que seja reconhecido às vítimas de crimes e a seus familiares o direito de não vivenciarem a rememoração de fatos passados dolorosos e traumáticos.

10. No que diz respeito à realização do direito ao esquecimento na internet, o presente trabalho analisou de forma mais detalhada a decisão proferida pelo STJ no caso Xuxa Meneghel vs. *Google*. A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça proferiu decisão unânime favorável à exclusão de qualquer responsabilidade do *Google* e dos motores de pesquisa pelos resultados das buscas que disponibilizam aos usuários da internet, com base nos seguintes argumentos: a) a filtragem dos resultados das buscas feitas pelos usuários não

constitui atividade intrínseca ao serviço prestado pelos provedores de pesquisa. Neste contexto, reconhecida a relação de consumo entre o motor de busca e o usuário, e não sendo a filtragem do resultado das pesquisas uma atividade intrínseca ao serviço prestado, não se poderia reputar como defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o serviço do provedor de buscas que não filtrasse estes resultados; b) seria temerário delegar ao provedor de pesquisas a tarefa de fixar critérios para a remoção de determinado conteúdo, ante a subjetividade do dano que poderá eventualmente ser causado pelo conteúdo exposto, c) a decisão aponta ainda que a supressão de conteúdos dos resultados de busca constitui uma medida de pouca eficácia, pois não resulta na exclusão da página virtual que veicula a informação; d) os provedores de pesquisa não poderiam ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, visto que tal medida inviabilizaria o direito coletivo à informação. No que diz respeito à remoção de determinado conteúdo, cujo endereço da página (URL) tenha sido identificado pela vítima, o STJ ainda consignou que o ofendido careceria de interesse de agir na propositura de uma demanda direta contra o motor de busca, devendo ajuizar uma ação contra o responsável pela publicação do conteúdo ofensivo aos seus direitos de personalidade.

11. Em que pese o reconhecimento dos desafios de se efetuar um efetivo controle sobre a circulação de dados e conteúdos no ambiente virtual, em razão de fatores como a pulverização dos agentes, a velocidade com que as informações são transmitidas neste ambiente e a natureza transnacional da internet, a decisão proferida pelo STJ no caso *Xuxa vs. Google* é passível de críticas, visto que ela ignora o papel fundamental desempenhado pelos provedores de pesquisa na divulgação e na facilitação do acesso às informações contidas nas páginas virtuais bem como o fato de que os motores de busca auferem lucros milionários a partir da coleta e tratamento dos dados disponíveis na *web*. Outro ponto que merece ser criticado no julgado sob análise é a exigência, imposta ao ofendido que deseja ter os seus direitos de personalidade salvaguardados, de localização do endereço eletrônico da página em que foi publicado o conteúdo lesivo ao direito ao esquecimento. Tal exigência coloca a vítima em posição de flagrante vulnerabilidade em face do motor de pesquisa, haja vista a dificuldade que o usuário do serviço de busca terá para indicar todos os endereços específicos das páginas que hospedam o conteúdo indevido, em razão da velocidade com que as informações são replicadas na rede.

12. Constatou-se que a decisão do Superior Tribunal de Justiça no caso *Xuxa vs. Google* diverge do entendimento adotado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia no caso

Mario Costeja González vs *Google Spain*, cuja decisão consigna os seguintes pontos principais: a) o serviço prestado pelos operadores de ferramentas de busca corresponde a tratamento de dados; b) o Tribunal de Justiça da União Europeia entendeu pela possibilidade de responsabilização dos operadores que ofertam o serviço de busca pelo tratamento que tenha sido realizado nos dados, nos termos da Diretiva 95/46/CE; c) os motores de busca são responsáveis pela remoção de conteúdos lesivos aos direitos de personalidade dos resultados das buscas feitas pelos usuários; d) aquele que deseja ver excluída certa informação a seu respeito dos resultados da busca poderá acionar extrajudicialmente o motor de buscas que, por sua vez, irá analisar a procedência do pedido formulado.

13. Neste contexto, o presente trabalho posiciona-se contrariamente à ausência completa de responsabilidade dos motores de busca pelas informações lesivas à vida privada, à honra e à imagem produzidas por terceiros, em razão do papel fundamental por eles desempenhado na facilitação do acesso a determinado *site* ou conteúdo por milhares de usuários e da auferição de lucros pelas empresas de serviços *on line* com a reprodução de dados nas páginas virtuais. Mesmo que não tenham qualquer ingerência sobre o conteúdo veiculado nas páginas virtuais, os motores de busca são os que possuem melhor capacidade de evitar a extensão dos danos advindos de conteúdos reproduzidos no ambiente virtual, pois a identificação de todos os editores do conteúdo lesivo pelo ofendido constitui tarefa extremamente difícil, diante da anonimidade na *web* (SILVESTRE; BENEVIDES, 2016, p.116). A irresponsabilidade dos provedores em relação a quaisquer informações visualizadas por intermédio dos seus sistemas de busca, especialmente as que se encontram desatualizadas e que digam respeito somente à vida privada do usuário, deve ser objeto de críticas, pois ela reforça a prevalência dos interesses patrimoniais e da indústria cultural em detrimento de situações existenciais, o que não se mostra compatível com a cláusula da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos primeiros da nossa ordem constitucional.

14. Finalmente, cumpre ressaltar que o conflito envolvendo o direito ao esquecimento na internet e a liberdade de informação admite soluções diversas daquela aplicada no caso Mario Costeja versus *Google Spain*, qual seja a exclusão de determinados *links* dos resultados de busca. Uma alternativa passível de ser executada pelos motores de busca seria o “distanciamento” dos *links*, referentes à informação sobre a qual deva recair o direito ao esquecimento, das primeiras páginas de resultado de uma pesquisa. Em certos casos, o direito ao esquecimento também pode ser garantido por meio da codificação de um dado, tornando-o anônimo, pseudônimo, criptografado ou ainda por meio do acréscimo de informações a

determinada publicação, com o intuito de promover a atualização do conteúdo veiculado. Neste contexto, vale destacar a interessante solução aplicada pelo Superior Tribunal de Justiça no Resp. 1.660.168/RJ, no qual, por meio de uma votação apertada, o tribunal reconheceu a uma promotora de Justiça o direito de ter o seu nome desvinculado do tema “fraude em concurso para juiz” nos resultados de pesquisas na internet. Neste caso, o tribunal determinou que os provedores de pesquisa deveriam instalar filtros mais seletivos nos seus resultados de busca para que o conteúdo desatualizado não constasse como sendo um dos mais relevantes no *ranking* das páginas virtuais. Vê-se, portanto, que o STJ conseguiu, no caso supramencionado, conciliar o direito à informação com o direito ao esquecimento na internet, já que a solução proposta no julgado não determinou a exclusão dos resultados advindos das pesquisas referentes ao nome da promotora das buscas.

15. Assim, conclui-se que o argumento da impossibilidade de se aplicar o direito ao esquecimento na internet com base nas limitações técnicas dos provedores de busca ou na complexidade da matéria não deve prosperar, já que existem variadas formas, inclusive menos invasivas ao direito à informação, de se garantir o esquecimento. O que não se pode admitir é a transformação da internet em um espaço conivente com a perpetuação de graves danos à honra, à imagem e à identidade pessoal de um indivíduo, com base no argumento genérico da liberdade de expressão e de informação ou para proteger interesses mercadológicos. Considerando que nenhum direito fundamental é absoluto e que inexistem hierarquias entre direitos fundamentais, as soluções dos conflitos que envolvam o direito ao esquecimento devem partir de uma ponderação dos interesses em jogo, a ser feita com base no exame de certas circunstâncias do caso concreto, tais como a potencialidade lesiva da informação, a sua atualidade e a sua relevância para o interesse público.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Intimidade e pessoas notórias. Liberdades de expressão e de informação e biografias. Conflito entre direitos fundamentais. Ponderação, caso concreto e acesso à justiça. Tutelas específica e indenizatória*. Direito público: Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), v. 10, n. 55, p. 47- 91, jan./fev. 2014.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade: critérios de ponderação: interpretação constitucionalmente adequada do código civil e da lei de imprensa*. Revista de Direito Administrativo, n. 235, p. 1-36, jan./mar. 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil (promulgada em 5 de outubro de 1988)*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 2.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 8ªed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BUCAR, Daniel. *Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento*. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 2, n. 3, jul.-set./2013. Disponível em:< <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Bucar-civilistica.com-a.2.n.3.2013.pdf>> Acesso em: 30 de abril de 2018.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. Volume 1. 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito de informação e liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CHEHAB, Gustavo. *O direito ao esquecimento na sociedade da informação*. Revista dos Tribunais, v. 104, n. 952, p. 85-119, fev. 2015.

CORREIA, Pedro Miguel Alves Ribeiro; JESUS, Ines Oliveira Andrade De. *O lugar do conceito de privacidade numa sociedade cada vez mais orwelliana*. Revista Direito, Estado e Sociedade, n.43,p.135-161, jul/dez. 2013.

COSTA, André Brandão Nery. *Direito ao esquecimento no ambiente digital: estratégias para a otimização dos interesses em jogo*. Revista de Direito Privado. vol. 67. ano 17. p. 79-102. São Paulo: Ed. RT, p.79-102, jul. 2016.

CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e. *A liberdade de expressão e o direito à informação na jurisprudência do STF: comentário de três casos emblemáticos*. Revista de Direito das Comunicações: RDCom, v. 1, n. 1,p. 99-154, jan./jun. 2010.

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): direito ao esquecimento na Internet e o Superior Tribunal de Justiça*. Revista de Direito das Comunicações: RDCom, v. 4, n. 7, jan./jun. 2014.

DINIZ, Maria Helena. *Uma visão constitucional e civil do novo paradigma da privacidade: o direito a ser esquecido/A constitutional and civil vision of the new privacy paradigm: the right to be forgotten*. Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, v. 13, n. 2, p. 7-25, ago. 2017.

DONEDA, Danilo. *O direito fundamental à proteção de dados pessoais*. Direito Privado e Internet. São Paulo: Atlas, 2014, p.61-78.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque; NUNES, Danyelle Rodrigues de Melo; PORTO, Uly de Carvalho Rocha. *Direito ao esquecimento segundo o STJ e sua incompatibilidade com o sistema constitucional brasileiro*. Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 54, n. 213, p. 63-80, jan./mar. 2017.

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e comunicação*. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2008.

FÉLIX, Flávia Alexandra Ferreira. *Direito a ser esquecido na internet: uma nova realidade?* Dissertação (Mestrado em Ciências jurídicas forenses). Faculdade de direito, Universidade Nova de Lisboa, Portugal, 2015.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado*. Revista da Faculdade de Direito. São Paulo, v. 88, p. 439-459, 1993.

GARCIA, Rebeca. *Marco Civil da Internet no Brasil: repercussões e perspectivas*. Revista dos Tribunais. Vol. 964, ano 105. p.161-190, São Paulo: Ed. RT, fev.2016.

GUERRA, Sidney. *O direito à privacidade e a Internet*. Internet e Direito: Reflexões Doutrinárias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

JORGE, Maykon Cristiano; IOCOHAMA, Celso Hiroshi. *A tutela inibitória como meio de efetivação do direito ao esquecimento e proteção da dignidade da pessoa humana*. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Belo Horizonte, ano 24, n. 95, p. 203-226, jul./set. 2016.

JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues. *Não há tendências na proteção do direito ao esquecimento*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-dez-25/direito-comparado-nao-tendencias-protacao-direito-esquecimento>>. Acesso em: 1º de março de 2018.

LEONARDI, Marcel. *Tutela e privacidade na Internet*. São Paulo: Saraiva, 2012.

LÉVY, Pierre. *O ciberespaço como um passo metaevolutivo*. Revista Famecos, Porto Alegre, nº 13, p.59-67, dez. 2000.

LIMA, Cíntia Roda Pereira de. *Direito ao Esquecimento e Internet: o fundamento legal no Direito Comunitário europeu, no Direito italiano e no Direito brasileiro*. Revista dos Tribunais: RT, v. 103, n. 946, p.77-109, ago. 2014.

LIMA, Erik Noleta Kirk Palma. *Direito ao esquecimento. Discussão europeia e sua repercussão no Brasil*. Revista de Informação Legislativa, ano 50, número 199, jul/set 2013, p. 271- 283, jul./set. 2013.

LIMBERGER, Têmis. *Da evolução do Direito a ser deixado em paz à proteção dos dados pessoais*. Revista Novos Estudos Jurídicos. Vol. 14, nº 2, p. 27-53, 2009.

LONGHI, Victor Rozzati. *Marco Civil da Internet no Brasil: breves considerações sobre os seus fundamentos, princípios e análise crítica do regime de responsabilidade civil dos provedores*. In: MARTINS, Guilherme Magalhães (coord.) .Direito Privado e Internet. São Paulo: Atlas, 2014, p.109-145.

MADALENA, Juliano. *Regulação das fronteiras da internet: um primeiro passo para uma Teoria Geral do Direito Digital*. Revista dos Tribunais. vol. 974. ano 105. São Paulo: Ed. RT, p.81-110, dez. 2016.

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

MARTINS, Guilherme Magalhães. *O direito ao esquecimento na Internet*. In: MARTINS, Guilherme Magalhães (Coord.). *Direito Privado e Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 3-27.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direitos comunicativos como direitos humanos: abrangência, limites, acesso à internet e direito ao esquecimento*. *Revista dos Tribunais*. vol. 960. ano 104. p. 249-267. São paulo: ed. rt, out. 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem*. *Revista de informação legislativa*, v. 31, n. 122, p. 297-301, abr./jun. 1994.

MENDES, Gilmar F.; COELHO, Inocêncio M.; BRANCO, Paulo Gustavo G. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Laura schertel. *O direito fundamental à proteção de dados pessoais*. *Revista de Direito do Consumidor: RDC*, v. 20, n. 79, p.45-82, 2011.

MORAES, Guilherme Peña de. *Direitos fundamentais: conflitos e soluções*. Niterói: Labor Juris, 2000.

MOREIRA, Rodrigo Pereira; ALVES; Rubens Valtecidos. *Direito ao esquecimento e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa transexual*. *Revista de Direito Privado*, vol. 64, ano 16, p. 81-102, out./dez 2015.

OLIVEIRA, Andrea Luisa de; JÚNIOR, Roberto Lúcio de Oliveira. *Os direitos da personalidade à luz da aquisição de uma nova identidade: a proteção do nome social aos sujeitos transgêneros*. *Revista de Direito Privado*. vol. 75, ano 18, p. 37-62, março 2017.

PACHECO, Mariana Pimentel Fischer. *Direito à memória como exigência ética-uma investigação a partir da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer*. *Revista Anistia política e justiça de transição*. Brasília: Ministério da Justiça, n°1, p. 250-267, janeiro/julho 2009.

PENNA, Bernardo Schmidt; PEIXOTO, Juliane Engler Loureiro. *A sociedade superinformacionista e o direito ao esquecimento: a proteção da memória individual na internet e o aparente conflito com o direito à informação e à liberdade de expressão*. *Revista dos Tribunais*. vol. 981. ano 106. São Paulo: Ed. RT, p. 95-118, julho 2017.

PORCIÚNCULA, André Ribeiro. *Biografias não autorizadas: colisão entre liberdade de expressão e proteção da privacidade à luz do direito ao esquecimento: controvérsias pós-decisão do Supremo Tribunal Federal*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016.

RAMOS, André de Carvalho. *Direito ao esquecimento e o controle indireto dos bancos de dados de consumo*. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: RT, p.131-147, mar-abr. 2016.

RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância – A privacidade hoje*. Trad. Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Coord. Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODRIGUES, Otávio Luiz Junior. *Brasil debate o direito ao esquecimento desde 1990*. 2013a. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2013-dez-19/direito-comparado-‘direito-esquecimento-perspectiva-stj’>>. Acesso em: 11 de fevereiro de 2016.

SALOMÃO, Paulo César. *O confronto entre o direito à intimidade e o direito à informação*. Trabalho de Pós-Graduação em Direito da Comunicação. Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Portugal, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Liberdade de expressão e biografias não autorizadas — notas sobre a ADI 4.815*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jun-19/direitos-fundamentais-liberdade-expressao-biografias-nao-autorizadas>>. Acesso em: 13 de abril de 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*. Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCCrim, v. 12, n. 47, p. 60-122, mar./abr. 2004.

SARLET, Ingo W. *Temas da moda, direito ao esquecimento é anterior à internet*. Disponível em:<<https://www.conjur.com.br/2015-mai-22/direitos-fundamentais-tema-moda-direito-esquecimento-anterior-internet>> . Acesso em: 27 de abril de 2018

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro. Lumem juris: 2012.

SARMENTO, Daniel. *Liberdades comunicativas e “direito ao esquecimento” na ordem constitucional brasileira*. Disponível em: <www.migalhas.com.br/arquivos/2015/2/art20150213-09.pdf>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2018.

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

SILVESTRE, Gilberto Fachetti; BENEVIDES, Nauani Schades. *O papel do Google na eficácia do direito ao esquecimento – Análise comparativa entre Brasil e Europa*. Revista de Direito Privado. vol. 70. ano 17. São Paulo: Ed. RT, P.99-122, outubro 2016.

Supremo Tribunal Federal, Reclamação n. 18638, Rel. Ministro Roberto Barroso, julgado em 02.05.2018.

Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n. 685.493, Rel. Ministro Marco Aurélio, julgado em 10.08.2012.

Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.187, Rel. Ministro Celso de Mello, julgada em 15.06.2011.

TEFFÉ, Chiara Antonia Spadaccini de. *Responsabilidade civil e liberdade de expressão no Marco Civil da Internet: a responsabilidade civil dos provedores por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros*. Revista de Direito Privado. vol. 63. ano 16. São Paulo: Ed. RT, p.59-83, jul.-set. 2015.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *O direito ao esquecimento: uma expressão possível do direito à privacidade*. Revista de direito do consumidor. vol. 105. ano 25. São paulo: Ed. RT, p.33-64, maio-jun. 2016.

TRIGUEIRO, Fábio Vinícius Maia. *Direito ao esquecimento: dimensão da intimidade e identidade pessoal*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 98, ano 24, p. 83-107, nov/dez, 2016.

VIEIRA, Tatiana Malta. *O direito à privacidade na sociedade da informação: Efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação*. Porto Alegre: Fabris, Sergio Antonio, 2007.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Responsabilidade civil dos provedores de internet e a proteção da imagem*. Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Brasília, v. 29. n. 7/8, p.117-138, jul./ago. 2017.