

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO**

O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA ERA DIGITAL

VANESSA PRATES SIMÕES

Rio de Janeiro

2019.2

VANESSA PRATES SIMÕES

O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA ERA DIGITAL

Monografia final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Rodrigo da Guia Silva.

Rio de Janeiro

2019.2

CIP - Catalogação na Publicação

P593d Prates Simões, Vanessa
Direito ao Esquecimento na Era Digital / Vanessa
Prates Simões. -- Rio de Janeiro, 2019.
61 f.

Orientador: Rodrigo da Guia Silva.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2019.

1. direito ao esquecimento. 2. era digital. 3.
tecnologia. I. da Guia Silva, Rodrigo, orient. II.
Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados fornecidos pelo(a) autor(a), sob a responsabilidade de Miguel Romeu Amorim Neto - CRB-7/6283.

VANESSA PRATES SIMÕES

O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA ERA DIGITAL

Monografia final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Rodrigo da Guia Silva.

Data da Aprovação: ____ / ____ / ____.

Banca Examinadora:

Rodrigo da Guia Silva

Diego Brainer de Souza André

Maici Barboza dos Santos Colombo

Rio de Janeiro

2019.2

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais por me darem as ferramentas para alcançar os meus objetivos e que estiveram comigo tanto nessa trajetória acadêmica como em todos os outros momentos da minha vida.

À minha avó Alzira e, *in memoriam*, aos meus avós paternos, que me ensinaram o valor dos estudos.

Às minhas irmãs, por todo companheirismo e por vibrarem comigo a cada conquista.

Aos meus amigos e às minhas amigas, por acreditarem em mim e me darem conselhos quando for preciso.

A todo corpo docente da Faculdade Nacional de Direito e em especial ao meu orientador, Rodrigo da Guia Silva, por todo apoio e compreensão nesses intensos meses de pesquisa.

RESUMO

O mundo está em estado de crescente transformação, o que gera uma necessidade de contínua adequação às mudanças de comportamento da sociedade, cada vez mais globalizada e conectada de um lado, e em contrapartida, cada vez mais virtual. É preciso buscar equilíbrio para enfrentar tamanha mudança de paradigma. A evolução tecnológica não pode se desvincular das bases necessárias de qualquer sociedade, em especial, o respeito à privacidade, bem como a preservação da história da nação. Assim, a indagação que se levanta no presente estudo: existe a possibilidade de se instituir o direito ao esquecimento no contexto digital brasileiro? Cabe, assim, ao Poder Judiciário enfrentar com sabedoria as questões que lhe são postas e ponderar sempre os valores em questão, de modo a proporcionar a solução mais adequada a cada caso concreto. Assim, abordaremos as principais polêmicas e discussões doutrinárias relacionadas ao direito ao esquecimento.

Palavras-chave: Direito ao Esquecimento; Era Digital; Tecnologia; Internet; Direito à informação.

ABSTRACT

The world is in a state of increasing transformation, which generates a need for continual adaptation to the changing behavior of society, increasingly globalized and connected on the one hand, and on the other, increasingly virtual. We must seek balance to face such a paradigm shift. Technological evolution cannot be detached from the necessary foundations of any society, especially respect for privacy as well as preservation of the nation's history. The question that arises in the present study: is there a possibility of establishing the right to forget in the brazilian digital context? It is up to the Judiciary Branch to deal wisely with the questions put to it and to always consider the values in question, in order to provide the most appropriate solution for each specific case. Thus, the present study will address the main controversies and doctrinal discussions related to the right to be forgotten.

Keyword: Right to be forgotten; Digital Era; Technology; Internet; Right to information.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	7
2	O ADVENTO DA ERA DIGITAL E SUAS IMPLICAÇÕES	10
2.1	A produção de memória na Internet	12
2.2	A Internet como um direito e o Marco Civil	16
2.3	A responsabilidade civil dos provedores de internet	20
3	O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA ERA DIGITAL	24
3.1	A tutela dos direitos da personalidade	26
3.2	A dicotomia entre memória pública e individual	33
3.3	O entendimento doutrinário em relação ao Direito ao Esquecimento	37
4	ESTUDO DE CASOS	41
4.1	Experiência internacional	41
4.2	Caso X - Recurso Especial nº 1.316.921/RJ	47
4.3	Caso Y e Z Recurso Especial nº 1.334.097/RJ e 1.335.153/RJ análise combinada	51
5	CONCLUSÃO	55
	REFERÊNCIAS	58

1 INTRODUÇÃO

A motivação do presente trabalho surgiu pelo interesse no âmbito da tecnologia e a notória atualidade do tema. Com pesquisas jurisprudenciais, ocorreu a curiosidade de se entender do que se trata, afinal, o Direito ao Esquecimento, cuja própria aceção é controversa, já que não conta com positivação expressa em qualquer lei.

Contudo, apesar de não haver qualquer lei que verse sobre o instituto, demandas de esquecimento continuam a aparecer perante os tribunais no Brasil e no mundo, o que torna sua compreensão objeto de grande relevância para a ordem jurídica e o meio acadêmico.

Por certo, algumas preocupações revelaram-se no começo do desenvolvimento do estudo: em primeiro lugar, como tratar de casos que envolvam o direito ao esquecimento sem, necessariamente, trazer à tona de maneira exata o que se pleiteou ser esquecido: o nome das partes e demais características do caso. Dessa forma, consoante ao que defende nesta pesquisa, não foram expostos os nomes dos envolvidos nos casos analisados já que, de nada adianta defender um direito ao esquecimento sem colocá-lo em prática. Além disso, é perfeitamente possível conhecer uma história sem identificar o nome dos atores.

A Era Digital é o marco da revolução tecnológica que inovou o modo de se comunicar, com a internet houve uma forma de interação muito mais prática e rápida. Consequentemente, houve o aumento da velocidade com que as informações chegam ao destinatário final de uma mensagem, ou até mesmo a todos usuários da rede. Assim, a sociedade tem transferido suas relações cotidianas para o ambiente digital, comunicando-se com mais frequência por meio da internet, bem como buscando informações de seus interesses por essa rede.

Nesse sentido, surge a preocupação com a privacidade do usuário, já que a rede mundial de computadores praticamente eterniza as notícias e informações. Com poucos cliques é possível ler reportagens sobre fatos ocorridos há muitos anos, inclusive com fotos e vídeos. Enfim, é quase impossível ser esquecido com uma ferramenta tão poderosa, disponibilizando facilmente um conteúdo praticamente infinito.

Justamente nesse escopo, o Brasil tenta uniformizar jurisprudência, não para alterar o fato passado, mas para impedir a desestabilização individual e social do que já passou. Todavia, tem sido missão da doutrina complementar os critérios utilizados para a aplicação do direito ao esquecimento, catalogando-os com maior clareza, ainda que alguns deles pertençam genericamente à privacidade e outros, especificamente, à disposição de informações pessoais.

Vale ressaltar que o direito ao esquecimento apresenta peculiaridades quando inserido no ambiente virtual, pois o meio exige conhecimento técnico mais específico, além de inexistirem julgados consistentes sobre o assunto no Brasil. Dessa forma, é evidente a existência de um novo meio social na atualidade, que é o que podemos chamar de sociedade digital. Ante o exposto, para esta pesquisa estabeleceu-se a seguinte questão: É possível aplicar o direito ao esquecimento na Era Digital?

O objetivo do presente trabalho monográfico é verificar a possibilidade de, diante do acesso indiscriminado à informações pessoais, em caráter permanente, disponibilizados pela sociedade da informação, de uma pessoa solicitar o direito de ser esquecido.

Para tanto, o primeiro capítulo abordará o advento da era digital, bem como suas implicações, qual sejam, a produção de memórias na Internet, o Marco Civil e a responsabilidade civil dos provedores.

Ato contínuo, no segundo capítulo será analisado o conceito de direito ao esquecimento, com base na fundamentação jurídica e no entendimento doutrinário que aborda o assunto. Adicionalmente, será analisada a dicotomia entre memória pública e individual. Ainda, é defendido que a aplicação do direito ao esquecimento e o consequente afastamento do aparente conflito com a publicidade devem se guiar por diretrizes de relevância pública, do contexto e de utilidade, rechaçando-se prejuízos desproporcionais ao indivíduo e objetivando algum benefício razoável à sociedade.

Por fim, o último capítulo irá fazer uma análise de casos relevantes em que houve a discussão ou aplicabilidade do instituto. Ainda, foi feito um estudo sobre a experiência

internacional do tema, para demonstrar que é possível aplicar nas terras brasileiras, com base em sua efetividade no exterior.

De qualquer modo, observar o panorama internacional é fundamental, ao se perceber o nível de globalização atingido e a maneira como os ordenamentos jurídicos têm procurado se adaptar. Ademais, é eficiente para analisar como (e se) o Brasil tem procurado se adaptar frente não apenas ao advento da sociedade de informação, como ao da imperiosa consolidação de um direito ao esquecimento.

Desde já, destaca-se que o objetivo do presente trabalho não é esgotar o tema e nem abordar todos os registros históricos sobre tal assunto, mas sim analisar de forma objetiva a origem do direito ao esquecimento e, com maior enfoque, no Brasil, assim como quais seriam os possíveis efeitos de sua instituição no ordenamento jurídico pátrio.

2 O ADVENTO DA ERA DIGITAL E SUAS IMPLICAÇÕES

A Era Digital surgiu logo após a Terceira Revolução Industrial e ficou conhecida também como a era da informação, marcada pela difusão de um ciberespaço, um meio de comunicação regido pela informática e pela internet, com computadores e a fibra óptica.

Fato é que revolucionou a comunicação por meio dos sistemas rápidos, eficientes, capazes de fazer chegar à inúmeras pessoas ao mesmo tempo, um volume jamais visto como possível de informações em qualquer parte do mundo. Conforme menciona Dourado¹:

[...] a Terra tem se tornado cada vez menor graças à interligação, à facilidade de comunicação entre os povos, surgida a partir da criação da rede mundial de computadores, que, se por um lado aproxima culturas e nações tão diferentes, num intercâmbio instantâneo, por outro faz um raio X dos abismos existentes entre estas nações. (DOURADO, 2008).

A era da informação proporcionou a expansão do acesso aos livros, documentos, comunicação com pessoas, visualização de notícias em tempo real, entretenimento e uma quantidade de conhecimentos, dos mais úteis aos mais fúteis.

No cotidiano é perceptível a mudança com tal era, como a aceleração dos sistemas de comunicação. Eventos que ocorrem nas mais diversas partes do mundo conseguem ser rapidamente repercutidos e transmitidos em tempo real. Ainda, é possível o rápido deslocamento em distâncias que, anteriormente, levavam muito tempo para serem percorridas, já que com um simples clique é possível conversar com uma pessoa do outro lado do mundo.

A chamada integração digital teve grande impulso com o advento da rede mundial de computadores, que, interligados, permitem a transferência de dados em qualquer parte do mundo. Esclarecendo a terminologia de algumas expressões tecnológicas, nas palavras de Andrighi (2012):

Nesse contexto, merecem destaque os provedores de serviços de internet; aqueles que fornecem serviços ligados ao funcionamento dessa rede mundial de

¹ DOURADO, Maria de Fatima Abreu Marques. Fundamentos do direito à intimidade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, p.36. 2008.

computadores, ou por meio dela. Trata-se de gênero do qual são espécies as demais categorias, como: (i) provedores de backbone (espinha dorsal), que detêm estrutura de rede capaz de processar grandes volumes de informação. São os responsáveis pela conectividade da internet, oferecendo sua infraestrutura a terceiros, que repassam aos usuários finais acesso à rede; (ii) provedores de acesso, que adquirem a infraestrutura dos provedores backbone e revendem aos usuários finais, possibilitando a estes conexão com a internet; (iii) provedores de hospedagem, que armazenam dados de terceiros, conferindo-lhes acesso remoto; (iv) provedores de informação, que produzem as informações divulgadas na internet; e (v) provedores de conteúdo, que disponibilizam na rede os dados criados ou desenvolvidos pelos provedores de informação ou pelos próprios usuários da web.

[...] Na hipótese específica dos sites de busca, verifica-se a disponibilização de ferramentas para que o usuário realize pesquisas acerca de qualquer assunto ou conteúdo existente na web, mediante fornecimento de critérios ligados ao resultado desejado, obtendo os respectivos links das páginas em que a informação pode ser localizada.

Essa provedoria de pesquisa constitui uma espécie do gênero provedor de conteúdo, pois esses sites não incluem, hospedam, organizam ou de qualquer outra forma gerenciam as páginas virtuais indicadas nos resultados disponibilizados, se limitando a indicar links em que podem ser encontrados os termos ou expressões de busca fornecidos pelo próprio usuário.

[...] O mecanismo de busca dos provedores de pesquisa trabalha em 3 etapas: (i) uma espécie de robô navega pela web identificando páginas; (ii) uma vez identificada, a página passa por uma indexação, que cataloga e mapeia cada palavra existente, compondo a base de dados para as pesquisas; e (iii) realizada uma busca pelo usuário, um processador compara os critérios da pesquisa com as informações indexadas e inseridas na base de dados do provedor, determinando quais páginas são relevantes e apresentando o resultado.²

Como visto, a Internet facilita a coleta de informações, ampliando o universo do conhecimento, de modo a produzir alterações na cultura contemporânea, economia, política e, tem caráter revolucionário nas relações sociais.

A forma como as pessoas interagem mudou, sendo o contato humano muitas vezes substituído pelo virtual, principalmente pela comunicação por meio das redes sociais, como Facebook, Twitter, Instagram, aplicativos de smartphone como Whatsapp, entre outros.

Com tudo isso, o acesso a informações pessoais, seja de alguém conhecido ou de um cidadão comum, tornou-se muito fácil, permitindo a violação da vida privada e da intimidade, seja por meio de disponibilização de informações e vídeos pela Internet.

Com tal advento, encontram-se embates entre direitos da personalidade e liberdade de expressão, pois com a indexação de informações e consequente pesquisa, não há um

² ANDRIGHI, Fátima Nancy. A responsabilidade civil dos provedores de pesquisa via internet. Rev. TST, Brasília, vol. 78, n° 3, p. 65. jul/set 2012.

sopesamento se algo desrespeita a privacidade do indivíduo. Por exemplo: X é suspeita de um crime de fraude e em determinado site de notícia foi feita uma matéria jornalística sobre o tema com informações como nome completo, idade e profissão. Todavia, houve o trânsito em julgado do processo e verificou-se que X é inocente. Mesmo assim, ao se jogar o nome de X no "Google", ainda fica a notícia anterior de investigação e, para uma leitura rápida, entende-se que X cometeu o crime.

Os mecanismos de memória eterna fazem parte da Internet e estão intimamente ligados à impossibilidade de deletar em caráter definitivo um conteúdo que em algum momento esteve disponível na rede mundial de computadores.

Dois desses mecanismos de memória eterna³ são o backup e o cache. O primeiro se trata de um mecanismo de cópias realizadas a curto, médio e longo prazo, sendo o momento em que os dados são duplicados. Já cache é um tipo de "memória rápida", usada principalmente nos navegadores. Isto é, o browser armazena momentaneamente certos dados, fazendo cópias para que o usuário tenha o seu acesso facilitado e acelerado na próxima vez que acessar determinado site.

Diante das condições da moderna tecnologia da Era Digital, a garantia de escolha sobre os dados do cidadão, questão que veremos a seguir, permite a proteção dos direitos intrínsecos à pessoa humana, como sua personalidade e dignidade.

2.1 A produção de memória na Internet

A memória ocupa um papel importante no contexto histórico da sociedade, tendo em vista que a recordação e o acesso à informação permitem que o corpo social não repita os mesmos erros dos seus antepassados. Nesse prisma, a memória seria a ponte que conecta elementos espaciais, históricos, porém não contidos de neutralidade, que expressa o entendimento de um fato de maneira subjetiva de cada indivíduo.

³ PAZZINATTO, Carlos Henrique; FREITAS, Cinthia Obladen. **O direito ao esquecimento frente aos mecanismos de memória eterna.** Revista Opinião Jurídica, Fortaleza, v. 13, n. 17, p. 82-107, 2015.

O direito à memória consiste no direito que a pessoa lesada e toda a sociedade obtêm de ter um esclarecimento sobre os fatos e as circunstâncias que geraram graves violações de direitos humanos. O direito à memória encontra-se fundamentado no artigo art. 4º, II, da CF/88 uma vez que este busca assegurar a proteção contra a dignidade à pessoa humana. Tendo em vista que o direito à memória está relacionado aos direitos da personalidade, Gustavo Tepedino⁴ afirma que:

A escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e marginalização, e de redução das desigualdades sociais, juntamente com quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo texto maior, configuram uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento. (TEPEDINO, 1999).

No Brasil, o direito à memória foi regulamentado pela Lei nº 12.528/2011 que cria a Comissão Nacional da Verdade, que tem como fim apurar as circunstâncias em que ocorreram violações a direitos humanos no período de ditadura militar. A Comissão da Verdade visa investigar violações de direitos humanos considerados graves entre 1946 e 1988. Essa comissão é formada por sete membros nomeados pela presidenta Dilma Rousseff, em 18 de novembro de 2011, sendo esta, instalada em 16 de maio de 2012. Houve, contudo, a Lei nº 6.683 (Lei de Anistia), que concedeu o perdão a todos que cometeram crimes políticos que existiram na ditadura, logo estes não podem ser responsabilizados penalmente.

Na era da informatização, é notório que já não existe um assunto sigiloso, apenas se jamais foi revelado. Veja, até mesmo os processos judiciais passam pelo processo de digitalização, e se um dia esse sigilo for quebrado, seu acesso será muito facilitado pelas próprias características do processo digital, que permite o trânsito rápido de informações. Ademais, há sempre o risco da insegurança informática, seja por falhas técnicas ou pelo ataque de hackers, o que pode expor informações sigilosas.

É inegável como a memória e a lembrança adquiriram status eterno por meio dos motores de busca como o Google, sempre presente, facilmente resgatável e pronta para ser

⁴ TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. Editora Renovar: Rio de Janeiro, p. 48. 1999.

exposta. Uma família atingida por uma tragédia, pode ter sua ferida frequentemente reaberta pela constante reprodução de notícias e imagens que dizem respeito ao crime que a atingiu. A questão da informação perene, eternamente disponível, causa polêmica e reacende o importante debate acerca do direito ao esquecimento.

A possibilidade de se esquecer aquilo que traz dor relaciona-se com o sentimento de liberdade, já que mesmo sem mudar o passado, as pessoas podem escrever uma nova história. De fato, os males e aflições modernas, em muito se referem às proporções que determinados fatos, antes circunscritos a um limitado número de pessoas, hoje, ganham proporções mundiais, impondo, muitas vezes, verdadeiras “tatuagens eletrônicas”.

Nesse sentido, Juan Enriquez⁵, comparando cada postagem, tweet ou foto publicada a uma tatuagem – que contém informações sobre cada indivíduo e é permanente, mesmo que se opte por mudar de vida –, faz uma reflexão sobre quão expostas estão, atualmente, as pessoas em face da imortalidade dos dados inseridos na rede mundial de computadores. Juan Enriquez ilustra quatro mitos gregos como lições para os dias atuais: Sísifo, Orfeu, Atena e Narciso. Destaca-se, neste estudo, Sísifo: condenado a rolar pedras colina acima por toda a eternidade, Sísifo pagou para sempre por algo que fez. Desta forma, segundo o palestrante, uma simples colocação pode arruinar uma reputação, mesmo que seja equivocada.

O direito ao esquecimento contempla, pois, mais do que uma adequada tutela da privacidade, mas, sobretudo, a tutela da saúde em nome de uma vida digna. Assim, vê-se a importância de se esquecer algumas coisas, para que outras, verdadeiramente inesquecíveis, possam ser guardadas.

Antigamente a imprensa tinha apenas como veículo o jornal impresso. Enquanto hoje, conta com vários sites de notícias e buscadores como o “Google” que possui um banco de dados com o texto de milhões de páginas e quando se digita uma palavra na tela de procura, aparecem aquelas que coincidem ou têm a ver com a mesma.

⁵ TED (acrônimo de Technology, Entertainment, Design; (Inglês - Estados Unidos) Tradução literal para Tecnologia, Entretenimento, Design.

Fato é que tal facilidade atinge o direito à privacidade dos cidadãos, já que conforme Jeffrey Olsen⁶ consagrou a expressão “A Internet significa o fim do esquecimento”⁷, as informações sobre uma pessoa quando colocada na internet fica lá eternizada e disponível para consulta a qualquer tempo posterior.

O autor também expôs como uma pessoa fica marcada por postagens de opiniões e imagens feitas inclusive pelo próprio usuário:

É comum dizer que vivemos em uma era permissiva, com segundas chances infinitas. Mas a verdade é que, para muitas pessoas, memória permanente do banco da Web significa que cada vez mais não há uma segunda chance – sem oportunidades para escapar de uma letra escarlate em seu passado digital. Agora, a pior coisa que você já fez muitas vezes é a primeira coisa que todo mundo sabe sobre você.⁸

Hoje a ferramenta mais utilizada sem dúvidas é a Internet, seja para pesquisa ou comunicação. Dessa forma, opiniões emitidas ou informações veiculadas sobre determinado indivíduo passam por uma eternização quando colocadas online, sendo dificilmente apagadas.

A Internet trouxe inegáveis novidades para a sociedade, se tornando um grande banco de dados para diversos assuntos. Entre eles, está a história das pessoas, que compartilhadas por meio da rede social com fotos, textos e opiniões ficam ali eternizadas.

Outro ponto crítico são as notícias veiculadas por jornais online, muitas vezes sensacionalistas em suas manchetes, causando forte impacto a quem se refere. A produção de memória na Internet é feita diariamente e pode ser prejudicial ao indivíduo na medida em que opiniões e pessoas mudam, mas sempre estará lá, aquela memória, para lembrar.

A rapidez do tráfego de informações alterou de forma significativa o modo das pessoas se relacionarem. Em que pese o direito à privacidade e à imagem, observa-se uma constante

⁶ ROSEN, Jeffrey. **The Web Means the End of Forgetting**. The New York Times. Estados Unidos, 2010. Disponível em: < <https://www.nytimes.com/2010/07/25/magazine/25privacy-t2.html> > Acesso em: 15 set 2019.

⁷ Tradução literal para “Internet means the end of forgetting”. (Inglês - Estados Unidos).

⁸ Tradução livre de: “It’s often said that we live in a permissive era, one with infinite second chances. But the truth is that for a great many people, the permanent memory bank of the Web increasingly means there are no second chances — no opportunities to escape a scarlet letter in your digital past. Now the worst thing you’ve done is often the first thing everyone knows about you”. (Inglês - Estados Unidos).

violação. Nesse sentido, a Internet deixou de ser apenas uma receptora de informações para se mostrar como uma potencial ferramenta de compartilhamento de dados, com o agravante de constituir memória digital em escala mundial. Observa-se, portanto, a necessidade de tutelar essa afronta aos direitos inerentes à personalidade, mais especificamente o direito à privacidade.

A era digital traz a ideia de estar constantemente sendo compartilhado dados e informações, de forma que há um contingente significativo de usuários, que a cada instante têm suas informações privadas e de terceiros disponibilizadas por meio de aplicativos e sites. O que se ignora, entretanto, é a maneira como esses dados são tratados, muitas vezes permanecendo disponíveis sem a ciência do seu titular.

Com a velocidade das inovações tecnológicas, o legislador viu a necessidade de tutelar eventuais direitos violados. Com isso, o tema do “Direito ao Esquecimento” ganhou destaque na era informacional após o surgimento da internet e dos mecanismos de busca, principais responsáveis pela eternização da informação.

2.2 A Internet como um direito e o Marco Civil

O início das discussões sobre a definição do direito virtual e sua aplicação, englobando assuntos como jurisdição e competência no âmbito dos crimes virtuais se deu na década de 1990 como elucida Alberto Rohrmann (2005, p.8):

A primeira metade da década de 1990 marcou não só a utilização da rede pelas pessoas em geral, como também a publicação dos primeiros artigos e textos jurídicos sobre a aplicação do direito à Internet. As primeiras discussões envolveram, principalmente, os problemas relacionados aos conflitos de jurisdição no espaço virtual. Dada a possibilidade de as pessoas acessarem, pela Internet, web sites localizados em outros países e praticarem atos jurídicos, tais como jogos em cassinos fora de seus países de origem, o problema da jurisdição foi o mais estudado e analisado em artigos jurídicos no início daquela década.

Ao longo do tempo, a evolução dos meios de comunicação foi tão acelerada que as questões discutidas em relação à Internet se atualizaram, de maneira que foram acompanhando o avanço da própria sociedade. Antes seria inimaginável as diversas formas de se comunicar e compartilhar vivências, hoje se busca cada vez mais entender o que aquele instrumento cibernético produz.

Em 2011, por meio de um relatório de seu Conselho de Direitos Humanos⁹, a Organização das Nações Unidas (ONU) declarou que o acesso à Internet é um direito humano. Para isso, a ONU promoveu uma adição ao artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos. O referido artigo dispõe que: “Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”. Após a alteração, foi adicionado o seguinte trecho: “promoção, proteção e aproveitamento dos direitos humanos na Internet”¹⁰. De tal forma, a Organização das Nações Unidas declarou que a restrição ao acesso à Internet é uma violação de direitos humanos.

Contudo, há de se ressaltar que a inclusão digital ainda não é uma realidade pois muitos brasileiros sequer possuem energia elétrica, quanto mais acesso à Internet. Isso causa uma desigualdade entre os cidadãos, já que a Internet é fonte de informações e cultura. De certo, pessoas de baixa renda seriam especialmente beneficiadas com seu uso, em razão da dificuldade de acesso desses indivíduos a outros meios de formação educacional e cultural. Assim, o amplo e livre acesso à Internet, apesar de já reconhecido como um direito pela Organização das Nações Unidas, nem sempre é efetivado na prática.

Dentre as vantagens da Internet está o fato dela ser um grande mecanismo de manifestação do pensamento. Dada a amplitude de seu alcance, contribui até mesmo para a manutenção da livre manifestação do pensamento, essencial para a democracia. Por conseguinte, se afigura o direito à Internet, tendo a mesma ideia do à informática, que visa propiciar o acesso à rede.

Portanto, o acesso à Internet foi colocado no mesmo patamar que direitos como a vida e a liberdade realmente demonstra como seu uso, hoje, é considerado imprescindível para a população mundial.

⁹ ACESSO à internet é um direito humano, diz ONU. **Euronews.com**. 2016. Disponível em: <<https://pt.euronews.com/2016/07/05/aceso-a-internet-e-um-direito-humano-diz-onu> > Acesso em: 15 set 2019.

¹⁰ Tradução livre para: “promotion, protection and enjoyment of human rights on the Internet” (Inglês - Estados Unidos).

Com o constante uso das redes sociais, o Brasil viu a necessidade de criar uma legislação específica para atender às demandas oriundas da comunicação feita pela plataforma mundial, de modo a abarcar as diferentes nuances que esse ítem da modernidade nos trouxe. Conforme expõe Miguel Reale em sua Teoria Tridimensional do Direito, o direito deve ser analisado sob três aspectos: fato, valor e norma.

Desse modo, a criação de uma lei sempre pressupõe a existência de um fato social e um valor atribuído a esse fato, culminando na criação de uma norma com o objetivo de regulamentar esse fato social. Segundo explanação de Reale (1994, p. 23-24):

(...) São múltiplas as teorias que põem em relevo a natureza tridimensional da experiência jurídica, nela discriminando três “elementos”, “fatores” ou “momentos” (a diversidade de termos já denota as diferenças de concepção), usualmente indicados com as palavras fato, valor e norma. (...) Plano do valor ou do dever ser; plano da realidade casualmente determinada, ou do ser; e plano da cultura, ou do ser referido ao dever ser; eis aí já assentes as bases de um tipo de tridimensionalidade, segundo três ordens lógicas distintas, correspondentes, respectivamente, a juízos de valor, juízos de realidade e juízos referidos a valores.

Como visto, a Internet encontra reflexos no mundo jurídico, de tal modo que ela pode ser considerada um direito. Nesse sentido, pela sua importância cada vez mais reconhecida, o direito à Internet precisa de tutela jurídica para ser efetivado.

Nesse contexto, a ampliação do uso da Internet é um fato tão relevante socialmente que ensejou a criação de uma norma, no caso, a Lei 12.965/14, conhecida como Marco Civil da Internet. Esse, em seu artigo 1º, traz os propósitos da sanção desta lei: “Esta Lei estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil e determina as diretrizes para atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em relação à matéria”. Assim, a Lei nº 12.965/14 foi sancionada com o objetivo de regulamentar o uso da rede, devido à sua crescente popularização e relevância.

O artigo 2º desse mesmo dispositivo dispõe que: “A disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, bem como: II - os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais;”, isto é, na rede todos temos como fundamento o respeito à liberdade de expressão, mas também, como já visto, temos como fundamento os direitos humanos, e principalmente relacionado à questão, o desenvolvimento da personalidade.

Tomando como base o referido artigo, percebe-se que há a colisão entre dois direitos, o da liberdade de expressão, qual seja, a liberdade de expressar suas ideias e de compartilhar fatos e informações, com o do direito ao esquecimento, que conforme já exposto, é considerado um direito de personalidade. É nítido que essa colisão deve ser analisada à luz do caso concreto, pois o direito ao esquecimento atualmente, não é algo que se manifesta de forma plena perante as novas tecnologias de informação.

Já o artigo 3º dispõe que: “A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios: II - proteção da privacidade; III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei;”. A proteção à privacidade é um direito positivado, visto que todos têm o direito de manter dados pessoais privados, mas na rede há um inegável conflito entre o limite entre o público e o privado.

Nas redes sociais como Facebook e Twitter é possível compartilhar qualquer informação pessoal ou de terceiros, conversas privadas são facilmente divulgadas, fotos postadas são facilmente copiadas e compartilhadas sem que muitas vezes a autoridade competente possa fazer alguma coisa quando algum direito é ferido.

De um lado há os que defendem a isenção do intermediário, essa posição é adotada nos Estados Unidos. No Brasil, o Marco Civil não resolve inteiramente essa questão, mas estabelece um princípio básico em seu artigo 19, que determina que nenhum intermediário possa ser responsabilizado por conteúdo ofensivo postado em seu sistema, salvo se desrespeitar ordem judicial que determinar a remoção deste conteúdo.

O posicionamento do STJ é de que o indivíduo que requer a retirada de determinado conteúdo, deve indicar os URLs das páginas que contêm a ofensa, de forma individualizada e não genérica. Ademais, apenas surge o dever de retirada do provedor após uma decisão judicial que decreta a remoção, não sendo suficiente a notificação extrajudicial, salvo nas hipóteses previstas pela lei (MUNIZ, 2017).

Assim, existe uma regulação parcial, de forma setorial, nas legislações do Marco Civil da Internet, do Código de Defesa do Consumidor, de Acesso à Informação e do Habeas Data,

que também configuram garantias para o direito à proteção de dados pessoais (SARMENTO, 2014, p. 47).

2.3 A responsabilidade civil dos provedores de internet

Apesar da referida regulação parcial, o Marco Civil da Internet trouxe hipóteses em que os provedores serão responsabilizados. Imperioso demonstrar que existe um tratamento diferenciado para os provedores de conexão e de aplicação, já que apesar de ambos serem parecidos, suas responsabilidades não se confundem.

Segundo o art. 15 da Lei 12.965/14 o provedor de aplicações é “constituído na forma de pessoa jurídica e que exerça essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos”. Já aplicações de internet conforme dispõe o art. 5º, VII entende-se, um “conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet”.

Para melhor esclarecer a função do provedor de aplicações, significativo é o conceito apresentado por Nick Richard Freitas Aquino (2016)¹¹:

Num primeiro momento, pode-se dizer que Provedor de Aplicação de Internet é uma expressão que descreve qualquer organização, grupo ou empresa que proporcione aos usuários um conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um computador conectado à internet. Dessa forma, pode-se tirar uma conclusão inicial que não se enquadra na expressão acima citada, o provedor de backbone (provedor de infraestrutura) e o provedor de acesso ou conexão.

O *backbone* também é denominado como a espinha dorsal, qual seja de um provedor de infraestrutura. Assim, trata-se de rede principal, onde serão captadas e transmitidas as informações das redes menores (provedores de conexão). Desse modo, tudo o que o internauta acessa passa por *backbone* até chegar em sua própria rede local. (TAVARES; CAMPOS, 2016).

¹¹ AQUINO, Nick Richard Freitas. **Antinomia jurídica entre o Marco Civil da Internet e o Código de Defesa do Consumidor em matéria de Responsabilidade Civil dos Provedores de Aplicações de Internet**. Jusbrasil. 2016.

Como sua finalidade limita-se apenas em transmitir informações, é impossível monitorar e filtrar todas as informações que ali trafegam, em virtude do excessivo volume de conteúdos que circulam por seus equipamentos, bem como identificar os usuários dos provedores que utilizam seus serviços, sendo capaz apenas de detectar quais provedores utilizaram sua infraestrutura. Assim, entende-se que os provedores de *backbone* não serão responsabilizados pelos conteúdos transmitidos por aqueles que utilizam sua rede. (TAVARES; CAMPOS, 2016).

Considerando que a lei apenas responsabilizou os provedores de aplicações e de conexão, torna-se fundamental conhecer o conceito deste último antes de adentrar em sua responsabilidade. A luz do Marco Civil da Internet e do entendimento de Bruna Manhago Serro (2015, p. 5), os provedores de conexão:

São os responsáveis pela intermediação entre a operadora e o usuário do serviço contratado. Nesta modalidade de provedor, é oferecida a conexão à Internet conforme especificidades e velocidades contratadas e o acesso pode ser feito através de uma identificação de usuário e senha, por exemplo. Os provedores de conexão são os responsáveis por alcançar ao usuário diretamente o acesso à rede.

Entretanto, de acordo com o artigo 13, os provedores de conexão são obrigados a manter pelo prazo de um ano, em ambiente de segurança e sob sigilo todos os registros de conexão. Já os provedores de aplicação são obrigados a mantê-los pelo prazo de seis meses, no qual poderá ser prorrogado a requerimento da autoridade policial, administrativa ou do Ministério Público nos termos do art. 15, § 2º. Esta previsão legal permite que determinados dados continuem sob a guarda dos provedores de aplicação com o fim de assegurar a investigação criminal de possíveis ilícitos. (SERRO, 2015).

No capítulo III da Lei 12.965/14, há uma seção específica que estabelece a “Responsabilidade por Danos Decorrentes de Conteúdo Gerado por Terceiros”, no qual o art. 18 prevê que os provedores de conexão, não serão responsabilizados pelos conteúdos danosos gerados por terceiro. (BRASIL, 2014).

Diferentemente, os provedores de aplicações de internet são responsabilizados civilmente pelos danos causados por terceiros quando os conteúdos postados forem além dos permitidos em direito, conforme artigo 19 do mesmo dispositivo. Vale salientar que esta

responsabilidade é cabível somente nos casos em que preexistir uma ordem judicial e a mesma for descumprida, como por exemplo, quando o juiz determina que o provedor torne indisponível determinado conteúdo, e ele não o torna. (BRASIL, 2014).

Segundo Alexandre Freire Pimentel e Mateus Queiroz Cardoso (2015, p. 57), trata-se de uma responsabilidade condicionada:

A responsabilidade desses provedores é condicionada porque, primeiramente, a LMCI exclui a imputabilidade direta dos provedores de aplicações pela geração instantânea de conteúdos criados por terceiros, ou seja, havendo violação a direito subjetivo, os provedores de aplicações de Internet devem ser cientificados por ordem judicial para procederem à retirada de determinados conteúdos em prazo razoável fixado pelo juiz. Somente serão responsabilizados os provedores de aplicações de Internet que continuarem a disponibilizar os conteúdos vetados pela decisão jurisdicional.

O artigo 19 é uma cláusula legal aberta, na qual caberá ao juiz preenchê-la com base no caso concreto, uma vez que deverá ser estudado se o respectivo pedido estava dentro do âmbito e limites técnicos do provedor. Caso não esteja, os provedores de aplicação de Internet têm o ônus de provar que não acatou a medida pelo fato de a mesma ultrapassar o seu domínio. (PIMENTEL; CARDOSO, 2015, p. 57).

A fim de assegurar a liberdade de expressão e obstar a censura, a presente lei afirma que a retirada dos conteúdos da rede será mediante o cumprimento de alguns requisitos dispostos ainda no art. 19, § 1º, sob pena de nulidade: a ordem judicial deve identificar de forma clara e específica o conteúdo a ser retirado, o conteúdo apontado deve ser infringente e, por fim, a ordem judicial deve permitir a localização inequívoca do material.

Esta responsabilidade nem sempre será condicionada à prévia ordem judicial, pois o art. 21 traz uma exceção quando o conteúdo presente na rede integrar cenas de nudez. (BRASIL, 2014). Diante desta situação, quando o provedor de aplicações não tornar indisponível estes materiais, depois de ter sido notificado extrajudicialmente pelo ofendido ou seu representante, será responsabilizado subsidiariamente pelos danos causados ao ofendido. É neste sentido que o STJ vem se posicionando:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. REDE SOCIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROVEDOR DE APLICAÇÃO. REDE SOCIAL. FACEBOOK. OBRIGAÇÃO DE FAZER. REMOÇÃO DE

CONTEÚDO. FORNECIMENTO DE LOCALIZADOR URL DA PÁGINA OU RECURSO DA INTERNET. COMANDO JUDICIAL ESPECÍFICO. NECESSIDADE. OBRIGAÇÃO DO REQUERENTE. MULTA DIÁRIA. OBRIGAÇÃO IMPOSSÍVEL. DESCABIMENTO. 1. Esta Corte fixou entendimento de que "(i) não respondem objetivamente pela inserção no site, por terceiros, de informações ilegais; (ii) não podem ser obrigados a exercer um controle prévio do conteúdo das informações postadas no site por seus usuários; (iii) devem, assim que tiverem conhecimento inequívoco da existência de dados ilegais no site, removê-los imediatamente, sob pena de responderem pelos danos respectivos; (iv) devem manter um sistema minimamente eficaz de identificação de seus usuários, cuja efetividade será avaliada caso a caso". Precedentes. 2. Aos provedores de aplicação, aplica-se a tese da responsabilidade subjetiva, segundo a qual o provedor de aplicação torna-se responsável solidariamente com aquele que gerou o conteúdo ofensivo se, ao tomar conhecimento da lesão que determinada informação causa, não tomar as providências necessárias para a sua remoção. Precedentes. 3. Necessidade de indicação clara e específica do localizador URL do conteúdo infringente para a validade de comando judicial que ordene sua remoção da internet. O fornecimento do URL é obrigação do requerente. Precedentes deste STJ. 4. A necessidade de indicação do localizador URL não é apenas uma garantia aos provedores de aplicação, como forma de reduzir eventuais questões relacionadas à liberdade de expressão, mas também é um critério seguro para verificar o cumprimento das decisões judiciais que determinar a remoção de conteúdo na internet. 5. Em hipóteses com ordens vagas e imprecisas, as discussões sobre o cumprimento de decisão judicial e quanto à aplicação de multa diária serão arrastadas sem necessidade até os Tribunais superiores. 6. O Marco Civil da Internet elenca, entre os requisitos de validade da ordem judicial para a retirada de conteúdo infringente, a "identificação clara e específica do conteúdo", sob pena de nulidade, sendo necessário, portanto, a indicação do localizador URL. 7. Recurso especial provido. (STJ - REsp: 1642560 SP 2016/0242777-4, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Julgamento: 12/09/2017, T3 – TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/11/2017).

Antes da Lei n. 12.965/2014, a Jurisprudência do STJ havia firme entendimento no qual o provedor de aplicação a partir do momento em que era notificado sob qualquer forma pelo ofendido, já passava a ser responsável solidário com aquele que gerou a lesão. Com o advento do Marco Civil da Internet, a sua responsabilidade somente inicia-se pelo não cumprimento da ordem, após a notificação judicial. (BRASIL, 2014).

Conclui-se, que estão cada vez mais frequentes os pedidos de remoção de dados da internet e a maioria dos julgados existentes são fundamentados na própria jurisprudência. Devido ao fato do Marco Civil ter entrado em vigor no dia 23 de abril de 2014, os processos sob seu fundamento ainda estão em curso, porém já é notável o avanço no que tange a responsabilidade dos provedores, bem como a proteção dos direitos dos usuários.

3 O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA ERA DIGITAL

O desenvolvimento sobre as questões do Direito ao Esquecimento na sociedade brasileira, se comparado ao estágio que se encontra na Europa e nos Estados Unidos, pode ser considerado como algo novo. Contudo, com o advento da Internet, nota-se que é crescente o número de casos que podem ser relacionados, direta ou indiretamente, com o tema.

O Direito ao Esquecimento consiste no “Direito de ser deixado em paz” ou o “Direito de estar só” e tem como escopo o direito que os indivíduos têm de não verem determinado acontecimento de suas vidas, mesmo que se trate de um episódio verídico, exposto em público. Visa obstar uma série de constrangimentos e violações à vida das pessoas, de forma a representar o direito do indivíduo, público ou não, que determinado acontecimento de sua vida seja esquecido.

Isso porque quando qualquer informação de uma pessoa é colocada na Internet, a informação propaga-se rapidamente para diversos lugares, às vezes, até mesmo, a nível mundial. Isto é, a facilidade com que se pode copiar, compartilhar e salvar quaisquer tipos de dados no mundo virtual, acaba por fazer com que informações possam ser, de certa forma, “eternizadas”.

Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados. (ENUNCIADO 531. CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL, 2013).

Direito ao esquecimento não tem um conceito específico a nível mundial, porém suas interpretações são similares. O direito ao esquecimento ou direito a ser esquecido, “é aquele direito das pessoas físicas de fazer que a informação sobre elas seja borrada depois de um período determinado”¹².

¹² TERWANGNE, Cécile. **Privacidad en Internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido**. Revista de Internet, derecho y política. Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC, febrero 2012, 13 p. (Espanha - Espanhol Internacional).

Esse instituto objetiva impedir que se tenha a propagação da informação pessoal passada, que deixando de cumprir a sua finalidade provoque um dano à pessoa. Assim, é uma ferramenta para que sejam resguardados e respeitados os direitos ligados à individualidade da pessoa e, conseqüentemente à sua dignidade. Sobre isso, esclarece Moraes (2002, p. 128):

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

De acordo com Fellner¹³, há duas diferentes versões sobre a origem desse instituto. Em primeiro, ele teria surgido no contexto das condenações criminais, quando ex condenados já haviam cumprido sua pena e pleiteavam a não associação ao seu passado criminoso. Por este motivo, era feita uma ponderação entre o direito do sujeito de inibir a disseminação de notícias sobre seu passado e o direito de acesso à informação garantido a toda sociedade. Essa versão é embasada na ideia de que todo cidadão tem direito a reintegração na sociedade e a lembrança do passado infrator pode dificultar essa reinserção.

Por outro lado, temos a segunda versão que versa sobre a possibilidade de garantir ao cidadão que dados que foram disponibilizados na mídia sem seu consentimento, por exemplo por meio de notícias de jornal, sejam apagados. Esta seria uma maneira mais ampla de garantir o direito ao esquecimento, pois abarca as novas formas de interação digital. Por fim, ambas as versões possuem a intenção de assegurar a proteção da vida privada da pessoa.

Pelo exposto, o Direito ao Esquecimento tem um papel relevante na era digital ao proteger as memórias individuais das pessoas, não permitindo que as lembranças do passado voltem a ser exploradas por qualquer usuário da internet.

¹³ FELLNER, Robert. **The Right to be Forgotten in the European Human Rights Regime**. Grin Verlag GmbH, p. 2. 2014 (Inglês - Estados Unidos).

3.1 A tutela dos direitos da personalidade

Os avanços tecnológicos desafiam o ordenamento jurídico para tutelar possíveis violações a direitos da personalidade, que são conceituados como aqueles inerentes à tutela da pessoa humana, essenciais à dignidade e integridade.

Os direitos da personalidade são dotados de características especiais, na medida em que destinados à proteção eficaz da pessoa humana em todos os seus atributos de forma a proteger e assegurar sua dignidade como valor fundamental. Segundo Bittar, "direitos inatos (originários), absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios, necessários e oponíveis erga omnes" (BITTAR, 1995, p. 11).

São classificados como direitos da personalidade os direitos à imagem, à privacidade, à intimidade e à honra e estão consubstanciados no princípio da dignidade da pessoa humana. são “deferidos à pessoa de defender aquilo que lhe é próprio, ou seja, a essência de sua personalidade, bem como as qualidades que são inerentes a ela”. (GUERRA, 2004, p.14). Tais direitos possuem características que lhes diferenciam, como a absolutividade, intransmissibilidade, irrenunciabilidade, imprescritibilidade, inexpropriabilidade.

Na sociedade, os indivíduos adquirem direitos e possuem em contrapartida deveres, podendo, por isso, ocorrer abusos dos chamados direitos da personalidade. Também é dever do Estado manter a paz social e estipular normas em nível constitucional e infraconstitucional a fim de regulamentar possíveis conflitos.

O Estado então encarrega de positivizar os direitos da personalidade, ou seja, criar previsibilidade no ordenamento jurídico, exatamente para ter meios de defender estes direitos inatos do homem, já que a todo o momento, pelo fato de vivermos em sociedade, os entchoques ocorrem. (GUERRA, 2004, p. 12).

Nesse sentido, esses direitos precisam ser assegurados para que os seres humanos possam, efetivamente, interagir com o mundo social. “Esses direitos realizam a missão de defesa das pessoas diante do poder do Estado, e aí temos exatamente a concepção destes direitos constituindo as liberdades públicas”. (GUERRA, 2004, p.19).

Ao decorrer do tempo, a sociedade foi se tornando cada vez mais aberta em suas exposições, com a mídia digital há compartilhamentos a todo momento, estando o indivíduo exposto até quando não se quer estar. Sendo assim, a crescente necessidade de se tutelar a privacidade advém da transformação desse bem jurídico em objeto de valor mercantil, já que as pessoas não se importam com a crescente exposição de sua intimidade e seus dados pessoais.

A privacidade é algo difícil de se alcançar na atualidade, já que a sociedade moderna nos impõe uma vigilância permanente, como alude a ministra Eliana Calmon, do STJ:

O homem do século XXI tem como um dos maiores problemas a quebra da sua privacidade. Hoje é difícil nós termos privacidade. Por quê? Porque a sociedade moderna nos impõe uma vigilância constante. Isto faz parte da vida moderna. Agora, esse século XXI trabalha e tem dificuldade de estabelecer quais são os limites dessa privacidade. Até quando eu posso me manter com a privacidade sobre o meu agir, 14 sobre os meus dados, e até que ponto esta privacidade termina por prejudicar a coletividade (CALMON, 2013 apud RADIO, 2013).

Os adventos tecnológicos proporcionaram extenso acesso à informação, mas pouco controle no seu uso, deixando até as instituições públicas internas e externas incapazes de conter todo esse aparato tecnológico e suas novas formas de coleta e de tratamento da informação.

Dessa forma, o ordenamento jurídico vem encontrando dificuldades para tutelar de forma efetiva os direitos inerentes à pessoa que são atingidos pela inovação tecnológica. Mais especificamente, o direito à privacidade apesar de previsto no Código Civil e na Constituição Federal, no viés tecnológico encontra nuances diversos, de modo a cada caso produzir uma jurisprudência para ser usada posteriormente.

Importante destacar que o Código Civil trata do direito da personalidade em um rol meramente exemplificativo e daí surge a problemática do direito ao esquecimento, verdadeiro direito da personalidade que não está escrito em qualquer norma jurídica, mas tornou-se foco de debate pela doutrina e jurisprudência atuais (TARTUCE, 2017).

Evidencia-se, portanto, que os direitos inerentes à personalidade, como o direito à vida privada, à honra, à intimidade e à imagem, encontram-se resguardados pelo texto

constitucional, que, inclusive, assegura ao lesado direito à indenização por dano material ou moral em caso de eventual violação.

As diversas agressões dos governos totalitários à dignidade humana que ocorreram na Segunda Guerra Mundial impulsionaram a discussão sobre a importância dos direitos da personalidade para o mundo jurídico. Dessa forma, a Assembleia Geral da ONU de 1948, a Convenção Europeia de 1950 e o Pacto Internacional das Nações Unidas consagraram a proteção de tal instituto.

Entretanto, com o surgimento da Internet houve um novo formato de atentado à dignidade humana e a proteção da vida privada passou a apresentar novas necessidades (TRIGUEIRO, 2016). Nesse prisma, a invasão à vida das pessoas ocorre em relação tanto a fatos do presente quanto do passado (SILVA; SILVA, 2015). Já que, como se sabe, basta uma busca na Internet para se ter acesso a uma massa de informações sobre qualquer um.

Diante das condições da moderna tecnologia da informação é inegável o conflito aparente entre a liberdade de expressão e de informação materializados na rede de computadores e à privacidade, intimidade e honra, pois ambos direitos são garantidos pela Constituição Federal. Vejamos o Art. 5º IV, V, IX, X e XIV e artigo. 220 da Constituição Federal de 1988:

- IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;
- V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;
- IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;
- X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;
- XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV. § 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

É imperioso destacar o limite à expressão e à informação, visto que é a tutela da dignidade da pessoa humana e a lei. Nesse cenário, o direito ao esquecimento ganha força na doutrina jurídica brasileira após a recente aprovação do Enunciado n. 531 na VI Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho de Justiça Federal/STJ cujo teor ora se transcrevem:

ENUNCIADO 531 – A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.

Artigo: 11 do Código Civil Justificativa: Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.

O enunciado é uma orientação doutrinária que define a interpretação da norma. Neste caso, conforme o entendimento do enunciado, no artigo 11 do Código Civil o direito de ser esquecido está implícito entre um dos direitos da personalidade, sendo intransmissíveis e irrenunciáveis, assim como o direito inerente à pessoa à sua dignidade, honra, imagem, nome e a intimidade, previstos no artigo 5º da Constituição Federal¹⁴.

O enunciado tem como o objetivo principal diminuir quaisquer tipos de danos provocados pela propagação de dados pelas novas tecnologias, pois com a amplitude do alcance das mídias digitais, é preciso garantir ao indivíduo o direito de ressocialização sem qualquer estigma com os fatos passados.

Em 1789, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão foi responsável pela criação de um estado democrático de direito, fazendo disposição de alguns direitos intrínsecos a existência do ser humano, como o direito de liberdade, por exemplo. A partir de então os seres humanos passaram a ser tratados como pessoas livres, sendo protegidos alguns direitos mínimos para uma existência honesta.

Como visto, o sujeito adquire personalidade ao nascer e os direitos intrínsecos ao ser humano, como os direitos de personalidade. Nesse prisma, o Estado deve assegurar aos

¹⁴ DIREITO ao esquecimento é garantido por Turma do STJ. **Consultor Jurídico**, 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-out-21/direito-esquecimento-garantido-turma-stj-enunciado-cjf>>. Acesso em: 20 set 2019.

cidadãos condições mínimas para uma existência saudável, protegendo esses direitos.

Como visto, o sujeito adquire personalidade ao nascer e os direitos intrínsecos ao ser humano, como os direitos de personalidade. Nesse prisma, o Estado deve assegurar aos cidadãos condições mínimas para uma existência saudável, protegendo esses direitos.

Em vista disso, o direito de personalidade deve ser recepcionado e fundamentado pela dignidade da pessoa humana, tendo em vista que esses direitos são inerentes aos indivíduos para uma vida com dignidade, abrangendo por sequência todos os direitos primordiais, como aqueles relativos à integridade física, psíquica e moral. Sobre o assunto, podemos salientar, também, o enunciado nº 274 da IV Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, que apresenta a tutela dos direitos de personalidade, vejamos:

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

É cediço que tanto os direitos fundamentais, quanto os direitos de personalidade possuem rol meramente exemplificativos, desse jeito, esses direitos não se resumem apenas àqueles ordenados no CC/02 e na CF/88, se estendem a todos os direitos essenciais aos cidadãos. Por ser essencial, em situações conflitantes desses direitos, é preciso que seja realizada a técnica da ponderação para resolução no embate de normas jurídicas, de forma que seja possível abarcar a garantia com mais precedência no caso prático.

Os direitos de personalidade são argumentados por duas correntes, para alguns doutrinadores são considerados direitos inatos a todos os seres humanos nascidos com vida, é o que defende a corrente jusnaturalista. Por outro lado, encontra-se a corrente juspositivista que justifica que os direitos são provenientes de uma ordem jurídica, a qual se inicia pela Constituição do Estado.

Assim, com base no entendimento de que a personalidade está intimamente ligada à dignidade, infere-se que é um atributo do ser humano e não apenas um direito, motivo pelo qual deve ser protegida pelo Estado de Direito.

A liberdade, segundo João dos Passos Martins Netto, significa em seu sentido jurídico, a “ausência de uma norma jurídica que proíba ou ordene um determinado comportamento”¹⁵. Nesse sentido, existem normas jurídicas que proíbem certos comportamentos e impõem obrigações de não-fazer, enquanto há normas jurídicas mandamentais que estabelecem obrigações de fazer.

As classificações das liberdades podem ser como legais ou constitucionais e a liberdade de expressão se encaixa na segunda categoria. Respalhada no direito de dialogar, como locutor ou destinatário de qualquer informação.

Na Constituição de 1988, a liberdade de expressão é assegurada em diversos dispositivos ao longo de seu texto. Em seu art. 5º, inciso IV, prevê que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”, e também no inciso XIV do mesmo artigo assegura “a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”.

Ainda, conforme o autor Martins Neto destaca, a Constituição estabelece algumas restrições à liberdade de expressão, como a inviolabilidade da honra, da intimidade e da imagem (arts. 5º, inciso, V e 220 § 1º da Constituição Federal), e possibilita também que o legislador possa regular determinados assuntos, como o da publicidade.

Apesar de existirem certas delimitações desta liberdade contida expressamente no texto constitucional, há outros assuntos que, pelo potencial polêmico, o legislador poderá obstar, de modo que compete ao judiciário se manifestar posteriormente sobre a constitucionalidade ou não da restrição.

¹⁵ MARTINS NETO, João dos Passos. **Fundamentos da liberdade de expressão**. Florianópolis: Insular, 2008. p. 25.

Outra problemática que a liberdade de expressão enfrenta é o conflito, no caso concreto, com outros direitos fundamentais igualmente protegidos pelo ordenamento constitucional, como, por exemplo, os direitos da personalidade. Como já visto, em caso de colisão, é feita a ponderação, sendo imperioso verificar as consequências que decorrem em desprezar a liberdade de expressão. Senão vejamos:

A garantia da liberdade de expressão tutela, ao menos enquanto não houver colisão com outros direitos fundamentais e com outros valores constitucionalmente estabelecidos, toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo tema de interesse público, ou não, de importância e de valor, ou não – até porque diferenciar entre opiniões valiosas ou sem valor é uma contradição num Estado baseado na concepção de uma democracia livre e pluralista.¹⁶

É possível perceber o grau da liberdade de expressão que é assegurado à sociedade no momento em que ocorre tal colisão entre direitos fundamentais. Também se evidencia a importância em garantir a pluralidade de opiniões e só poderão desfrutar de proteção constitucional os atos comunicativos que detenham o intuito de informar, sem que seja exercida qualquer censura valorativa ao seu conteúdo, devendo ser tolerada a sua diversidade.

A promulgação da Constituição de 1988 representou a libertação do país da ditadura militar, consagrando um amplo rol de direitos fundamentais. Por conta da censura do governo ditatorial, há um valor atribuído à liberdade de expressão, sendo necessário garantir que nenhum tipo de manifestação de pensamento possa ser submetido à prévia aprovação governamental, embora seja viável a responsabilização posterior, civil e criminalmente.

Um dos limites que esse direito encontra, de acordo com Paulo Gustavo Gonet Branco, é o direito à verdade, afirmando que “a informação falsa não seria protegida pela Constituição, porque conduziria a uma pseudo-operação da formação de opinião” onde o dever de informar deve atender “ao interesse da coletividade de ser informada, porque através dessas informações é que se forma a opinião pública, e será necessário que a narrativa retrate a verdade”.

¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires Branco; GONET Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. Ed. 6. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 297.

Nesse contexto de conflitos entre princípios, o direito ao esquecimento surge como uma categoria normativa inserida no rol dos direitos da personalidade, sobretudo no da garantia constitucional da privacidade, por isso considera-se que ele é uma extensão do direito constitucional à privacidade, portanto, de dignidade também constitucional.

3.2 A dicotomia entre memória pública e individual

Na esfera virtual, as lembranças são construídas com base nas relações interpessoais construídas e na contemporaneidade a informatização tem garantido espaço com a constante utilização de seus equipamentos tecnológicos. Desta maneira, a Internet tem promovido a exploração das recordações pessoais, expondo-as a qualquer instante a todos os internautas.

De fato, hoje se vive a sociedade da informação e com esta é marcada por sua dependência, por um meio de fácil disseminação de ideias, concepções, notícias e acontecimentos, de modo que a rede tem um papel crucial na arrecadação daqueles dados. Essa nova tendência comportamental demonstra que a web é uma importante ferramenta para adquirir eficiência, acessibilidade e transparência, não só nas relações entre as pessoas em seu meio social e profissional.

Uma das particularidades dessa tecnologia é o acesso mais amplo e democrático aos meios de compartilhamento e arquivamento de registros na internet, que expandiu a infinitas vezes o conteúdo nela publicado, possibilitando o surgimento daquilo que Sérgio Branco, em sua obra “Memória e esquecimento na internet” (2017, p. 41) chama de plataformas de memória.

Nesse sentido, o fenômeno do compartilhamento de situações pessoais passou a ser visto na internet, na forma de diários online, o que posteriormente ficou conhecido como “blog”, propulsor do padrão de contínuas publicações nas redes sociais que se observa hoje (BRANCO, 2017, p. 42). Após, os “fotologs” tornaram-se uma ferramenta muito difundida por conta da popularização das câmeras digitais, sendo os responsáveis por fazer a transição dos registros escritos para os registros com fotos na internet.

Nesse âmbito, destaca-se que foram as redes sociais Orkut e depois o Facebook os grandes responsáveis por proporcionar um impacto sem precedentes na escrita de si. O Facebook teve adesão ainda maior, alcançando o surpreendente número de dois bilhões de usuários ao redor do mundo em 2017, quando então atingiu a façanha de ser a rede social mais acessada do planeta, seguida do YouTube, WhatsApp e Instagram (BRANCO, 2017, p. 45-47).

Sérgio Branco (2017, p. 47) lembra de importante indagação que surge com a ascensão das redes sociais: qual o limite, agora, entre o público e o privado na vida das pessoas? Um interessante exemplo da linha tênue desse limite foi uma prática que começou a surgir com a popularização de aplicativos como o Facebook, no recrutamento de candidatas para determinada vaga, empresas estão analisando os perfis das redes sociais para definir se devem ser contratados, investigando detalhes de sua vida privada. Outro exemplo igualmente surpreendente é a utilização de dados retirados das redes sociais para instruir processos judiciais, o que vem gerando uma gama de ações julgadas com base em elementos retirados da vida privada disponibilizada pelos usuários na rede. Todavia, a tendência dos registros na internet vem se mostrando cada vez mais despida da intenção de construir uma narrativa ou uma memória do autor.

Com a internet, deixamos a era do arquivamento de si individual para a do arquivamento de si coletivo (BRANCO, 2017, p. 61). Deste modo, o referido autor conclui que uma característica da atual geração é o arquivamento quase compulsório de tudo aquilo que possa ser registrado, ainda que até mesmo de forma involuntária. Há uma necessidade quase incontrolável da sociedade em registrar por meio de fotografia ou vídeo as situações mais cotidianas de nossas vidas, para depois serem virtualmente compartilhadas sem muito propósito.

Certo é que essa aparente tendência da rede em realizar de forma cada vez mais intensa a transição entre o que é privado para tornar-se conteúdo público, implica em desdobramentos de ordem ética e também jurídica a respeito do tratamento que é dispensado à quantidade de conteúdo gerado. Assim, é necessário que se discuta não somente acerca de reprodução e arquivamento, mas, também, da necessidade de repensar o modo como se esquece esse conteúdo.

Frise-se que o ambiente online é sem fronteiras e como consequência disso a exposição nesse ambiente global pode impactar a intimidade de alguém, já que o esquecimento tem se tornado não uma regra e sim exceção.

[...] hodiernamente a transmissão da informação flui sem controle, sem parâmetros. A facilitação da obtenção de dados a um simples clique em um buscador ligado à grande rede mundial modificou a sociedade, fazendo com que situações já sedimentadas e esquecidas sejam lembradas e rediscutidas, em qualquer momento (MARTINEZ, p. 58-59).

Com isso, a possibilidade de recordação de dados vinculados à rede tem afetado diretamente a memória particular dos indivíduos expostos. Desse modo, o direito ao esquecimento na internet alcança maior evidência, pois pretende proteger a memória digital das pessoas, frustrando a exploração digital de memórias antigas.

Não obstante, observa-se que esse instituto só poderá ser usado quando o fato discutido for irrelevante para lembrança social, isto é, quando constatada a ausência de interesse público sobre tal fato pretérito, bem como analisada sua insignificância para a história do povo com um todo e proteção do direito de informar. Diante disso, a estruturação da memória digital pública enseja limites sociais e é nesse ponto que se revela o Direito ao Esquecimento, uma vez que propõe o resguardo da identidade particular dos indivíduos.

Uma grande problemática da Internet é o fato de preservar dados sem uma análise específica do conteúdo dos mesmos. Dessa maneira, age de forma diversa dos humanos, que tendem a selecionar os assuntos observados no cotidiano. Nesse prisma, a vivência em sociedade faz com que o indivíduo tenha suas próprias reflexões pessoais e selecione mentalmente por ordem de importância, ou seja, a memória social depende do interesse pessoal de cada indivíduo pela ideia ou pensamento vivenciado.

Por outro lado, os servidores na web não possuem a referida categorização, já que são preenchidos com novas informações, de modo a permanecer na rede por tempo indefinido, até que seu conteúdo volte a ser pesquisado por outro usuário. Em razão disso, na era digital os acontecimentos ficam expostos de modo permanente e irresistível.

Destarte, as recordações coletivas são obtidas durante o convívio dos indivíduos, por intermédio das trocas de experiências e compartilhamento de informações, possibilitando que desse jeito a memória não se restrinja às impressões pessoais dos cidadãos. Essa teoria pode ser trazida para o mundo digital, correspondendo-se ao direito à informação da população.

Assim, com o fim de inibir a rememoração na internet sobre um evento do passado de determinado sujeito, o Direito ao Esquecimento impossibilita que a lembrança indesejada seja revivida fora do contexto na qual esteve inserida. Ressalta-se, ainda, que tal garantia não deverá ser aplicada quando a informação for de interesse social.

O direito ao esquecimento, a partir da proteção da memória individual, pode ser compreendido como o poder de escolha que o indivíduo apresenta de não ser lembrado contra a própria vontade, o que lhe confere autonomia para pleitear a retirada do ciberespaço de todo o conteúdo que, de uma forma ou de outra, acaba por lhe acarretar ofensa aos direitos de personalidade.

Nesse contexto, a possibilidade de esquecimento na era digital depende da análise das questões coletivas e individuais da memória, portanto, quando ficar constatada a relevância da informação para a proteção da história social, o direito à informação será resguardado. Em contrapartida, quando preponderar o interesse privado do esquecimento na rede, a memória individual será protegida. De igual modo aponta Martinez (2014, p. 71):

Embora exista evidente correlação entre memória social e o esquecimento, as perspectivas públicas e privadas são completamente distintas e não se excluem. O aspecto público pretende a valorização de eventos históricos, com o enfrentamento de arquivos secretos e punição de atividades ilícitas. Já o aspecto privado do direito ao esquecimento, baseado na dignidade humana, busca proteger o indivíduo em face da divulgação de informações privadas que, fora de contexto, sem utilidade pública, sem contemporaneidade, mesmo verídicas, ferem ou podem ferir um indivíduo.

Como já visto, quando em conflito dois direitos, é imperioso que seja utilizada a técnica da ponderação para resolução desse embate. De acordo com Luís Roberto Barroso (2008), deverá ser resguardado o máximo de cada um dos direitos conflitantes, de modo a analisar qual interesse prevalecerá no caso concreto.

É preciso lembrar que o maior interesse público deve ser a própria liberdade de conhecimento da noção do que acontece à volta dos cidadãos, e é sobre essa liberdade que se deve construir a confiança nas instituições e na democracia. Dessa forma, a regra geral é a de não se admitir limitação à liberdade de expressão e de informação que por si só constituem o interesse público em si mesmo, menos em situações quase ruptura do sistema. Em outras palavras, o interesse público serve como norteador para a manutenção da memória ou de seu esquecimento.

Portanto, pode-se dizer que a aplicação do direito ao esquecimento é feita com uma ponderação de fatos relevantes no contexto informacional, o interesse público e o direito à privacidade.

3.3 O entendimento doutrinário em relação ao Direito ao Esquecimento

Feitas as análises fundamentais em relação ao Direito ao Esquecimento e sua aplicação, faz-se necessário, também, examinar o entendimento doutrinário. Como se trata de uma temática relativamente nova, que vem tomando forma na jurisprudência, não é rica a gama de análises de autores, sendo restrita a somente alguns.

Espera-se, todavia, que a longo prazo haja um estudo maior sobre, já que é dever da doutrina desenvolver critérios objetivos para cumprir o seu dever de auxiliar o Judiciário na decisão de casos concretos. Assim, é importante grandes autores estudarem e exporem suas opiniões acerca desse direito tão relevante que tem um embate entre interesses fundamentais, tanto individuais quanto coletivos, do ser humano.

O autor Sérgio Branco é favorável ao reconhecimento do direito ao esquecimento, contanto que seja aplicado de forma excepcional, já que sua aplicação desacertada e afastada dos valores constitucionais pode gerar riscos à liberdade de expressão e à história e memória da população.

É importante salientar que o autor estabelece algumas críticas sobre o instituto, tendo em vista que questiona se trata-se de um direito autônomo ou de um ramo do direito à privacidade. Assevera que “(...) ainda que a dignidade humana seja tutelada em sua

completude, sem que qualquer de seus aspectos possa ser negligenciado, é controvertido que o direito ao esquecimento goze de autonomia a ponto de ser assim denominado.”¹⁷

Por conseguinte, o autor sustenta que não se trata especificamente de um esquecimento, mas sim de um pedido para que não seja mais acessível publicamente determinada. Por esse motivo, o autor considera que o esquecimento jamais pode ser imposto, uma vez que a experiência humana corrobora que quanto mais se deseja esquecer, mais se desperta a curiosidade das pessoas.

Segundo o autor, tendo como base a decisão europeia e os recentes entendimentos do STJ, a tutela do direito ao esquecimento vem gradativamente se consolidando nos ordenamentos, mesmo que se encontre desafios como a definição de seus contornos e a responsabilidade por sua implementação.

Destaca que, apesar de haver divergências de autores que defendem que o direito ao esquecimento não existe, tanto doutrina quanto jurisprudência parecem mais inclinadas a debater não sua existência, mas as regras mais adequadas para sua aplicação.

Assim, infere-se que uma parcela doutrinária entende que o direito ao esquecimento não existe, pois não está expresso na legislação brasileira. Para a corrente, este direito estaria em divergência com a ideia de memória de uma sociedade, sendo que a liberdade de informação deveria prevalecer sempre e *a priori*, à semelhança do que acontece nos Estados Unidos.

A segunda corrente entende que há um direito ao esquecimento e este deverá sempre prevalecer no que tange à dignidade da pessoa humana e sua privacidade. Nesse sentido, a garantia desses direitos precede sobre a liberdade de informação quando fossem questionados fatos do passado. Assim, se tal direito ao esquecimento não fosse aceito, as pessoas poderiam sofrer penas vitalícias por meio da Internet. Dessa forma, os pró-esquecimento amparam-se na decisão proferida pelo STJ no caso Y (que será visto no terceiro capítulo desta pesquisa) em que se reconheceu o “direito de não ser lembrado contra sua vontade”.

¹⁷ BRANCO, Sérgio. **Memória e esquecimento na internet**. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2017, p. 144.

Já a terceira corrente, caracterizada por unir elementos relevantes das demais correntes, dispõe, em síntese, que a Constituição não autoriza a hierarquia prévia entre liberdade de informação e privacidade, em que o direito ao esquecimento seria um desdobramento. Tratando-se de dois direitos fundamentais, a solução técnica exequível seria o método da ponderação, de modo a obter com vistas à obtenção tanto do menor sacrifício possível para cada um dos interesses em colisão.

A última corrente, adotada por Sérgio Branco em sua obra, toma como base, entre outras questões, o fato de o autor respaldar o direito ao esquecimento no direito fundamental à privacidade e afirmar que esse direito ao esquecimento não deverá ser a regra e sim a exceção, devendo em todos os casos ser ponderado com as liberdades fundamentais de maneira igualitária.

O direito ao esquecimento apenas poderá ser efetivado quando presentes, cumulativamente, os seguintes critérios: “violação à privacidade por meio de publicação de dado verídico, após lapso temporal, capaz de causar dano a seu titular, sem que haja interesse público, preservando-se em todo caso a liberdade de expressão e desde que não se trate de fato histórico, cuja demanda é direcionada, em última instância, ao Poder Judiciário, que deverá, se entender cabível, ordenar a sua remoção ao meio de comunicação onde a informação se encontra (e nunca ao motor de busca)”.¹⁸

Em igual sentido, Maria Celina Bodin de Moraes constata que: “(...) as decisões que passam pela concepção de princípios exigem a construção de um discurso de aplicação, para além de um discurso de justificação, que permita fundamentar a preferência de um princípio em detrimento de outro princípio que na hipótese atua de forma concorrente”.¹⁹

Com relação à fundamental ponderação entre o direito ao esquecimento e a liberdade de expressão, o autor afirma que o direito ao esquecimento não pode servir para inibir a liberdade de expressão, mas sim para ser ajustado com esta e, apesar de protegido nos

¹⁸ Ibid., p.197-19.

¹⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Honra, liberdade de expressão e ponderação**. Civilistica.com, Rio de Janeiro, a. 2, n. 2, abr.-jun./2013, p.16.

termos do direito à privacidade, o direito a ser esquecido enfrenta desafios substanciais. Em razão disso, faz-se necessário aliá-lo com outras garantias legais, como liberdade de expressão. Deve ser medida excepcionalíssima, aplicável apenas em defesa de direitos privados e para atender a esfera privada do indivíduo, sem que haja qualquer prejuízo a interesses públicos, à liberdade de expressão, a valores constitucionais, à conservação da História”.²⁰

Desse modo, evita-se deletar informações dotadas de interesse público e socialmente relevantes e assegurar a proteção, a reserva, de informações mais íntimas e sem interesse coletivo de indivíduos.

Com o fim de obter outras opções para a aplicação do direito ao esquecimento, em determinados casos, o autor propõe instrumentos que incentivem ainda mais a informação, como o direito de resposta e a atualização do conteúdo. Relembra, ainda sugestões doutrinárias como a possibilidade de se limpar a reputação na web e a proibição de se demitir ou recusar a contratar uma pessoa com base essencialmente em informações extraídas da Internet.

Por fim, Sérgio Branco acertadamente reflete sobre a infinidade de informações que são disponibilizadas na Internet e tudo aquilo que se guarda a todo instante em redes sociais e demais aplicativos. Assim, é preciso compreender que o ser humano representa uma realidade muito mais rica e complexa do que aquela expressa em resultados de busca, páginas na Internet ou programas da televisão.

²⁰ Ibid., p.197.

4 ESTUDO DE CASOS

4.1 Experiência internacional

Segundo Bernal, *droit à l'oubli* pode ser considerado como um “direito mais antigo, remetendo sua origem à legislação e jurisprudência francesa e italiana do final dos anos de 1970”, e “historicamente tem sido aplicado em casos excepcionais envolvendo indivíduos que foram condenados penalmente e não desejam mais serem associados à sua conduta criminal”²¹.

Logo, esse direito seria o que a pessoa tem de se precaver que terceiros possam divulgar fatos que estejam associados a seu passado delituoso. Dessa forma, o seu direito à privacidade deve ser ponderado com o direito da sociedade de ter acesso a esta informação, que poderá ou não ser classificada como *newsworthy* (FELLNER, 2014, p. 3). A ideia associada ao esquecimento no contexto criminal é de que os indivíduos deveriam ter uma segunda chance, e aponta para a capacidade dos seres humanos se transformarem (FELLNER, 2014, p. 03).

Conforme já visto, o *droit à l'oubli* não se restringe apenas ao âmbito criminal, já que há casos em que tal direito é invocado para proteger o direito à privacidade e nos direitos da personalidade. Seu objetivo, portanto, é limitar que informações consideradas privadas sejam difundidas e expostas.

A primeira referência ao *droit à l'oubli* na França foi feita pelo Professor Gerard Lyon-Caen em seus comentários à decisão do caso *DelleSegret vs. Soc Rome Film* (1967), julgado pela Corte de Apelação de Paris (*Courd'appel*) (SARMENTO, 2015, p. 36). Foi a primeira vez que a expressão “direito ao esquecimento” foi utilizada na França, e, de acordo com Denise Pinheiro, pode-se arriscar que este seria o momento de sua origem (PINHEIRO, 2016, p. 135).

²¹ Tradução livre de: “has historically been applied in exceptional cases involving an individual who has served a criminal sentence and wishes to no longer be associated with the criminal actions”. (Inglês - Estados Unidos).

O caso tratou-se de uma ação indenizatória ajuizada pela ex-amante de um serial killer em face de um diretor de cinema. A produção tratava de um documentário que apresentava trechos da vida da ex-amante, fazendo menção ao seu nome – o que não havia sido autorizado pela mesma – e era considerado por ela como um evento dramático em sua vida (PINHEIRO, 2016, p. 137).

O pleito foi julgado improcedente pela Corte, tendo como fundamentação que os fatos já teriam sido levados a público na publicação do livro de memórias da ex-amante. Nesse contexto, entendeu-se que o filme foi baseado nas informações já divulgadas pela autora em seu livro e, por essa razão, não merecia acolhimento o pleito já que a própria autora impulsionou a divulgação dos fatos ocorridos.

Na Itália, pode-se citar um caso julgado pela Corte de Cassação do país²² em que uma ação foi proposta por um político italiano que foi acusado de corrupção, sendo posteriormente absolvido. O processo foi amplamente divulgado pelos jornais locais, e mesmo após a absolvição do réu, a notícia continuava acessível na Internet. Desse modo, a Corte entendeu pela licitude do jornal em manter a notícia, já que o tempo não alteraria o interesse público envolvido. Todavia, entendeu que a demanda do autor poderia ser no sentido de que a referida notícia obtivesse um link para a informação da absolvição processual. No caso, portanto, houve uma restrição à liberdade do jornal, mas promoveu os direitos da personalidade da vítima, de modo a ampliar o acesso à informação.

Há outro caso emblemático no âmbito internacional e que apesar de ter sido empregado o Direito ao Esquecimento, nunca será esquecido. Tratou-se de uma ação ajuizada por um cidadão espanhol perante a Agência Espanhola de Proteção de Dados - AEPD, contra o Google e um Jornal, em razão de uma matéria que ligava seu nome a um leilão de sua propriedade em hasta pública, para pagamento de dívidas que já haviam sido quitadas.

Segundo o autor, as Rés haviam violado seu direito à proteção de dados pessoais e à privacidade por causa dos dois links que retornavam de uma pesquisa realizada em seu nome nos respectivos provedores de busca. Nesse contexto, o autor pleiteou que o jornal suprimisse

²² Corte Suprema di Cassazione, Terza Sezione Civile, no 5525/2012, julgado em 11/01/2012. (Italiano - Itália).

ou alterasse as informações dispostas nas referidas matérias, para que seus dados pessoais deixassem de aparecer. Em relação ao Google Spain e ao Google Inc., requereu que os buscadores suprimissem ou ocultassem seus dados pessoais, de forma que os links das páginas do jornal sobre o assunto não retornassem mais no índice de pesquisa quando seu nome fosse pesquisado. Em sua defesa, alegava que o processo para recuperação de crédito já havia sido julgado há anos e por esse motivo exigia que a matéria fosse retirada da página em que estava hospedada e dos provedores de pesquisa, já que não existia mais atualidade nem interesse público na informação.

A Agencia julgou improcedente o pedido em relação ao jornal mencionado, com base na ideia da publicação ser justificável em vista da obrigação prevista pelo Ministério do Trabalho e de Assuntos Sociais, suscitando, ainda que a finalidade era divulgar a venda de imóveis em hasta pública para estimular um número maior de licitantes participantes no leilão.

As empresas, por sua vez, recorreram, indagando quais seriam os encargos impostos aos provedores de busca em casos análogos ao julgado, quando cidadãos pleiteassem que suas informações publicadas em sites de terceiros, relativas a dados pessoais, não fossem mais localizadas, indexadas e disponibilizadas nos resultados de pesquisa. Contudo, para se responder tal questionamento seria preciso uma interpretação à Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, que versa sobre proteção e livre circulação de dados pessoais. Por esse motivo, a Agência suspendeu a demanda e submeteu a questão ao Tribunal da União Europeia.

O advogado-geral Niilo Jääskinen, do TJUE, em seu parecer defendeu o não acolhimento da pretensão autoral, já que, segundo o advogado, não há como se extrair da Diretiva 95/46/CE ou de qualquer outra normativa o reconhecimento do direito de deletar dados na internet. Para Niilo, as empresas que ofertam esse serviço não podem ser responsabilizadas pelas buscas realizadas por usuários, não se podendo obrigá-las a excluir determinadas páginas de resultados. Assim, aceitar isso seria prejudicial para as empresas: “o prestador de serviços teria de abandonar a sua função intermediária entre o utilizador e o editor e assumir a responsabilidade pelo conteúdo das páginas-fonte, e, se necessário,

censurar o conteúdo, impedindo ou limitando o respectivo acesso”, o que implicaria em perigosa ingerência ao conteúdo privado publicado pelos sites (JÄÄSKINEN, 2014, p. 21).

Em atenção ao caso salientou, ainda, que os direitos a deletar e bloquear dados regulados na Diretiva 95/46/CE não requerem necessariamente a existência de “um direito de se dirigir diretamente aos motores de pesquisa para impedir a indexação de informações referente à sua pessoa, legalmente publicada em páginas web de terceiros” (JÄÄSKINEN, 2014, p. 25).

Em que pese o parecer contrário do advogado-geral, a resposta do tribunal fundamentou-se na Diretiva 95/46/EC, cujos artigos 12.º, alínea “b”, e 14.º, parágrafo primeiro, alínea “a”, inerentes ao direito de retificação, apagamento ou o bloqueio dos dados, e ao direito de oposição, respectivamente, receberam a seguinte interpretação:

(...) o operador de um motor de busca é obrigado a suprimir da lista de resultados, exibida na sequência de uma pesquisa efetuada a partir do nome de uma pessoa, as ligações a outras páginas web publicadas por terceiros e que contenham informações sobre essa pessoa, também na hipótese de esse nome ou de essas informações não serem prévia ou simultaneamente apagadas dessas páginas web, isto, se for caso disso, mesmo quando a sua publicação nas referidas páginas seja, em si mesma, lícita. (...) importa designadamente examinar se a pessoa em causa tem o direito de que a informação em questão sobre a sua pessoa deixe de ser associada ao seu nome através de uma lista de resultados exibida na sequência de uma pesquisa efetuada a partir do seu nome, sem que, todavia, a constatação desse direito pressuponha que a inclusão dessa informação nessa lista causa prejuízo a essa pessoa. Na medida em que esta pode, tendo em conta os seus direitos fundamentais nos termos dos artigos 7.º e 8.º da Carta, requerer que a informação em questão deixe de estar à disposição do grande público devido à sua inclusão nessa lista de resultados, esses direitos prevalecem, em princípio, não só sobre o interesse econômico do operador do motor de busca mas também sobre o interesse desse público em aceder à informação numa pesquisa sobre o nome dessa pessoa. No entanto, não será esse o caso se se afigurar que, por razões especiais como, por exemplo, o papel desempenhado por essa pessoa na vida pública, a ingerência nos seus direitos fundamentais é justificada pelo interesse preponderante do referido público em ter acesso à informação em questão, em virtude dessa inclusão.

Concluiu-se que a atribuição aos provedores de busca cibernética busca que esses tomem decisões em relação aos pedidos de apagamento de dados. Isso porque, de acordo com Carlos Affonso Pereira de Souza e Ronaldo Lemos (2017, p. 33), a decisão em verdade aborda a desindexação de conteúdo, o que não se confunde com um direito ao esquecimento, haja vista que “[a decisão] não garante o ‘esquecimento’ ou a remoção integral da notícia do fato ocorrido ou do conteúdo disponibilizado”, mesmo porque “o conteúdo questionado

continuará acessível nas páginas originais onde foi disponibilizado, sendo possível, inclusive, encontrá-lo por meio de outros provedores de busca” (SOUZA; LEMOS, 2017, p. 33).

As empresas, por sua vez, recorreram, indagando quais seriam os encargos impostos aos provedores de busca em casos análogos ao julgado, quando cidadãos pleiteassem que suas informações publicadas em sites de terceiros, relativas a dados pessoais, não fossem mais localizadas, indexadas e disponibilizadas nos resultados de pesquisa. Contudo, para se responder tal questionamento, seria preciso uma interpretação à Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho²³, que versa sobre proteção e livre circulação de dados pessoais. Por esse motivo, a Agência suspendeu a demanda e submeteu a questão ao Tribunal da União Europeia.

Assim, a questão foi levada ao Tribunal com as seguintes indagações: se a interpretação dada aos artigos 12º, alínea b) e artigo 14º, parágrafo primeiro e alínea a) da Diretiva 95/46 permitiria o Direito ao Esquecimento, que se respalda na obrigação de desindexar dos índices de pesquisa determinados links retornados de uma busca realizada no nome da pessoa. As empresas argumentaram que haveria uma significativa desproporcionalidade, pois, a responsabilidade da publicação é de quem dispõe da informação em seu site, além de violar os direitos fundamentais dos usuários, dos editores de páginas web e do próprio provedor de busca da Internet.

Ato contínuo, o Tribunal sustentou que o artigo 1º e 10º da Diretiva 95/46 objetiva assegurar um “nível elevado de proteção das liberdades e dos direitos fundamentais das pessoas singulares, nomeadamente, da sua vida privada, no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais”. Sendo assim, todas as demais disposições da referida Diretiva contemplam as obrigações exigidas aos responsáveis pelo tratamento de dados pessoais. Por outro lado, as pessoas possuem direito à acesso desses dados, de modo que há a possibilidade de requerer que suas informações pessoais sejam apagadas quando estiverem incompletas e, em algumas situações, podem se opor ao seu tratamento.

²³ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX%3A31995L0046> (Italiano - Itália)

O Tribunal entendeu que o tratamento de dados, como aquele realizado no caso, acometeria o direito fundamental à privacidade e à proteção dos dados pessoais, expondo o indivíduo a diversos aspectos da sua vida privada e que, sem o referido provedor de busca, não poderiam ou só muito dificilmente poderiam ter sido relacionadas. A função dos provedores de busca de indexarem várias informações, anteriormente desconectadas, capazes de produzir um perfil dos indivíduos, foi determinante para separar a análise do caso em relação às empresas e ao jornal (KELLER, 2017, p. 23). Dessa forma, o TJUE afirmou que, em razão da facilidade de acesso às informações contidas na internet, o “efeito de ingerência” nos direitos fundamentais do indivíduo seria maior.

O Tribunal manteve sua posição de onerar os intermediários a desindexarem tais informações, embora as empresas tenham argumentado que não seriam responsáveis pelo controle, filtro e discriminação das informações dispostas na internet, pois essas seriam funções exercidas pelos editores dos sites, verdadeiros responsáveis pela publicação. Dessa maneira, os provedores de busca, para garantir a proteção dos direitos fundamentais previstos na Diretiva, e satisfeitas as condições, são:

obrigado[s] a suprimir da lista de resultados, exibida na sequência de uma pesquisa efetuada a partir do nome de uma pessoa, as ligações a outras páginas web publicadas por terceiros e que contenham informações sobre essa pessoa, também na hipótese de esse nome ou de essas informações não serem prévia ou simultaneamente apagadas dessas páginas web, isto, se for caso disso, mesmo quando a sua publicação nas referidas páginas seja, em si mesma, lícita (Opinião do Tribunal, parágrafo 88).

Esse método utilizado no julgado foi chamado de “direito ao esquecimento” e na decisão percebe-se que a preocupação do TJUE é que a Internet propicia a exposição das informações, principalmente pela atividade desenvolvida pelos provedores de busca, que retorna dados descontextualizados, criando uma “identidade virtual”. Ao analisarem a referida decisão, Carlos Affonso Souza e Ronaldo Lemos frisam que “resta claro, portanto, que não há que se falar em remoção de conteúdo da rede mundial de computadores, mas tão somente em não exibição nos resultados do provedor de busca” (SOUZA; LEMOS, 2016, p. 126).

Frise-se que o Tribunal visou garantir ao cidadão a possibilidade de exercer algum tipo de controle em relação às suas informações pessoais disponibilizadas na internet com o intuito de garantir a proteção dos direitos à privacidade e à proteção de dados pessoais dos

cidadãos (artigos 7º e 8º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia). Entretanto, em relação às pessoas públicas, esta possibilidade não seria legítima, tendo em vista que, segundo o Tribunal, a ingerência nos seus direitos fundamentais [torna-se] justificada pelo interesse preponderante do referido público em ter acesso à informação em questão em virtude dessa inclusão.

O Tribunal concedeu o direito ao esquecimento, alegando que a notícia em questão não necessitava de proteção e por isso deveria ser suprimida da página em que se encontrava e dos mecanismos de pesquisa do Google. Por esse motivo, o direito de ser esquecido ficou conhecido também pelo direito a não indexação.

Por fim, o embasamento legal para o Direito ao Esquecimento da forma como compreendida pelo Tribunal foi a proteção dos direitos à vida privada e aos dados pessoais, prevista pelos artigos 7º e 8º da Carta, reproduzidos na Diretiva. O argumento para responsabilizar os provedores de busca a retirarem informações do seu resultado de pesquisa parte do pressuposto de que (i) estas empresas realizam o tratamento de dados pessoais ao indexarem os resultados em suas chaves de pesquisa, por isso a Diretiva 95/46 deveria ser aplicada ao caso concreto, e (ii) as informações retornadas e indexadas pelos provedores exibem informações que contêm dados pessoais, logo os titulares de tais dados têm o direito de retirar seu consentimento para o contínuo tratamento de suas informações por parte dos provedores de busca da Internet.

4.2 Caso X - Recurso Especial nº 1.316.921/RJ

Em junho de 2012 foi julgado no STJ um caso de uma apresentadora brasileira por meio do Recurso Especial nº 1.316.921/RJ²⁴. O pleito foi de grande importância para o regime de responsabilidade subjetiva dos provedores de pesquisa na medida em que não há nenhuma espécie regulatória sobre o assunto.

²⁴ STJ, Recurso Especial no 1.316.921/RJ, 3ª Turma, sob a relatoria do Min. Nancy Andrighi, j. em 26 jun..2012.

A apresentadora moveu a ação originária em face do Google porque quando se digitava no resultado de busca do provedor o nome da apresentadora e a palavra “pedófila”, surgia diversos resultados que a associavam à alegada prática criminosa com fotos e vídeos seus. Tal pretensão da artista teve como fundamento o fato de que na década de 80 a apresentadora foi protagonista de um filme adulto, onde aparecia em cenas íntimas com um menor de idade. Diante disso, após tornar-se apresentadora de programas infantis, a artista resolveu propor a ação judicial, alegando incompatibilidade entre sua imagem no passado e sua imagem atual.

A demanda foi deferida liminarmente em primeiro grau e depois confirmada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro para excluir dos links que eventualmente aparecessem as imagens indicadas pela artista em sede de inicial no prazo de 48 horas, sob pena de multa cominatória de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) por cada resultado positivo liberado. A ré impugnou essa decisão por meio de agravo de instrumento.

Em sede recursal, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro deu provimento parcial ao agravo, limitando a liminar somente às imagens expressamente mencionadas pela recorrida/agravada, contudo sem a retirada dos links na exposição dos resultados de busca.

Insatisfeita, a ré interpôs recurso especial, argumentando ofensa aos art. 536, § 1.º e art. 537, § 1.º do Código de Processo Civil e 248 do Código Civil, requerendo que fosse estabelecido os limites da responsabilidade dos provedores de pesquisa pelo conteúdo produzido pelos internautas.

A Relatora do Recurso analisou a responsabilidade da Google. Por primeiro, afirmou que o tema em questão é atual e de extraordinária importância, tendo em vista a sociedade contemporânea possuir uma dependência em relação à Internet. Ainda, reconheceu a impossibilidade de conhecer toda variedade de conteúdo das inúmeras páginas da web e por isso verifica-se a importância da existência e utilização das ferramentas de pesquisa dos sites de busca. Nesse ambiente virtual, frise-se também a importância da Internet como meio de consagração dos direitos comunicativos, caracterizadores da atual sociedade digital.

Nesse prisma, foi reconhecida a relação de consumo (Lei 8.078/1990) entre internauta e provedor, bem como a aplicação dos requisitos de um negócio jurídico tradicional, mesmo

que não houvesse onerosidade no serviço prestado, já que o Google faria uso dos dados dos usuários para determinar a publicidade e preferências na ordem de listagem dos resultados de busca. Conforme entendimento do Tribunal os provedores de pesquisa “não incluem, hospedam, organizam ou de qualquer forma gerenciam as páginas virtuais indicadas nos resultados disponibilizados” (STJ, 2012, p. 10).

Dessa forma, os provedores de pesquisa tiveram o seguinte conceito: “Os provedores de pesquisa realizam suas buscas dentro de um universo virtual, cujo acesso é público e irrestrito, ou seja, seu papel se restringe à identificação de páginas na web onde determinado dado ou informação, ainda que ilícito, estão sendo livremente veiculados. 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 públicas e compõem a rede mundial de computadores e, por isso, aparecem no resultado dos sites de pesquisa” (STJ, 2012, p. 13).

Sustentou, ainda, que seria insustentável a imposição de critérios objetivos de restrição às pesquisas, pois é plenamente possível que o ser humano encontre maneiras de burlar as restrições de busca, bem como isso pode proporcionar a ação de hackers no sentido de promover a difusão dos dados que se busca restringir. Além disso, acertadamente ponderou que a eventual restrição não atingiria os provedores de pesquisa situados em outros países, podendo fazer as mesmas pesquisas e obter resultados parecidos.

Argumentou também que essa censura coibiria o direito à informação, já que a restrição para a busca de qualquer palavra ou expressão vedada atrapalharia o acesso a todo o conteúdo relacionado, independentemente de ser lícito ou não. Para ilustrar melhor, disse que no pedido da recorrida em obstar que o serviço da recorrente indique resultados de pesquisa com o termo “pedofilia”, isso impediria o acesso de conteúdos lícitos, como reportagens, sobre o tema, bem como a entrevista da recorrida sobre pedofilia.

Isto posto, foi rejeitada a teoria da responsabilidade objetiva dos provedores e a teoria do risco da atividade prevista no artigo 927 do Código Civil, já que considerou-se ilegítima da responsabilização dos provedores pelo conteúdo que se encontrasse na lista de resultado de busca.

Dessa forma, houve o entendimento de que não compete ao provedor de busca o controle na identificação de conteúdos ilegais ou que possivelmente ofendam a honra de determinada pessoa, vez que é impossível fazer uma análise subjetiva por meio de uma máquina, ou seja, com o computador. Nesse prisma, o internauta ofendido deveria contactar a página que postou o conteúdo e requerer sua exclusão, de modo a garantir que não haja mais aquela informação em uma posterior pesquisa. Contudo, foi reconhecido que os sistemas dos provedores, seriam aptos a cumprir com comandos objetivos como o requerido pela apresentadora, ou seja, para que não obtivesse qualquer resultado que utilizasse como busca o termo “pedófila”.

Em relação à supressão do conteúdo previamente identificado pelo requerente, o STJ definiu que (i) a restrição só deverá ocorrer caso haja uma ordem judicial e (ii) o requerente deverá identificar os links das páginas consideradas ofensivas ou que possuem conteúdo ilegal. Considerando a possibilidade de que a vítima consiga obter estas informações, o STJ entendeu que ela careceria de interesse de agir contra o provedor de pesquisa, pois seria possível que a mesma direcionasse sua pretensão ao ofensor, tornando, portanto, mais efetivo seu desejo de que determinado conteúdo não fosse mais disponibilizado na internet.

Conclui-se o seguinte sobre os provedores de pesquisa: (i) não são responsáveis pelo conteúdo gerado por terceiros, (ii) não podem ser obrigados a exercer um controle prévio do conteúdo que retornará no resultado de uma pesquisa feita por um usuário da internet, e (iii) não podem ser obrigados a retirar qualquer resultado de uma busca feita a partir de determinado texto ou expressão, mesmo quando for indicado o link de onde o conteúdo encontra-se inserido.

Nesse cenário, a apresentadora ajuizou uma reclamação perante o Supremo Tribunal Federal²⁵, que foi levada ao plenário da Segunda Turma por meio de agravo regimental, alegando que o referido recurso especial teria desrespeitado a súmula vinculante 10. Todavia, o referido agravo foi desprovido.

²⁵ STF, Agravo Regimental na Reclamação no 15.955, 2ª Turma, sob a relatoria do Ministro Celso de Mello, j. em 15 set. 2015.

Importante salientar que esse entendimento em relação aos provedores de pesquisa tem sido mantido pelo STJ até o momento, e é recorrentemente citado e seguido pela Corte. Não obstante, é imperioso ressaltar que no caso em questão, o Supremo Tribunal deixou de aprofundar a tese do direito ao esquecimento, demonstrando posicionamento drasticamente contrário ao apresentado por julgados do direito estrangeiro, que reconhecem esse direito na Internet.

4.3 Caso Y e Z - Recurso Especial nº 1.334.097/RJ e 1.335.153/RJ - análise combinada

A análise a seguir será de dois casos por serem oriundos de um mesmo contexto: um programa sensacionalista e que gerou bastante repercussão na época. Ambos são de grande importância por serem os primeiros casos brasileiros que alcançaram o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e que utilizaram a expressão “direito ao esquecimento”.

Imperioso destacar que o caso Y tem uma peculiaridade, qual seja, o desejo dos parentes da vítima e não do acusado, por despertar sentimentos angustiantes em relação ao crime. Ainda, é relevante mencionar que ao procurar material para a presente pesquisa, foi possível achar os episódios citados no “Youtube”, apesar de terem sido transmitidos há anos na televisão brasileira, o que evidencia a importância de se falar sobre o tema, já que está disponível para acesso em um clique.

Os Recursos Especiais foram os de nº 1.334.097/RJ²⁶ e 1.335.153/RJ²⁷ e o Ministro Relator dos recursos, Luís Felipe Salomão e tiveram resultados de julgamento diferentes. Todavia, ambos se encontram pendentes de análise pelo Supremo Tribunal Federal, tendo sido reconhecida a repercussão geral sobre o tema no caso Y²⁸.

O caso Y foi ajuizado em face de um programa de TV em que ofereceu um convite ao autor para uma reconstrução do episódio ocorrido em 1993 na cidade do Rio de Janeiro já que o mesmo havia sido indiciado como coautor/partícipe do referido episódio. Contudo, o

²⁶ STJ, Recurso Especial no 1.334.097/RJ, 4ª Turma, sob a relatoria do Min. Luís Felipe Salomão, j. em 25 mai. 2013.

²⁷ STJ, Recurso Especial no 1.335.153/RJ, 4ª Turma, sob a relatoria do Min. Luís Felipe Salomão, j. em 25 mar. 2013.

²⁸ STF, Recurso Extraordinário, nº 1.010.606, sob a relatoria do Min. Dias Toffoli.

caso foi a Júri e ocorreu a absolvição, por unanimidade, pelo Conselho de Segurança, que negou que o autor fosse autor do fato criminoso. Porém, apesar do autor não ter concordado em participar do programa, o mesmo foi transmitido, sendo feita menção ao seu nome, e indicado que ele havia sido absolvido.

Em razão da menção ao seu nome e conseqüente exposição de sua imagem, além da ausência de consentimento para a veiculação televisiva, o autor ajuizou a demanda contra o programa de TV, tendo como causa de pedir o uso não consentido de sua imagem. Ainda, requereu indenização a título de danos morais. O autor instruiu sua inicial com o argumento de que a veiculação em rede nacional daquele episódio levaria ao público um fato que já havia sido superado por ele, reativando na sociedade onde residia “a imagem de chacinador e o ódio social, ferindo, assim, seu direito à paz, anonimato e privacidade pessoal” (STJ, 2013a, p. 6). Além de ressurgir sentimentos ruins, informa que a lembrança dificultou sua procura por emprego, tendo sido obrigado a abandonar o local onde morava por ser visto como um assassino pelos vizinhos.

No primeiro grau, o juiz expôs dois pontos controvertidos em questão: (i) se existe uma obrigação de a mídia requisitar o consentimento para exibir imagens de indivíduos envolvidos em episódios relevantes na história nacional, e (ii) extrair do corolário da proteção à privacidade o direito ao anonimato. Pelas informações serem verdadeiras, se entendeu que a rede televisiva não agiu de má-fé e, dessa maneira, não cometeu ato ilícito, além de ter sido reconhecido o interesse público na exposição do desastroso inquérito policial que seguiu a investigação.

Por fim, entendeu-se que a caracterização do anonimato “como uma das vertentes da personalidade protegida pela privacidade/intimidade”, concluindo-se que “o direito ao anonimato e ao esquecimento, em questões traumáticas à sociedade é mitigado, já que é impossível contar a história sem os dados elementares”. Desse modo, o direito à informação foi considerado como exercido de forma regular, não se vislumbrando a necessidade de reparação, razão pela qual se chegou a improcedência do pedido do autor.

Irresignado com tal decisão, o autor apelou visando reverter tal decisão, o que de fato aconteceu. Nesse momento processual houve a colocação da expressão “direito ao

esquecimento” pelo Relator, quando o mesmo apresentou o caso alemão já aqui citado (Lebach I), e o caso americano da ex-prostituta Melvin, a fim de justificar o que é defendido nesta monografia, de que determinadas histórias podem ser contadas sem que haja a necessidade de citar todos os personagens envolvidos. A maioria entendeu emissora de televisão poderia ter omitido o nome do autor, de modo a colocar um pseudônimo em seu lugar, o que preservaria a privacidade “de quem, absolvido, exige o direito, derivado da dignidade da pessoa humana, de ser simplesmente esquecido”. Assim, a sentença foi reformada, para condenar a emissora ao pagamento de indenização de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Na doutrina, Gilmar Mendes tem entendimento no mesmo sentido:

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. (MENDES, 2007. p. 374).

Extrai-se das palavras do doutrinador o reconhecimento do direito ao esquecimento mostrando assim tamanha importância do tema e sua aplicação.

Após, houve interposição de recursos especial e extraordinário, que foram negados no juízo de admissibilidade. Assim, foi interposto agravo, levando o conhecimento da matéria ao STJ e ao STF. No STJ foi indicado que questão tratava da “ausência de contemporaneidade da notícia de fatos passados, a qual, segundo o entendimento do autor, reabriu antigas feridas, já superadas, e reascendeu a desconfiança da sociedade quanto à sua índole (...)” (STJ, 2013a, p. 22). Foi apontado, ainda, que a demanda deveria ser resolvida pela ponderação entre os direitos da personalidade e os direitos à liberdade de expressão e à informação, que seria feita dentro do atual contexto das transformações sociais, culturais e tecnológicas.

A melhor reação a um discurso ou relato considerado problemático é a resposta a ele na esfera pública. Em vez de supressão ou tolhimento, mais discursos, mais versões, mais contraditório. Essa é a praxe saudável de uma sociedade que se governa sob um Estado Democrático de Direito (ITS, 2017b).

Acerca do recurso extraordinário, o Procurador Geral da República, Rodrigo Janot, entendeu que não seria viável limitar os direitos à liberdade de expressão ao reivindicar autorização prévia para publicação de fatos do passado, nem seria viável assumir a existência de direito subjetivo à indenização por tal fato.

Assim como no caso Y, o caso Z não se inicia com um pedido de “direito ao esquecimento”, tendo como fundamento a violação dos direitos da personalidade, em especial, o nome, a história pessoal e a imagem, da vítima e seus familiares. O caso também se assemelha aos julgamentos do *droit à l’oubli*, cabendo destacar que o Ministro Relator ressaltou em seu voto que “o reconhecimento, em tese, de um direito de esquecimento não conduz necessariamente ao dever de indenizar” (STJ, 2013b, p. 41).

O entendimento de Daniel Sarmiento é de que o direito ao esquecimento somente poderia ser admitido no ordenamento no âmbito da proteção de dados pessoais, contanto que os dados que se visem proteger não sejam de interesse público (SARMENTO, 2014, p. 43). Pela capacidade de armazenamento da internet de nossas memórias digitais, há uma enorme coleta dessas informações pessoais que podem ser utilizadas por qualquer empresa. Diante disso, Sarmiento reconhece a importância de “construir instrumentos jurídicos que permitam às pessoas o exercício de algum controle sobre os seus dados pessoais que não ostentem interesse público”. Por fim, o exercício do “direito ao esquecimento” teria guarida neste contexto, e se justificaria em determinadas circunstâncias, limitando-se à possibilidade de não processar e de apagar os dados pessoais (SARMENTO, 2014, p. 45-47).

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho monográfico buscou analisar de forma panorâmica o Direito ao Esquecimento no contexto cibernético, verificando se ele seria, de fato, uma efetiva ferramenta para a defesa dos direitos da personalidade que se encontram ameaçados com o advento das novas tecnologias.

Num primeiro momento, foi realizada uma análise da era digital, de modo a destrinchar as problemáticas trazidas com tantas inovações. Assim, viu-se que a legislação brasileira buscou tutelar com o Marco Civil da Internet, dispondo sobre a responsabilidade civil dos provedores, porém ainda há uma lacuna acerca da eternização das informações e a possibilidade de requerer a exclusão das mesmas.

É notório o avanço da inteligência artificial, já que as máquinas cada vez mais se assemelham ao ser humano, porém o direito - e aqueles que o operam - não pode se esquecer de sua necessidade de se amoldar à realidade fática que o circunda, e que é de mudança constante.

Nessa esteira, analisou-se a aplicação do Direito ao Esquecimento na sociedade digital brasileira e sua fundamentação jurídica, de modo a encontrar a estrutura basilar de sua defesa, qual seja, a proteção dos direitos à intimidade. Ademais, apesar do material escasso, analisou-se as correntes que o entendimento doutrinário traz no que tange esse direito.

Frise-se que a liberdade de expressão é garantida constitucionalmente e de extrema importância para o país, principalmente a função desempenhada pela imprensa na sociedade, ainda mais após o período de censuras em que a população enfrentou durante o período ditatorial.

Não obstante, até mesmo os direitos da personalidade que são tão significativos para a pessoa humana sofrem certas limitações quando entram em colisão com outros direitos fundamentais, sendo assim, a liberdade de expressão também deve ser submetida a limites. Nesse sentido, o foco principal é demonstrar que essas liberdades, em certos casos, não

podem sobrepor a privacidade do indivíduo, deixando livre seu direito de escolha do que expor ou não da sua vida.

Nesse cenário, é necessário avaliar que os direitos fundamentais constitucionais podem ser limitados, fato que não se confunde com censura, sempre com uma maior preocupação com a proteção da dignidade da pessoa humana, direito basilar para o homem. Ressalta-se a necessidade de sempre procurar atualizar os instrumentos protetivos, devido a rápida evolução tecnológica que assiste a difusão de informações.

Contudo, não se pode restringir, a liberdade de expressão, dada sua importância ao modelo democrático que estamos inseridos. Ademais, a mídia e a imprensa possuem a função social, de sustentar o modelo democrático do Estado, além de, servir para o registro de fatos historicamente importantes para a sociedade.

Com a leitura dos precedentes internacionais e nacionais que tratam de tal direito infere-se que não existe na jurisprudência um consenso sobre o seu reconhecimento. Apesar dos tribunais inicialmente admitissem a garantia deste direito, com o passar do tempo, a jurisprudência foi mudando seu entendimento para garantir uma maior proteção da liberdade de expressão e do direito à informação, do que ao direito à privacidade dos indivíduos.

Por se tratar de um tema delicado, viu-se que para gerenciar os casos difíceis, deve-se recorrer à técnica da ponderação, a fim de tentar equilibrar os interesses em jogo, tanto do que publica a informação quanto do que pleiteia o esquecimento.

Sendo assim, concluiu-se ser possível a aplicação do direito ao esquecimento na era digital para proteger a memória individual das pessoas, considerando-se um direito de personalidade amparado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, conforme a previsão do Enunciado 531 do CJF e sendo executado conforme o princípio da ponderação no qual prevalecerá a garantia que tiver maior relevância na análise do caso concreto.

Por fim, o tema do presente trabalho se mostra relevante, levando em consideração a evolução tecnológica trazida pela internet na vida das pessoas, as quais tem vivido predominantemente em ambiente virtual. Dessa forma, faz-se necessário o esclarecimento do

tema para que os indivíduos consigam tomar as medidas cabíveis quando tiverem dados de sua vida particular expostos na internet de forma que sua intimidade seja resguardada do conhecimento de outrem. Assim, serve de base teórica para que outros pesquisadores venham abordar o tema, uma vez que esse direito não possui uma legislação específica no ordenamento brasileiro.

REFERÊNCIAS

Jurisprudência

BRASIL. Lei nº 12.965 de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 22 abr. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em: 03 mar. 2018.

STJ, Recurso Especial no 1.334.097/RJ, 4a Turma, sob a relatoria do Min. Luís Felipe Salomão, j. em 25.05.2013a.

STJ, Recurso Especial no 1.335.153/RJ, 4a Turma, sob a relatoria do Min. Luís Felipe Salomão, j. em 25.03.2013b.

Artigos, livros e periódicos

ANDRIGHI, Fátima Nancy. **A responsabilidade civil dos provedores de pesquisa via internet**. Rev. TST, Brasília, vol. 78, nº 3, p. 65. jul/set 2012.

AQUINO, Nick Richard Freitas. **Antinomia jurídica entre o Marco Civil da Internet e o Código de Defesa do Consumidor em matéria de Responsabilidade Civil dos Provedores de Aplicações de Internet**. Jusbrasil. 2016.

BAUMAN, Zygmunt. **Danos colaterais: desigualdades sociais numa era global**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, p. 108. 2013.

BERNAL, Paul A., **A Right to Delete? [S.I.]**: European Journal of Law and Technology, v. 2, n. 2, 2011.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. ed. 2. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

CAMPOS, Francisco Rogério Moreira; TAVARES, Bruno de Pinheiro. **Responsabilidade Civil dos provedores**. Instituto de Referência em Internet e Sociedade, 2016.

CARDOSO, Mateus Queiroz; PIMENTEL, Alexandre Freire. **A regulamentação do direito ao esquecimento na lei do Marco Civil da Internet e a problemática da responsabilidade civil dos provedores**. Rev. AJURIS, v. 42, n. 137, 2015.

DEZ dilemas sobre o chamado Direito ao Esquecimento. **Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro (ITS)**. Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <<https://itsrio.org/wpcontent/uploads/2017/06/ITS-Rio-Audiencia-Publica-STF-Direito-ao-Esquecimento-Versao-Publica-1.pdf>> . Acesso em: 15 set 2019.

DIREITO ao esquecimento. **Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro (ITS)**. Manifestação como amicus curiae no Recurso Extraordinário n. 1.010.606. Rio de Janeiro, 2016. Disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/amicus-curiaeinstituto-tecnologia.pdf>> . Acesso em: 15 set 2019.

DOURADO, Maria de Fatima Abreu Marques. **Fundamentos do direito à intimidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, p.36. 2008.

FELLNER, Robert. **The Right to be Forgotten in the European Human Rights Regime**. Grin Verlag GmbH, p. 2. 2014.

FRAJHOF, Isabella Zalberg. **O Direito ao Esquecimento na Internet**. Rio de Janeiro: Almedina, 2019.

GUERRA, Sidney Cesar Silva. **A liberdade de imprensa e o direito à imagem**. ed. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

JÄÄSKINEN, Niilo. **Conclusões do Advogado Geral da União Europeia**. Processo C131/12 apresentado em 25 de junho de 2013.

MARTINEZ, Pablo Dominguez. **Direito ao esquecimento: A proteção da memória individual na sociedade de informação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 233. 2014.

MARTINS NETO, João dos Passos. **Fundamentos da liberdade de expressão**. Florianópolis: Insular, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires Branco; GONET Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. ed. 6. São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, p. 128. 2002.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Honra, liberdade de expressão e ponderação**. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 2, n. 2, abr.-jun./2013.

MUNIZ, Mariana. **A terceira onda de interpretação do Marco Civil no STJ**. JOTA. Disponível em < <https://jota.info/justica/a-terceira-onda-de-interpretacao-do-marco-civil-no-stj-17072017>>, 2017.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1994.

ROHRMANN, Carlos Alberto. **Curso de Direito Virtual**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2005.

ROSEN, Jeffrey. The Web Means the End of Forgetting. **The New York Times**. Disponível em: < <https://www.nytimes.com/2010/07/25/magazine/25privacy-t2.html> > Acesso em: 15 set. 201

SARMENTO, Daniel. **Liberdades Comunicativas e “Direito ao Esquecimento” na**

ordem constitucional brasileira. Migalhas, Rio de Janeiro, 2015.

SILVA, Edson Ferreira da. **Direito à intimidade:** de acordo com a doutrina, o direito comparado, a Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002. 2. ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v. 1:** Lei de Introdução e Parte Geral. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil.** Editora Renovar: Rio de Janeiro, p. 48. 1999.

TERWANGNE, Cécile. **Privacidad en Internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido.** Revista de Internet, derecho y política. Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC, febrero p. 13. 2012.

TRIGUEIRO, Fábio Vinícius Maia. **Direito ao Esquecimento na Sociedade da Informação.** 108f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas/Menção em 48 Direito Constitucional) Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra. Coimbra, 2016.