

**UNIVERSIDADE DO ESTADO DO AMAZONAS
ESCOLA SUPERIOR DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO**

ANDRÉ ABITBOL PINTO

**DIREITO AO ESQUECIMENTO: NOVO DIREITO FUNDAMENTAL
NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO?**

Manaus – AM

2017

ANDRÉ ABITBOL PINTO

DIREITO AO ESQUECIMENTO: NOVO DIREITO FUNDAMENTAL NA
SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO?

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade do Estado do Amazonas, como requisito à obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. MSc. Luziane de Figueiredo Simão Leal

Manaus– AM

2017

Autoriza-se a reprodução do todo ou de partes desse trabalho desde que a fonte seja citada.

Ficha catalográfica
Leila Cristina Soares
Bibliotecária – CRB-11/499

P659d Pinto, André Abitbol.

Direito ao esquecimento: novo direito fundamental na sociedade da informação? / André Abitbol Pinto. – Manaus: [S.n.], 2017.

77f. ; 23cm.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Universidade do Estado do Amazonas, Escola Superior de Ciências Sociais. Curso Bacharelado em Direito, 2017.

Orientadora: Luziane de Figueiredo Simão Leal, Prof. Msc.

1. Direito Constitucional. 2. Direito Civil. 3. Direito ao Esquecimento. 4. Direito à Privacidade. 5. Liberdade de Expressão. I. Leal, Luziane Figueiredo Simão. II. Universidade do Estado do Amazonas. III. Título.

CDU 342.2

**UNIVERSIDADE DO ESTADO DO AMAZONAS
ESCOLA SUPERIOR DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO
TERMO DE APROVAÇÃO**

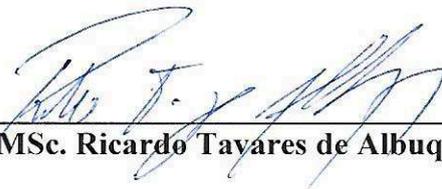
ANDRÉ ABITBOL PINTO

**DIREITO AO ESQUECIMENTO: NOVO DIREITO FUNDAMENTAL NA
SOCIEDADE DE INFORMAÇÃO?**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel no Curso de Graduação em Direito, Escola Superior de Ciências Sociais, Universidade do Estado do Amazonas, pela seguinte banca examinadora:



Orientador (a): MSc. Luziane de Figueiredo Simão Leal



Membro 2: MSc. Ricardo Tayares de Albuquerque



Membro 3: MSc. Tais Batista Fernandes Braga

Manaus, 27 de Novembro de 2017.

*Dedico este trabalho a meus pais, Eliana e Vicente, e a minha irmã Luana,
sempre presentes ao longo desta trajetória*

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por permitir alcançar mais esta etapa em minha vida!

Aos meus pais Eliana e Vicente, sempre presentes ao longo desse caminho, acompanhando com imensurável esforço e dedicação.

À minha irmã Luana, exemplo de conduta e companheirismo, incentivando e apoiando em todos os instantes.

À minha namorada Rayssa, pela força e tranquilidade nos momentos de maior tensão.

À minha orientadora Professora Msc. Luziane de Figueiredo, pelo apoio e compreensão ao longo deste trabalho, sempre esclarecendo dúvidas e indicando o melhor caminho a seguir.

Aos professores e servidores da UEA, que ao longo desta Graduação, contribuíram com ensinamentos e lições que me acompanharão por toda a vida.

A todos os amigos que, de alguma forma, auxiliaram na concretização desse momento.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo realizar uma análise acerca da aplicabilidade do Direito ao Esquecimento no ambiente virtual, a partir do estudo da jurisprudência internacional e brasileira, que abordam o conflito entre a proteção da privacidade e o exercício da liberdade de expressão. Para tanto, inicialmente são apresentados os fundamentos jurídicos do Direito ao Esquecimento, compreendido como um desdobramento, de origem doutrinária, dos Direitos da Personalidade, tendo como objetivo a efetivação da dignidade da pessoa humana. Em seguida, o texto aborda o Direito ao Esquecimento sob a perspectiva da oposição existente entre a pretensão individual de se buscar o esquecimento de uma informação pretérita que causa constrangimento na vida corrente, em detrimento de um direito da sociedade de livre acesso à informação. Por fim, é feita uma investigação quanto a influência da Internet no contexto da Sociedade de Informação, tratando sobre os critérios a serem observados para a resolução de conflitos entre direitos fundamentais envolvidos na aplicação do Direito ao Esquecimento. Finalmente, são verificados os casos considerados paradigmáticos para o tratamento da matéria.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direito Civil. Direito ao Esquecimento. Direito à Privacidade. Liberdade de Expressão.

ABSTRACT

The current article aims to analyze the applicability of the Right to be Forgotten in the virtual environment, based on the study of international and Brazilian jurisprudence, which deal with the conflict between the protection of privacy and the exercise of freedom of speech. For this purpose, initially are going to be presented the legal basis of the Right to be Forgotten, which is understood as an unfolding, of doctrinal origin, of the Rights of the Personality, with the aim of achieving the dignity of the human being. Then, the text is going to address the Right to be Forgotten from the perspective of the opposition between the individual claim to seek the forgetfulness of a past information that causes embarrassment in its actual life, to the detriment of a society's right of free access to information. Finally, an analysis is made on the influence of the Internet in the context of the Information Society, dealing with the criteria to be observed for the resolution of conflicts between fundamental rights involved in the application of the Right to Forgetfulness. Lastly, it will be verified the most considered paradigmatic cases for the treatment of this subject.

Keywords: Constitucional Law. Civil Law. Right to be Forgotten. Right to Privacy. Freedom of Speech.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. BASES TEÓRICAS DO DIREITO AO ESQUECIMENTO	12
1.1. GERAÇÕES OU DIMENSÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	16
1.2. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	19
1.3. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	20
1.4. DIREITOS DA PERSONALIDADE	24
1.4.1. Características	25
1.4.2. Classificação	27
2. DIREITO AO ESQUECIMENTO E O CONTEXTO DA SOCIEDADE DE INFORMAÇÃO	31
2.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS	31
2.2. DIREITO AO ESQUECIMENTO: CONFLITO ENTRE A PRIVACIDADE E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO.....	34
2.2.1. Direito ao Esquecimento sob a ótica da Liberdade de Expressão	38
2.3. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO AO ESQUECIMENTO	42
2.3.1. Tratamento Internacional	42
2.3.2. Tratamento no Brasil	44
2.3.2.1 Caso “Chacina da Candelária”	45
2.3.2.2 Caso “Aida Cury”	48
3. A INFLUÊNCIA DA INTERNET NA SOCIEDADE DE INFORMAÇÃO	51
3.1. REGULAMENTAÇÃO DA INTERNET: GARANTIA DE DIREITOS x RESTRIÇÃO DE LIBERDADE	51
3.1.1. Lei nº 12.965/2014 - Marco Civil da Internet no Brasil	53
3.1.1.1 Histórico	53
3.1.1.2 Princípios do Marco Civil da Internet	55
3.1.1.3 – Responsabilização Civil dos Provedores de Serviço	57
3.2. RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS ENTRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA WEB X DIREITO AO ESQUECIMENTO.....	59
3.2.1. Técnica Decisória da Ponderação	59
3.2.2. Critérios para a Solução de Conflitos entre a Privacidade e a Liberdade de Expressão	60
3.3. ANÁLISE DOS CASOS JURISPRUDENCIAIS.....	63
3.3.1. Precedente da União Europeia	63
3.3.2. Jurisprudência no Brasil	65
3.3.2.1 Caso Cicarelli	65
3.3.2.2 Caso Xuxa - REsp nº 1.316.921/RJ	66
3.3.2.3 REsp nº 1.593.873/SP.....	68

CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	71
REFERÊNCIAS	74

INTRODUÇÃO

As inovações tecnológicas promoveram uma transformação no âmbito das relações humanas. E nesse sentido, nota-se que a concepção de direitos também tem ganhado novos contornos, exigindo que o intérprete adote uma análise distinta, da que, por exemplo, o legislador da Constituição de 1988 concebia quanto aos direitos relacionados a personalidade, por exemplo.

Sob este panorama, o presente estudo objetiva investigar a eventual existência de conflito de direitos fundamentais tais como: o direito de informação e o direito à privacidade, ambos assegurados não apenas pelos normativos constitucionais, mas também, nas cartas e declarações de direitos humanos.

Observa-se que, a informação é um direito de todos e compõe o rol de garantias reunidos no capítulo V, da Constituição Federal de 1988, relativo à Comunicação Social, sendo, portanto, a informação livre e plena, uma vez que sob qualquer forma, processo ou veículo não poderá sofrer restrição, independentemente de licença, vedada a censura. De outro modo, a Constituição também assegura a inviolabilidade do direito à intimidade, à vida privada, a honra e à imagem das pessoas, havendo a responsabilização por quaisquer danos decorrentes dessa violação, sejam eles de ordem material ou moral.

Estabelecidos esses dois direitos fundamentais, observa-se ainda a existência de ingredientes imprescindíveis a nossa análise, enquanto pesquisador. Um dos mais importantes é o interesse público das informações. Investigar até que ponto essas informações extrapolam a esfera pessoal do cidadão e podem, a partir de então, fazer parte do contexto histórico de uma cidade ou de um país, é tarefa das mais desafiadoras, sobretudo, quando se agrega a tudo isso, o contexto da denominada Sociedade da Informação.

É justamente nesse cenário que esta pesquisa transita. Busca-se, então, analisar além dos conceitos relativos aos direitos envolvidos nesse eventual conflito, as discussões e os entendimentos atualmente exarados pelos tribunais superiores no que se refere ao Direito ao Esquecimento.

Tal construção teórica, formulada pela doutrina e jurisprudência, não se trata de um conceito recente, estando sua aplicação originalmente ligada a esfera penal e relacionada com a ideia de possibilitar a ressocialização dos indivíduos que tenham cumprido suas penas por

crimes cometidos no passado ou por aqueles que, embora tivessem sido absolvidos, acabavam por ter seu nome e imagem envolvidos, de alguma forma, com a ocorrência de determinado episódio.

Entretanto, considerando a perspectiva de uma Sociedade de Informação, caracterizada pela exposição permanente de informações, comunicação realizada de forma instantânea e pela capacidade de armazenamento de maneira praticamente ilimitada, o questionamento gira em torno da análise se o reconhecimento do referido direito está inserido nos limites da defesa da privacidade ou se constitui a imposição de uma censura à liberdade de acesso à informação.

Desta forma, adquire grande relevância o estudo pertinente a aplicabilidade de um “direito a ser esquecido” no âmbito da Internet, considerando que o ambiente virtual é um cenário que estabelece com frequência o confronto entre a necessidade de proteção dos direitos da personalidade e o resguardo da liberdade de expressão, tratando-se ambos de direitos fundamentais tutelados pela Carta Magna.

No primeiro capítulo, realiza-se uma apresentação quanto aos fundamentos jurídicos do Direito ao Esquecimento, isto é, as bases teóricas que sustentam a defesa do seu reconhecimento como corolário dos direitos da personalidade e, por consequência, como direito de natureza fundamental, tratando-se de uma decorrência da busca pela concretização da dignidade da pessoa humana.

No segundo capítulo, a pesquisa se atém a um estudo mais aprofundado acerca do Direito ao Esquecimento, abordando seu conteúdo essencial e realizando uma análise sob a ótica do conflito instaurado entre os direitos à privacidade e à liberdade de expressão. Além disso, trata-se da evolução histórica deste direito através de construções doutrinárias e jurisprudenciais, destacando a interpretação conferida pelos tribunais brasileiros quanto a sua compatibilidade com o ordenamento jurídico pátrio.

Por fim, o terceiro capítulo aborda o Direito ao Esquecimento sob a perspectiva da influência desempenhada pela Internet, no contexto das Sociedades de Informação. Para tanto, iremos tratar sobre o desenvolvimento de construções legislativas que buscam estabelecer uma regulamentação ao uso da internet, especialmente com relação às previsões constantes no Marco Civil da Internet.

Posteriormente, apresentaremos os critérios existentes para a resolução dos conflitos verificados entre a liberdade de expressão e o direito à privacidade, sob o ponto de vista do ambiente virtual, afim de possibilitar a análise dos casos concretos, na jurisprudência internacional e brasileira, que guardam relação com a temática.

1. BASES TEÓRICAS DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

A necessidade de se abordar as origens e os motivos que levaram ao advento dos direitos fundamentais é conteúdo essencial para permitir a compreensão do processo de construção dessas garantias, sua evolução e o modo como elas se manifestam na atualidade.

Segundo o entendimento de Silva (2005), as fontes de inspiração para uma ideia a respeito de direitos fundamentais, estão ligadas a conteúdos decorrentes do Cristianismo e do Jusnaturalismo. Todavia, é essencial reconhecer a existência de outros aspectos que contribuíram a esse processo de formação, tal como as doutrinas e concepções filosóficas, aliadas a presença das chamadas condições objetivas e subjetivas, indicando como o contexto histórico da sociedade contribuiu para sua afirmação.

As condições objetivas, também denominadas de reais ou históricas, presentes no período das declarações de direito do século XVIII, estão inseridas em um cenário de oposição existente entre um regime monárquico absolutista e uma sociedade expansionista, ávida pelo controle da atuação estatal e por maior participação política. O marco histórico indicativo desse conflito foi a convocação dos Estados Gerais na França em 1789, traduzindo a derrocada do absolutismo, e consequente fortalecimento da burguesia.

Já quanto às condições subjetivas, chamadas de ideais ou lógicas, estas se desdobram em três aspectos: a primeira, parte de concepção cristã basilar de que a dignidade é inerente a todos os homens, que são moldados à imagem e semelhança de Deus; a segunda, é o pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, tomando a figura do homem como fundamento do poder e do direito; a terceira é a ideologia iluminista, valorizando a defesa das liberdades individuais.

Nesse contexto, Carvelli e Scholl (2011) apontam que o progresso da atividade industrial foi aspecto que implicou em uma grande transformação da dinâmica das relações sociais, de modo a promover o aparecimento de outras condições que também contribuíram ao processo de formação dos direitos fundamentais. Essas condições refletiram no advento de doutrinas sociais, tais como: o Manifesto Comunista e as doutrinas marxistas, a doutrina social da igreja e a defesa de um maior intervencionismo estatal na promoção das políticas públicas.

A produção inglesa, embora não tomada sob a perspectiva das declarações de direito do século XVIII, é farta, através da produção de documentos como a Magna Carta (1215-

1225), *Petition of Rights* (1628), *Agreements of the People* (1647-1649), *Habeas Corpus Amendment Act* (1679) e o *Bill of Rights* (1688).

Dentre esses documentos, a figura da *Petition of Rights* adquire considerável relevância pelo fato de ser a Carta que assegurou vários direitos e liberdades individuais, reconhecendo os aspectos conferidos pela Magna Carta que, apesar de previstos por esta, não eram efetivamente respeitados pelo Estado. Posteriormente, o *Agreements of the People* amplia esse rol de garantias, conferindo liberdades como a de religião e consciência, assegurando a igualdade de todos perante a lei; o *Habeas Corpus Act* representa uma reação contra a prática das prisões arbitrárias, protegendo o direito de liberdade. Por fim, a *Bill of Rights* é a produção que assegurou a soberania popular por intermédio do parlamento, limitando os poderes do monarca.

Os Estados Unidos da América produziram declarações de direitos que constituem marcos históricos no processo de consolidação dos direitos fundamentais. Nesse sentido, Carvelli e Scholl (2011) apresentam que tais documentos se diferenciam da abordagem inglesa pelo fato de que as garantias conferidas a cada indivíduo são reconhecidas como direitos irrevogáveis e inalienáveis, sendo a própria concepção em torno do Estado moldada com a figura do homem como elemento central.

Consoante doutrina de Silva (2005), a Declaração de Virgínia, datada de 1776, é considerada a primeira declaração de direitos fundamentais em sentido moderno, caracterizando-se por conceber um sistema democrático de governo, regulando a atuação conferida ao Estado e prevendo garantias consideradas inatas ao homem, tais quais os direitos à vida, liberdade e de propriedade.

Posteriormente, a Declaração Norte-Americana de 1791 é considerada uma Carta de Direitos elaborada para complementar o teor da Constituição dos Estados Unidos que havia sido aprovada em 1787, assegurando direitos fundamentais ao homem, por intermédio de previsões constantes nas “Emendas à Constituição”.

Na França, a promulgação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, no ano de 1789, é um símbolo que reflete todo o processo de construção do Estado Liberal durante o Século XVIII, se opondo ao absolutismo, aos privilégios da nobreza, do clero e às relações feudais do campo. Sob esta nova concepção, “o rei deixava de ser soberano por direito próprio e passava a ser delegado da nação.” (BARROSO, 2010, p.41).

Por conseguinte, tal construção normativa tinha o condão de estabelecer um regime que, ao mesmo tempo, que não mais se sujeita aos desmandos de um déspota, assegura uma série de liberdades individuais que abrangem direitos fundamentais até então desconsiderados nas legislações: “O direito à liberdade, (...) o direito à propriedade, o direito à segurança, o direito de resistência à opressão, o direito à liberdade de opinião, o direito à liberdade de expressão, o direito à liberdade de imprensa e o direito à liberdade de religião.” (CARVELLI; SCHOLL, 2011, p.182-183).

Conforme se observa, a evolução dos direitos fundamentais acompanha aspectos de evolução não apenas das relações humanas, mas, sobretudo, econômicas, políticas e sociais. Após a apresentação acerca da evolução histórica dos direitos fundamentais, parte-se agora para o estudo de outros pontos relativos à matéria, abordando a conceituação em torno dos direitos fundamentais, conferindo a sua abrangência e as diversas perspectivas existentes para a sua análise.

Estabelecer uma definição clara sobre a forma com que os direitos fundamentais podem ser entendidos, exige uma prévia investigação pertinente ao uso das expressões “direitos humanos”, “direitos do homem” e “liberdades públicas”, tendo em vista que são terminologias muitas vezes utilizadas como sinônimas, mas que possuem certas distinções a serem pontuadas.

Mendes (2012, p.203) compreende que a afirmação dos direitos fundamentais como núcleo de proteção da dignidade da pessoa aponta para a evolução que o Direito Constitucional alcançou na atualidade. Isto importa justamente em razão da relevância do texto constitucional na positivação das normas capazes de assegurar as pretensões humanas.

Bonavides (2011) explica que os direitos fundamentais visam a criação e manutenção dos pressupostos elementares de uma vida com liberdade e dignidade. Sendo assim, o significado da denominação fundamentais faz referência a “situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive.” (p.560).

Seguindo essa linha de pensamento, Silva (2005, p.178) compreende ainda que a expressão direitos fundamentais se trata da denominação mais correta em comparação às demais, pelo fato de abranger as orientações principiológicas que baseiam a visão do mundo, bem como nortear a ideologia política de um ordenamento jurídico, assegurando prerrogativas e instituições que promovem garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.

O entendimento acerca dos direitos fundamentais passa pela sua caracterização segundo alguns aspectos. Bonavides (2011), aponta a existência de dois critérios formais: a) a constituição dos direitos fundamentais decorre diretamente do seu reconhecimento por meio do que ele denomina de “instrumento constitucional”; b) os direitos fundamentais são aqueles que recebem um tratamento constitucional que assegura maior garantia ou segurança, de modo que são considerados imutáveis ou que, para serem alterados, exigem um procedimento mais rígido de alteração do texto constitucional.

Prossegue ainda o autor, apontando a existência de direitos fundamentais específicos para cada Estado, com variações conforme a “ideologia, a modalidade de Estado, bem como pela espécie de valores e princípios” consagrados constitucionalmente. (p.561).

A expressão “direitos humanos”, muitas vezes utilizada para fazer referência ao mesmo conteúdo essencial dos direitos fundamentais apresenta, contudo, algumas particularidades que necessitam ser traçadas para diferenciar as terminologias.

Inicialmente, recorre-se a Declaração de Viena de 1993, cujo teor de seu art. 5º estabelece que os direitos humanos são “universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados”. Nesse passo, o caráter absoluto dos direitos humanos implica a sua relevância independentemente do contexto em que está inserido, ou seja, por serem garantias que estão relacionadas ao ser humano, não estão restritos às especificidades de caráter político, econômico ou social que cada ordenamento jurídico pode manifestar.

Embora sejam ambos os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira, e diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica àqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que **a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação como determinada ordem constitucional**, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional. (SARLET, 2008, p.31-32). (grifo nosso)

Já os direitos do homem constituem expressão de origem jusnaturalista, com o objetivo de assegurar alguns direitos do indivíduo, em meio a um contexto marcado pelo advento das revoluções liberais na Europa, decorrentes da própria ideia em torno do estado de natureza do homem e não relacionados com a atuação estatal. Nessa linha de raciocínio, segundo BOBBIO (2004, p.12) estabelecer uma definição precisa é tarefa complexa, partindo da premissa de que “os direitos humanos são os que cabem ao homem enquanto homem”.

A análise da conceituação das liberdades públicas está intrinsicamente relacionada a situações objetivas consagradas no ordenamento jurídico, na esfera da positividade. Tais direitos são de âmbito individual, visando a proteção da esfera de autonomia subjetiva do indivíduo. Esse reconhecimento de direitos individuais conferidos representa essencialmente a garantia de proteção diante da atuação estatal.

Consoante doutrina de Silva (2005), tal percepção está relacionada aos chamados direitos ou liberdades civis, tratando do restrito grupo de direitos fundamentais conhecidos como de 1º geração, relativos à vida, igualdade, liberdade, à segurança e à propriedade. Contudo, tal concepção a respeito das liberdades públicas não possui a amplitude inerente aos direitos fundamentais, por não abranger os direitos econômicos e sociais.

Dessa maneira, a existência de diversas denominações em torno do conceito de direitos fundamentais representa a grande variedade de aspectos a serem considerados como definidores de normas basilares, especialmente quanto a sua abrangência e evolução histórica.

Sendo assim, a compreensão acerca dos direitos fundamentais passa pela noção de transnacionalidade e da validade universal dos direitos humanos, traduzindo todo um histórico de evolução na conquista de direitos, visando assegurar as condições mínimas para a vida do indivíduo no meio social, tratando-se de normas jurídicas internacionalizadas em um ordenamento jurídico, tendo a dignidade da pessoa humana como valor supremo a ser assegurado.

1.1 GERAÇÕES OU DIMENSÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para estudar as denominadas gerações ou dimensões de direitos fundamentais, é necessário verificar o processo de construção histórica, cujas etapas apontam para as diferentes maneiras com que o enfoque protetivo foi se modificando ao longo da própria evolução da sociedade e da dinâmica das relações por ela estabelecidas.

A construção desse modelo de gerações de direitos fundamentais foi formulada pelo jurista tcheco Karel Vasak, em conferência ministrada no ano de 1979 no Instituto Internacional de Direito Humanos em Estrasburgo, na França.

A ideologia francesa revolucionária do Século XVIII colaborou muito para a concretização dos direitos fundamentais. Segundo BONAVIDES, “a Revolução Francesa exprimiu em três princípios todo o conteúdo possível dos direitos fundamentais, prevendo inclusive a sequência histórica de sua gradativa institucionalização: liberdade, igualdade e fraternidade.” (2011, p.562).

Os direitos fundamentais de primeira geração compreendem os direitos de liberdade individuais, que se desdobram na garantia dos direitos civis e políticos. Nesse sentido, Barroso (2010) ensina que os direitos individuais delimitam a esfera de proteção das pessoas contra o poder do Estado, enquanto as garantias políticas traduzem os direitos da nacionalidade e os de participação política.

Tal reconhecimento está ligado diretamente com a própria conduta de não interferência dos governantes sobre questões relacionadas a vida pessoal de cada indivíduo, bem como pela aprovação do aspecto universalista da liberdade, sendo de grande importância, pois reflete a extensibilidade dos direitos conferidos a todos os homens, independentemente de atributos pessoais de qualquer ordem.

As liberdades foram as primeiras garantias a serem positivadas nos textos constitucionais, em consonância com o espírito do Estado Liberal prevalecente ao longo do Século XIX, manifestando-se através do reconhecimento das liberdades individuais, de culto, de reunião, domicílio, entre outras.

Os direitos fundamentais de segunda geração refletem o ideal da busca pela igualdade, tratando dos direitos sociais. Para Barroso (2010), estão ligados aos pleitos pertinentes à busca da justiça social envolvendo também os direitos econômicos e culturais, que incluem os direitos trabalhistas e direitos a determinadas prestações positivas do Estado, em áreas como educação, saúde e seguridade social.

Em comparação com a primeira geração, o entendimento quanto ao papel do Estado se alterou, pois, passou-se a exigir uma conduta comissiva do Estado, no sentido de atuar em prol da efetivação dos direitos sociais. Estes direitos foram introduzidos no constitucionalismo de diferentes maneiras ao longo do Século XX, refletindo uma ideologia de reação ao Liberalismo. Como exemplos dessa percepção, estão as ideologias contidas na Constituição do México (1917), na Constituição de Weimar (1919) e do Tratado de Versalhes, que instituiu a Organização Internacional do Trabalho (1919).

Os direitos de terceira geração constituem os direitos coletivos e difusos, também denominados de direitos de solidariedade, abrangendo também a proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os direitos do consumidor. Nesse sentido, consoante Barroso (2010) é notável a transformação quanto a titularidade dos direitos resguardados, passando pelo olhar individual que caracteriza a primeira geração dos direitos individuais para, nessa etapa, ter como sujeito de direitos a própria coletividade de grupos.

Segundo a dicção de Tavares (2012, p.891), “essa categoria de interesses situa-se numa faixa intermediária entre os clássicos direitos individuais, de um lado, e o direito público, de outro. Poder-se-ia denominá-los, igualmente, interesses coletivos *lato sensu*”.

A quarta geração dos direitos fundamentais representam os direitos ligados ao pluralismo, democracia e à informação. Para Bobbio (2004, p.8), são os direitos relacionados à manipulação do patrimônio genético de cada indivíduo.

Já de acordo com a perspectiva de Bonavides (2011), esses direitos estão vinculados a um processo de globalização política, que possui como cerne os direitos fundamentais. Tais direitos atuam de modo a manifestar tanto os direitos de segunda e de terceira geração, como também, refletem a subjetividade dos direitos de primeira geração, pois a efetivação desses direitos ocorre de acordo a relação estabelecida entre eles.

A análise da trajetória percorrida pelos direitos fundamentais ao longo da cada geração não indica que os direitos prevalentemente abordados por uma geração anterior tenham perdido sua relevância. Conforme a doutrina de Mendes (2012, p.207), “a visão dos direitos fundamentais em termos de gerações indica o caráter cumulativo da evolução desses direitos no tempo (...) cada direito de cada geração interage com os das outras, e, nesse processo, dá-se à compreensão. ”.

Portanto, a interpretação a ser realizada é que os novos direitos surgidos se acrescem àqueles já existentes, atuando na sua consolidação ou mesmo, promovendo a evolução do que se entende como Direito ao longo do tempo.

1.2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O estabelecimento de uma definição acerca da dignidade da pessoa humana é uma tarefa de grande complexidade, pelo fato de serem diversos os aspectos a serem considerados para se extrair o entendimento sobre as condições atribuídas a esta conceituação.

Conforme a concepção adotada por Barroso (2010, p.286-287), “a dignidade da pessoa humana é o valor fundamental e o princípio subjacente ao grande mandamento, de origem religiosa, do respeito ao próximo. Todas as pessoas são iguais e têm direito a tratamento igualmente digno.”.

O autor informa ainda a lição kantiana de que “o homem deve constituir um fim em si mesmo, de maneira a não ser reduzido ao papel de um mero instrumento para a consecução de algum interesse eventual, sob a concepção de que as coisas têm preço e as pessoas, tem dignidade.”.

O entendimento de Piovesan (2013) é o de que a dignidade da pessoa humana se manifesta como o núcleo básico e informador do ordenamento jurídico, como elemento de apreciação que conduz o intérprete na compreensão do texto constitucional.

Por sua vez, a compreensão de Sarlet (2006) é a de que a dignidade se trata de uma qualidade intrínseca da pessoa humana, sendo aspecto que caracteriza a sua própria condição de ser humano, tratando-se de atributo integrante e irrenunciável da qualificação do indivíduo. Ainda nessa linha de raciocínio, o autor tratou que a relação estabelecida entre os direitos e garantias fundamentais e a dignidade da pessoa humana se desdobra através do estabelecimento de uma unidade de sentido, bem como o aspecto de que a dignidade é quem confere legitimidade a uma determinada ordem constitucional.

De tal maneira, prossegue o autor tratando que a Constituição constitui um sistema íntegro que confere unidade de sentido aos direitos fundamentais que, por sua vez, possuem a dignidade da pessoa humana como o cerne de sua materialidade, partindo da concepção do homem como “fundamento e fim da sociedade e do Estado”. Quanto ao ponto relativo a aferição da legitimidade de uma ordem constitucional, tal entendimento decorre da perspectiva de que: uma Constituição que não reconheça e consagre a dignidade da pessoa humana, é considerada como inexistente.

A terminologia “dignidade” relativa ao indivíduo foi utilizada no Preâmbulo da Carta das Nações Unidas, proclamada em 1945. Posteriormente, foi a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, proclamada em 1948, que assegurou a todos os homens a igualdade em dignidade e direitos. Outro marco relevante foi a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, datada de 1969, estabelecendo que “toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade”.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 reservou à dignidade da pessoa humana a condição de fundamento do Estado Democrático de Direito (Art.1º, III). Na visão de Tavares (2012), o propósito essencial da inserção do referido princípio no texto constitucional foi elevar a pessoa à condição de fundamento e fim da sociedade, de forma que o Estado tenha como finalidade a preservação da dignidade.

Além disso, assegurar ao ser humano um “mínimo existencial” trata-se de atuação inserida no âmbito protetivo da dignidade da pessoa humana, consistindo em um conjunto de prestações e condições básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute dos direitos em geral. De tal modo, o não atingimento desse mínimo patamar civilizatório implica no reconhecimento de ausência de dignidade.

O elenco de prestações que compõem o mínimo existencial comporta variação conforme a visão subjetiva de quem o elabore, mas parece haver razoável consenso de que inclui, pelo menos: renda mínima, saúde básica e educação fundamental. Há ainda o elemento instrumental, que é o acesso à justiça, indispensável para a exigibilidade e efetivação dos direitos. (BARROSO, 2010, p.289)

Dessa maneira, a consideração desse significado é essencial para compreender que, a dignidade da pessoa humana constitui efetivamente um atributo inerente a todos os homens, constituindo uma condição decorrente do próprio gênero humano. Além disso, tal aspecto obriga os Estados a atuarem no sentido de possibilitar a vida com dignidade.

1.3 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A construção teórica de um Estado de Direito surgiu na segunda metade do XIX na Alemanha, com posterior inclusão pela doutrina francesa, sob a concepção de se instituir um sistema jurídico capaz de limitar o poder do Estado através do Direito.

De acordo com Streck e Morais (2003), a referida concepção decorre da sujeição do Estado a um regime de direito, de maneira que a ação estatal é regulada e autorizada pela ordem jurídica, bem como os indivíduos são detentores de mecanismos para reagir diante de uma conduta violadora por parte do Estado.

A configuração do Estado de Direito pode ocorrer a partir das concepções de Estado Liberal de Direito, Estado Social de Direito e Estado Democrático de Direito, variando conforme o conteúdo essencial de cada um.

Primeiramente, a concepção acerca do Estado Liberal compreende que a Constituição deve assegurar as liberdades individuais, impondo ao Estado uma conduta negativa, de modo a não interferir na ordem econômica e social. Além disso, a lei é tomada como ordem geral e abstrata, com o estabelecimento de uma sanção diante da hipótese de descumprimento da norma.

Sob essa ótica, Streck e Morais (2003) informam que o Estado Liberal não constitui meramente um Estado Legal, pois a análise do conteúdo da norma adquire relevância para o Direito, devendo refletir a ideologia liberal através do princípio da legalidade, divisão de poderes e da garantia dos direitos individuais, assegurando a soberania estatal à lei, por isso apontam quatro características imprescindíveis ao Estado Liberal.

A – Separação entre Estado e Sociedade Civil mediada pelo Direito, este visto como ideal de justiça.

B – A garantia das liberdades individuais; os direitos do homem aparecendo como mediadores das relações entre os indivíduos e o Estado

C – A democracia surge vinculada ao ideário da soberania na nação produzido pela Revolução Francesa, implicando a aceitação da origem consensual do Estado, o que aponta para a ideia de representação, posteriormente matizada por mecanismos de democracia semidireta – referendun e plebiscito – bem como, pela imposição de um controle hierárquico da produção legislativa através do controle de constitucionalidade.

D- O Estado tem um papel reduzido, apresentando-se como Estado Mínimo, assegurando, assim, a liberdade de atuação dos indivíduos. (STRECK; MORAIS, 2003, p.90).

A segunda concepção existente é a do Estado Social, cujo surgimento representou uma reação diante de um cenário de grande injustiça social caracterizado pelo individualismo, liberdade e igualdade absoluta provocados pelo Estado Liberal, levando ao surgimento de movimentos sociais ao longo do Século XIX. Tal reação compreendeu que o Estado deveria ter uma conduta positiva, no sentido de empreender ações para efetivar medidas em benefício da coletividade.

Por fim, os autores ainda apontam que há uma clara diferenciação quanto ao papel assumido pela lei no Estado Social em comparação ao Estado Liberal. Enquanto neste a norma constitui uma ordem geral e abstrata, para aquele, a lei constitui um instrumento de ação concreta do Estado, aparecendo como mecanismo de facilitação de benefícios.

(...) o Estado de Direito, que já não poderia justificar-se como liberal, necessitou, para enfrentar a maré social, despojar-se de sua neutralidade, integrar em seu seio, a sociedade, sem renunciar ao primado do Direito. O Estado de Direito, na atualidade, deixou de ser formal, neutro, individualista, para transformar-se em Estado material de Direito, enquanto adota uma dogmática e pretende realizar a justiça social. (SILVA, 2005, p.115).

Ainda conforme Silva, o Estado Social tem o propósito de “compatibilizar, em um mesmo sistema (...) o capitalismo, como forma de produção, e a consecução do bem-estar social geral, servindo de base ao neocapitalismo típico do *Welfare State*. ” (2005, p.115).

Seguindo essa orientação, Siqueira Júnior (2006) enumera como atributos que distinguem o modelo de Estado Social das outras concepções estatais existentes, os seguintes aspectos: a) A supremacia do texto constitucional; b) A separação dos poderes; c) a observância do mandamento da legalidade; d) a previsão expressa de proteção dos direitos individuais e sociais; e) concepção de um sistema democrático fundado na ideia de participação política; f) conduta comissiva do Estado com o intuito de promover a implementação do Estado Social.

Dessa forma, independentemente da concepção adotada, o Estado de Direito é, basilarmente, aquele que está subordinado ao Direito e limita a atuação do Estado, de modo que sua atuação é regada pelo primado da lei, seja tratando a respeito da garantia dos direitos individuais, bem como pela efetivação das políticas públicas para o alcance da justiça social.

Diante desse contexto, a orientação adotada pelo Estado de Direito não significa que o mesmo se trata de um Estado Democrático. Acima de tudo, o grande elemento diferenciador deste para as demais concepções existentes, é a participação do povo no exercício do poder político, através do princípio da soberania popular.

O Estado Democrático de Direito reúne os princípios do Estado Democrático e do Estado do Direito sem, no entanto, constituir uma mera reunião desses conceitos, mas implicando na formulação de um novo significado. Almeja promover a compatibilização entre aspectos pertinentes ao Estado Liberal e ao Estado Social, ressaltando o atributo que a participação popular no contexto das decisões políticas adquire grande relevância.

Embora o Estado Democrático de Direito permaneça vinculado ao aspecto da legalidade, considerando a própria primazia da lei que caracteriza um Estado de Direito, ocorre que a busca pela efetivação da igualdade torna-se elemento de grande relevância para nortear a atuação estatal.

A disposição expressa na Constituição Federal de 1988, em seu art.1º, informa que a República Federativa do Brasil se trata de um Estado Democrático de Direito. Tal proclamação permite inferir que a expressão “democrático” trata-se de um atributo do Estado, pois os valores democráticos não estão limitados à ordem jurídica, mas sim a todos os elementos constitutivos do Estado.

Nessa linha de entendimento, a doutrina de Silva (2005) compreende que o papel assumido pela lei é traduzir uma manifestação própria do texto constitucional, de maneira a refletir na sociedade um papel transformador das mudanças sociais democráticas, assim como a garantia de valores já existentes, através de uma função conservadora.

Segundo Streck e Morais (2006), o caráter democrático assumido pelo Estado de Direito representa uma transformação quanto à própria concepção da lei inserida na ordem jurídica, tendo em vista que, na ideologia liberal e social, o que se verificava era uma adaptação da norma à ordem jurídica vigente, enquanto que a democrática promove uma verdadeira transformação do *status quo*, de modo que a lei constitui um mecanismo de mudança da ordem jurídica, com a finalidade de reestruturar as relações sociais. Desta forma, apontam oito princípios inerentes a concepção do Estado Democrático de Direito.

A – Constitucionalidade: vinculação do Estado Democrático de Direito a uma Constituição como instrumento básico de garantia jurídica;

B – Organização Democrática da Sociedade;

C – Sistema de Direitos Fundamentais individuais e coletivos, seja como Estado de distância, porque os direitos fundamentais asseguram ao homem uma autonomia perante os poderes públicos, seja como um Estado antropologicamente amigo, pois respeita a dignidade da pessoa humana e empenha-se na defesa e garantia da liberdade, da justiça e da solidariedade

D – Justiça Social como mecanismos corretivos das desigualdades;

E – Igualdade não apenas como possibilidade formal, mas, também como articulação de uma sociedade justa;

F – Divisão de Poderes ou de Funções;

G – Legalidade que aparece como medida do direito, isto é, através de um meio de ordenação racional, vinculativamente prescritivo, de regras, formas e procedimentos que excluem o arbítrio e a prepotência;

H – Segurança e Certeza Jurídicas; (2006, p.93)

Dessa maneira, podemos compreender o Estado Democrático de Direito como uma concepção estatal que, ao conjugar o princípio democrático (por meio da soberania popular) com as características típicas atribuídas ao Estado de Direito, tais como a legalidade, divisão de poderes e garantia dos direitos individuais, traduz a consagração dos direitos fundamentais mediante sua instituição nas Constituições de orientação democrática.

Partindo desse entendimento, a dignidade da pessoa da pessoa humana, enquanto fundamento do ordenamento jurídico integrante de um Estado Democrático de Direito, constitui fundamento de validade dos direitos da personalidade, sob a perspectiva de que a todo indivíduo, enquanto ser dotado de dignidade, deve ter assegurada a proteção dos direitos dela decorrentes, de modo a preservá-lo de uma exposição abusiva.

1.4. DIREITOS DA PERSONALIDADE

A Declaração Universal de Direitos do Homem, promulgada em 1948, é considerado o documento histórico que fincou a questão protetiva dos direitos da personalidade em esfera global, tendo em vista que, a partir dela, diversas Constituições passaram a assegurar tais direitos, prevendo o mínimo necessário e imprescindível à vida com dignidade.

Já no âmbito do ordenamento jurídico pátrio, os direitos da personalidade são assegurados constitucionalmente, em seu art.5º, inciso X, inseridos no capítulo “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, através da garantia de inviolabilidade da intimidade, da vida privada, honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. O Código Civil também confere proteção direitos da personalidade, abordando diferentes aspectos de proteção desses direitos, dispostos entre os artigos 11 e 21, do capítulo “Dos Direitos da Personalidade”.

Tal reconhecimento confere aos direitos da personalidade a condição de direitos fundamentais, consubstanciando uma forma de concretização da dignidade da pessoa humana, através da proteção dos aspectos físicos, psíquicos e intelectuais dos indivíduos, valores considerados inerentes à própria condição humana.

Reconhece-se nos direitos da personalidade uma dupla dimensão: a axiológica, pela qual se materializam os valores fundamentais da pessoa, individual ou socialmente considerada, e a objetiva, pela qual consistem os direitos assegurados legal e constitucionalmente, vindo a restringir a atividade dos três poderes, que deverão protegê-los de contra quaisquer abusos, solucionando problemas graves que possam

advir com o progresso tecnológico, p. ex., conciliando a liberdade individual com a social.” (DINIZ, 2012, p.133).

Nesse sentido, Diniz prossegue dispondo que o referido direito estabelece o dever de um comportamento negativo da sociedade, isto é, uma proteção diante de ações que pretendam violar o bem jurídico tutelado, abrangendo a “vida, identidade, liberdade, imagem, privacidade, a honra, etc. ” (p.136).

Conforme essa linha de entendimento, Tepedino, Barbosa e Bodin (2007, p.31-34) estabelecem que a ideia acerca de personalidade consiste em um “conjunto de características e atributos próprios da pessoa humana, considerada como objeto de proteção por parte do ordenamento jurídico”.

De tal maneira, a conexão existente entre a dignidade da pessoa humana como fundamento dos direitos da personalidade se traduz na redação do Enunciado nº 274 da IV Jornada de Direito Civil, organizada pelo Conselho da Justiça Federal, informando que tais direitos são “expressões da cláusula geral da tutela da pessoa humana, contida no art.1º, III da Constituição. ”.

1.4.1. Características

A doutrina aponta diversos aspectos que particularizam os direitos da personalidade, isto é, características que distinguem sua compreensão da de outros direitos existentes. Segundo enumera Diniz (2012, p.135), “os direitos da personalidade são absolutos, intransmissíveis, indisponíveis, irrenunciáveis, ilimitados, imprescritíveis, impenhoráveis e inexpropriáveis”. Ainda conforme Tartuce (2014), tais atributos são condições inerentes ao homem, de forma que o ordenamento jurídico assegurou sua defesa diante de ameaças a sua violação.

Os direitos da personalidade são considerados absolutos, possuindo caráter *erga omnes* pelo fato de que obrigam a todos um dever de abstenção geral, impondo a coletividade o dever de respeitá-los. Já o caráter extrapatrimonial é inerente aos direitos da personalidade, não sendo possível realizar uma aferição objetiva de valor, em razão de não possuir conteúdo patrimonial direto.

A indisponibilidade é atributo dos direitos da personalidade, desdobrando-se nos aspectos de sua irrenunciabilidade, intransmissibilidade e impenhorabilidade. O primeiro consiste na impossibilidade de seu abandono por parte de seu titular; o segundo reflete um valor personalíssimo, não passível de disposição por parte de seu titular de modo a ser transmitido, renunciado ou abandonado, enquanto o terceiro traduz a impossibilidade desse conteúdo sair do patrimônio jurídico do seu titular, por ser inerente à pessoa humana.

Ainda sob tal raciocínio, Gonçalves (2012) faz a observação de que a indisponibilidade dos direitos da personalidade é considerada de maneira relativa, reconhecendo que o seu exercício pode sofrer limitações voluntárias, desde que o referido ato de disposição não seja permanente ou geral.

O autor explica que a imagem pode ser utilizada com o intuito de promover uma exploração comercial mediante uma retribuição pecuniária, como por exemplo, em uma adaptação de obra para novela ou promoção comercial de uma empresa. Sob a mesma lógica, o diploma civilista prevê expressamente a cessão gratuita de partes do corpo para fins altruísticos e terapêuticos¹ e a Lei nº 9.610/1998 também admite a cessão patrimonial dos direitos autorais².

Outro aspecto a ser destacado é que, ainda que a intransmissibilidade seja característica típica dos direitos da personalidade, é transmitido aos sucessores do indivíduo o direito de pleitear reparação pecuniária em caso de violação, pelo fato de tal pretensão possuir natureza patrimonial.

A imprescritibilidade é outra característica atribuída aos direitos da personalidade, de forma que esses direitos não se extinguem pelo uso e pelo decurso do tempo, nem pela inércia na pretensão de defendê-los. Ocorre que a referida não sujeição aos prazos prescricionais é quanto a tutela do direito, envolvendo a questão relativa à aquisição ou extinção desses direitos, não abrangendo a ação indenizatória que vise reparar danos decorrentes de lesão a direito da personalidade, que se trata de pretensão de caráter patrimonial.

¹ Art. 14 - É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.

² Art. 28 - Cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica.

A vitaliciedade indica que os direitos da personalidade são inatos e permanentes, pois são adquiridos no instante da concepção e acompanham a pessoa até sua morte, não podendo ser retirados do sujeito.

Por fim, a ilimitabilidade dos direitos da personalidade é outra condição que considera que os direitos da personalidade não se exaurem no rol previsto pelo Código Civil, sendo essencialmente exemplificativos. Nesse sentido, Gonçalves (2012) dispõe que, embora não previstos expressamente no diploma civilista, constituem desdobramento dos direitos da personalidade garantias como o direito a alimentos, ao planejamento familiar, ao leite materno, ao meio ambiente ecológico, à velhice digna, ao culto religioso, à liberdade de pensamento, segredo profissional.

Além disso, prossegue o autor, informando que os avanços científicos e tecnológicos criam um cenário de constante transformação das relações sociais, exigindo que a própria esfera de proteção da personalidade da pessoa esteja em consonância com a nova realidade que se apresenta, não podendo ficar contida pelo que está previsto na Constituição e na legislação infraconstitucional.

1.4.2. Classificação

Nesse momento, é de fundamental importância a classificação apresentada por Tartuce (2014) acerca dos direitos da personalidade, analisando quais os aspectos que são primordialmente tutelados por determinado direito. O primeiro grupo está relacionado com o direito à integridade física, compreendendo o direito à vida e ao corpo, vivo ou morto. O segundo grupo guarda relação com o direito à integridade intelectual, abrangendo a liberdade de pensamento e os direitos autorais. Já o terceiro grupo envolve o direito à integridade moral, abarcando a honra, a imagem e à identidade pessoal.

Considerando a temática abordada no presente trabalho, iremos nos deter ao estudo do terceiro grupo, acerca dos direitos à integridade moral, realizando uma análise quanto aos direitos da personalidade conferidos pelo art.5º, X da Constituição Federal.

Em um primeiro instante, necessária a percepção de que o direito à integridade moral decorre da construção de um arcabouço jurídico que assegure a tutela do equilíbrio

psicológico do ser humano. De tal forma, as concepções adotadas em torno de direito à intimidade e à vida privada despertam divergências doutrinárias quanto a existência de uma diferenciação clara entre o conceito de ambas, já que as terminologias são muitas vezes utilizadas para fazer referência a um mesmo objeto, ainda que a previsão constitucional constante no art.5º, X da CF tenha lhes considerado de maneira individualizada.

Para Mendes (2012), o objeto do direito à vida privada são os comportamentos e acontecimentos ligados aos relacionamentos pessoais de forma genérica, abrangendo as relações comerciais e profissionais que o sujeito não pretende que alcancem o domínio público. Já quanto o direito à intimidade, seu âmbito protetivo estaria restrito as conversações e episódios ainda mais íntimos, pertinentes a esfera individual.

Seguindo essa linha de compreensão, Chinellato (2010, p.47) afirma que “o conceito de intimidade não se confunde com o de vida privada, sendo o segundo um conceito maior e gênero, de modo que as categorias podem ser expostas por círculos concêntricos, havendo ainda um círculo menor constituído pelo direito ao segredo”.

Noutra linha, Tavares (2012) verifica que a indicação expressa realizada pelo legislador constituinte, tratando a intimidade e a vida privada de forma autônoma, não inviabilizaria a menção, na seara doutrinária e pedagógica, a um direito à vida privada em sentido amplo, dentro do qual estaria incluída a intimidade. Da mesma forma, Silva (2005) adota a terminologia da privacidade para tratar de forma ampla das diferentes manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade.

Dessa maneira, o direito à intimidade está relacionado com a proteção do conteúdo de tudo aquilo que está inserido na esfera pessoal do indivíduo, sob os mais diferentes aspectos, limitados ao interesse de grupos reduzidos ou de total exclusão de terceiros. A vida privada possui uma maior abrangência em comparação à intimidade, compreendendo as relações sociais estabelecidas pelo sujeito, as quais ele não deseja que sejam expostas ao público.

Passando agora ao estudo da proteção constitucional conferida à tutela da honra, podemos compreendê-la como um grupo de atributos que traduzem a dignidade da pessoa humana, através do respeito da sociedade, assegurando o bom nome e a reputação.

Trata-se de um direito fundamental pelo fato de a garantia dos atributos decorrentes da honra constituírem manifestações decorrentes da própria dignidade da pessoa humana. Para

Stolze (2012, p. 186), a compreensão quanto a honra está “umbilicalmente associada à natureza humana (...) acompanhando o indivíduo desde seu nascimento, até depois de sua morte”.

A compreensão acerca do conteúdo da honra se desdobra sob o enfoque das suas dimensões objetiva e subjetiva. A honra objetiva consiste na reputação que o sujeito possui dentre os membros de uma comunidade, refletindo aspectos como a estima, valor e a consideração a ele atribuídas. A honra subjetiva, por sua vez, exprime o sentimento pessoal de estima ou à consciência da própria dignidade.

Por fim, a garantia da proteção à imagem é verificável sob os aspectos da imagem-retrato e imagem-atributo. Para Tartuce (2014), a primeira consiste na representação das características fisionômicas do indivíduo, indicando o aspecto visual do sujeito. Já o segundo constitui a soma das qualidades do ser humano, apontando o que ele representa para a sociedade, através da reputação e do prestígio social.

A previsão constante no art.5º, X da Constituição Federal trata de assegurar a tutela imagem-retrato, de modo que a violação desse direito ocorre uma utilização indevida da imagem física, sem a autorização de seu titular.

De tal maneira, a redação da Súmula 403 editada pelo Superior Tribunal de Justiça dispõe que “independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais”. Além dela, conforme Stolze (2012, p.188), “os desvios de finalidade do uso autorizado caracterizam violação ao direito à imagem, devendo o infrator ser civilmente responsabilizado. ”.

Entretanto, a análise do tema sob a ótica da utilização da imagem de artistas, políticos e demais pessoas públicas, desperta um conflito presente na doutrina e na jurisprudência em torno da existência de uma possível relativização do âmbito protetivo do direito da personalidade. Essa perspectiva se coaduna com o teor do Enunciado 279 das Jornadas de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, tratando quanto a necessidade de ponderação do aspecto protetivo da imagem com relação a outras garantias constitucionais, principalmente o aspecto do acesso à informação e da liberdade de imprensa.

O dispositivo há de ser interpretado sistematicamente, admitindo-se a divulgação não autorizada de imagem alheia sem que indispensável à afirmação de outro direito fundamental, especialmente o direito à informação – compreendendo a liberdade de expressão e o direito a ser informado. Isto porque tal direito fundamental é também

tutelado constitucionalmente, sendo essencial ao pluralismo democrático. Daqui decorre uma presunção de interesse público nas informações veiculadas pela imprensa, justificando, em princípio, a utilização da imagem alheia, mesmo na presença de finalidade comercial, que acompanha os meios de comunicação no regime capitalista. (TEPEDINO; BARBOSA; BODIN, 2007, p.54).

A compreensão da forma com que o interesse público se torna elemento justificador de uma interpretação restritiva dos direitos da personalidade é de vital importância, tendo em vista que, muitas vezes, a atuação das empresas de comunicação não está voltada para a promoção efetiva de uma atividade jornalística, mas sim promover uma violação da dignidade da pessoa humana ao invadir o âmbito pessoal.

Nesse contexto, a tutela dos direitos se apresenta de forma ainda mais complexa quando se considera o cenário da Internet, por se tratar de um ambiente onde a potencialização da divulgação de informações é imensurável, bem como a ideia de excluir dados indesejáveis é de difícil execução.

Em síntese, podemos compreender que a proteção conferida pelo texto constitucional aos direitos da personalidade constitui um manifesto desdobramento da preponderância conferida pelo ordenamento jurídico brasileiro à proteção da dignidade da pessoa humana, enquanto fundamento material dos direitos fundamentais, ou seja, elemento componente das normas jurídicas.

Desta forma, é possível se extrair que a concepção atribuída ao Direito ao Esquecimento enquanto desdobramento dos direitos da personalidade, está ligada a uma busca pela concretização da dignidade humana. De tal modo, passaremos a analisar, no próximo capítulo, o conteúdo essencial conferido a este direito, bem como a colisão de normas constitucionais e os efeitos decorrentes desta.

2 DIREITO AO ESQUECIMENTO E O CONTEXTO DA SOCIEDADE DE INFORMAÇÃO

2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Diante de uma realidade onde o acesso às informações e a circulação de dados se apresentam de forma praticamente instantânea, é correto dizer que as evoluções tecnológicas promoveram uma verdadeira transformação no âmbito das relações sociais, alterando profundamente a forma com que a exposição de aspectos da vida pessoal passou a ser encarada.

De tal maneira, considerando que mecanismos como a Internet e as redes sociais estabelecem com frequência o confronto entre a necessidade de proteção dos direitos da personalidade e o resguardo da liberdade de expressão, é preciso reconhecer que a própria concepção em torno dos desses direitos se encontra em uma constante mutação, exigindo que se estabeleça uma perspectiva de análise distinta da que, por exemplo, o legislador constituinte de 1988 concebia.

Tem-se a sensação que cresce a distância entre o mundo velocíssimo que cresce a distância entre o mundo velocíssimo da inovação tecnológicas e o mundo lentíssimo da proteção sócio-constitucional. Quase a todo momento percebe-se a rápida obsolescência das soluções reguladoras de um determinado fenômeno técnico, destinadas à solução de um problema apenas (DONEDA, 2000, p.120).

Em meio a esse cenário, que opõe valores constitucionalmente assegurados como os direitos da personalidade e a liberdade de expressão, o Direito ao Esquecimento adquire grande relevância, passando a ser abordado com cada vez mais atenção pela doutrina e jurisprudência.

Consoante análise realizada por Ehrhardt Júnior (2017), o Direito ao Esquecimento consiste na garantia do indivíduo contra a divulgação de episódios que tenham ocorrido no passado e não sejam dotados de relevância apta a legitimar a sua exposição, considerando que fatos públicos veiculados no passado perderiam o interesse coletivo e histórico com o passar dos anos e, sendo assim, deveriam ser retirados do conhecimento geral quando sobreviesse a necessidade de proteger o nome, a reputação e o direito de ser deixado em paz dos envolvidos.

Ainda sob essa ótica, Schreiber (2013) explica o Direito ao Esquecimento como a possibilidade de se debater o objetivo almejado ao se despertar a lembrança de um fato pretérito, bem como quanto a maneira com que determinado fato será exposto, fazendo a ressalva que nem sempre o direito a ser esquecido irá preponderar quando confrontado com outras normas constitucionais, como por exemplo, a liberdade de informação.

(...) faculdade de a pessoa não ser molestada por atos ou fatos do passado que não tenham legítimo interesse público. Trata-se do reconhecimento jurídico à proteção da vida pretérita, proibindo-se a revelação do nome, da imagem e de outros dados referentes à personalidade. (DOTTI, 1998, p.300).

Noutro giro, o referido direito não estaria associado à mera intenção de se apagar informações desabonadoras ao indivíduo, mas sua justificativa se deve a razão de que uma pessoa não deveria ser obrigada a conviver com situações de seu passado que já tenham sido amenizadas pela memória e o tempo, capazes de gerar grandes lesões aos envolvidos, despertadas por uma motivação essencialmente exploratória em prejuízo dos direitos da personalidade.

É importante destacar que o conceito jurídico acerca do Direito ao Esquecimento não adveio com o contexto das novas tecnologias e o risco decorrente da exposição de dados pessoais, mas que se trata de uma noção já existente e utilizada sob outras condições.

Segundo constatação de Haboken (2013), a previsão já existente na Lei de Imprensa de países europeus trata especificamente da aplicação do Direito ao Esquecimento quando se está diante da divulgação de fatos públicos, especialmente quanto a abordagem de matérias que exponham pessoas que estejam relacionadas à crimes notórios, de modo que a veiculação de uma reportagem depreciativa seria capaz de obstar o direito do sujeito se reinserir na sociedade.

De acordo com essa visão, o instituto do Direito ao Esquecimento estaria limitado ao âmbito penal, adotando-se o entendimento de que deve ser restrita a divulgação de fatos que prejudiquem o processo de reintegração social de um indivíduo, que já tenha cumprido determinada condenação judicial, pois este direito prevaleceria sobre a liberdade de informação.

O questionamento em torno desta conceituação decorre da justificativa de que a mesma não abrange as problemáticas que são inerentes a uma Sociedade de Informação, caracterizada pela velocidade e pelo livre acesso à informação, apontando que a dimensão do

Direito ao Esquecimento se amplia em virtude de a Internet possibilitar uma disponibilização permanente de conteúdos que podem ser de caráter pessoal, situação que não ocorria no passado, onde naturalmente as informações acabavam por se perder ao longo do tempo.

De acordo com o entendimento do Ministro Luís Felipe Salomão, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do Recurso Especial (REsp) nº 1.334.097/RJ, a lógica inerente ao Direito ao Esquecimento pode ser verificada sob outros ângulos no ordenamento jurídico, através da aplicação de institutos presentes na seara criminal e consumerista.

No campo penal, o Código Penal prevê o instituto da reabilitação, dispondo acerca do sigilo conferido aos registros do processo, bem como à extensibilidade dessa garantia a decisão condenatória³. Da mesma forma, o Código de Processo Penal também possui normatização que trata quanto aos efeitos da reabilitação na folha de antecedentes e nos registros criminais⁴.

Já no âmbito consumerista, o reflexo do Direito ao Esquecimento se revela por intermédio da disposição contida no Código de Defesa do Consumidor, que estipula um prazo limite para a permanência de informações relativas a inadimplemento⁵. O Ministro defendeu que a passagem do tempo impõe a necessidade de se promover uma estabilização das relações jurídicas, frisando que “a opção legislativa pendeu para a proteção da pessoa do consumidor – que deve ser esquecida – em detrimento dos interesses do mercado.”.

Essa situação instaura um verdadeiro conflito jurídico, pois as lembranças dos fatos pretéritos acabam por reacender, como se presente fossem, lembranças do passado, tendo em vista que "ao contrário dos jornais e revistas de outrora, cujas edições antigas se perdiam no tempo, a Internet arquiva dados e informações na rede indefinidamente." (LEAL, 2016, p.135).

Em meio a essa configuração da atualidade, urge a importância de a tutela do Direito ao Esquecimento também assumir feição moderna, afim de assegurar direitos que são

³Art.93 - A reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação;

⁴Art. 748 - A condenação ou condenações anteriores não serão mencionadas na folha de antecedentes do reabilitado, nem em certidão extraída dos livros do juízo, salvo quando requisitadas por juiz criminal;

⁵Art. 43, §1º - Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos.

garantidos pelo texto constitucional, através do estabelecimento de uma normatização que seja compatível com a ordem vigente.

Diante dessa perspectiva, adquire centralidade a questão que trata a respeito do estabelecimento de algum tipo de limitação para que os endereços eletrônicos e os mecanismos de pesquisa não apresentem conteúdos relacionados a pessoa ou determinado fato, informações pretéritas que o indivíduo não tem o interesse de que sejam divulgadas em razão da possibilidade de gerarem prejuízo em sua vida corrente.

Assim, na medida em que a Internet facilita a difusão da informação, marcadamente pela facilitação de acesso e exposição gratuita dos usuários nas redes sociais, ela também acarretou uma espécie de eternização voluntária e ingênua de dados pessoais, muitas vezes com conteúdo íntimos, cujo acesso ilimitado poderá fluir negativamente na vida futura profissional e pessoal dos usuários. (PIMENTEL; CARDOSO, 2015, p.48).

Entretanto, a possibilidade da adoção de medidas que impliquem em uma verdadeira regulação desmedida da rede mundial de computadores, dos sítios de pesquisa e de uso das redes sociais trata-se de um panorama sombrio sob o ponto de vista da garantia da liberdade de expressão, gerando um confronto de valores a serem tutelados. Sendo assim, passamos agora ao estudo mais aprofundado do Direito ao Esquecimento, realizando uma análise sob a perspectiva da proteção da privacidade, bem como da necessidade da observância da liberdade de expressão.

2.2 DIREITO AO ESQUECIMENTO: CONFLITO ENTRE A PRIVACIDADE E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Inicialmente, analisa-se o Direito ao Esquecimento sob a ótica da privacidade. Neste sentido, observa-se que a Sociedade de Informação se caracteriza pela grande necessidade de fomentar o interesse de um público ávido por um volume massivo de informações, o que resulta, por muitas vezes, em uma exposição excessiva, por parte dos meios de comunicação, de conteúdos relativos a vida privada das pessoas.

Toffler (2001), apresenta a dinâmica da Sociedade de Informação utilizando a analogia de um cenário em que estão presentes um relógio analógico e outro digital, onde o primeiro regula a vida humana quanto aos aspectos temporais e físicos, enquanto o segundo representa

uma transcendência destes limites, exigindo acesso e ações simultâneas em torno da informação, como se presente um tempo e espaço paralelos.

Na visão de Castells (2003), a informação possui o papel de matéria-prima da sociedade, ou seja, é o elemento em torno do qual a coletividade se organiza, de modo que toda evolução tecnológica é voltada de modo a instrumentalizar a utilização desse conteúdo pelo ser humano.

Nesse sentido, torna-se importante a compreensão quanto a aplicabilidade do Direito ao Esquecimento, tomado sob a ótica da proteção da privacidade, analisando especialmente a forma com que a própria evolução social promoveu uma mudança em torno do que o legislador constituinte previu como defesa da privacidade.

Primeiramente, se faz necessário apresentar a ideia de que a privacidade costuma estar associada a um conceito trazido pelo artigo “*The Right to Privacy*”, de autoria dos norte-americanos Warren e Brandeis, no ano de 1890, que se limita a traduzir uma perspectiva de isolamento e tranquilidade a ser assegurado por este direito, especialmente através da não interferência estatal na vida privada do indivíduo.

Todavia, tal definição não é considerada suficiente no panorama hodierno, tendo em vista que o isolamento pleno é uma realidade incompatível com a Sociedade de Informação, caracterizada por demandar dos indivíduos, em algum instante, o fornecimento de determinadas informações, como por exemplo, a necessidade do fornecimento de dados pessoais para contratação de um algum serviço.

A privacidade pode ser concebida como a garantia do indivíduo de impedir a exposição de conteúdo particular, o qual o mesmo não tem interesse que sejam divulgadas pelos meios de comunicação ao público, tendo, portanto, como cerne de seu conceito, a possibilidade de o sujeito ter um controle ativo sobre as informações que ele deseja que sejam (ou não) do conhecimento de terceiros.

A perspectiva de Rodotá (2008) é a de que a conceituação da privacidade frente a uma sociedade informacional, guarda relação direta com a possibilidade de o sujeito manter o controle sobre as próprias informações, sendo-lhe facultado, inclusive, a possibilidade de se interromper o fluxo de informações que tratam a seu respeito.

Também adotando essa premissa, o Tavares (2012) observa o direito à privacidade sob a perspectiva de o sujeito ter um papel atuante sobre a exposição de determinadas informações, da maneira que bem entender.

(...) apenas ao titular compete a escolha de divulgar ou não seu conjunto de dados, informações, manifestações e referências individuais, e no caso de divulgação, decidir quando, como, onde e a quem. Esses elementos são todos aqueles que decorrem da vida familiar, doméstica ou particular do cidadão, envolvendo fatos, atos, hábitos, pensamentos, segredos atitudes e projetos de vida. (TAVARES, 2012, p.675).

Esse aspecto relativo à proteção da privacidade foi diretamente abordado pelo Enunciado 404 da V Jornada de Direito Civil, reforçando o entendimento doutrinário quanto à primordialidade de concordância do sujeito com a divulgação de informações que ele entenda que lhe sejam pertinentes, conforme se verifica da redação a seguir:

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

A Constituição Federal de 1988 faz referência à proteção da privacidade ao indicar como invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, ao mesmo tempo em que assegura o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de eventuais violações⁶. Outro diploma legal que norteia o tratamento da matéria é o Código Civil, reafirmando a questão da inviolabilidade da vida privada e indicando o procedimento cabível na hipótese de medida violadora⁷.

Tratando acerca da titularidade e o objeto do direito à privacidade, Mendes (2012) aponta quanto a possibilidade de se depreender que se trata de um direito subjetivo fundamental titularizado por toda pessoa física ou jurídica, brasileira ou estrangeira, residente ou em trânsito no país, tendo como objetivo não apenas assegurar que determinadas informações fiquem restritas à esfera privada, mas também promover a legitimação do controle dos conteúdos que sejam de caráter pessoal.

⁶Art. 5º, 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;

⁷Art. 21 - A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

De tal maneira, torna-se inconcebível visualizar que a proteção da privacidade não possa se estender ao ambiente virtual, tendo em vista que a facilidade para o armazenamento e disseminação de informações de qualquer natureza é uma situação que cria risco manifesto de violação dos atributos da personalidade.

O intenso desenvolvimento de complexa rede de fichários eletrônicos, especialmente sobre dados pessoais, constitui poderosa ameaça à privacidade das pessoas. O amplo sistema de informações computadorizadas gera um processo de esquadramento das pessoas, que ficam com sua individualidade inteiramente devassada. O perigo é tão maior quanto mais a utilização da informática facilita a interconexão de fichários com a possibilidade de formar grandes bancos de dados que desvendem a vida dos indivíduos, sem sua autorização e até sem seu conhecimento. (SILVA, 2005, p.209-2010).

Ademais, manifesta-se como ponto de imensa relevância a ser abordado pela proteção da privacidade, no contexto da sociedade de informação, o fato de que o vínculo estabelecido entre os grandes veículos de comunicação e os provedores de busca com relação aos particulares trata-se uma situação desigual, considerando a manifesta diferença de condições materiais.

Nesse raciocínio, Martins Paz (2014) explica que a exigência de uma atuação estatal no sentido de assegurar direitos é manifesta diante disparidade de poder político, econômico e social existente entre quem divulga a informação e aquele sobre quem os dados são divulgados, seja no âmbito da Internet como nos meios de comunicação de massa.

Entretanto, faz-se necessário apontar que o alcance da proteção conferida constitucionalmente à vida privada não é absoluto, podendo ser objeto de limitações diante do interesse público capaz de legitimar sua preponderância sobre o direito individual.

Conforme Mendes (2012, p.411), “a depender de um conjunto de circunstâncias do caso concreto, a divulgação de fatos relacionados com uma dada pessoa poderá ser tida como admissível ou como abusiva.”.

Seguindo essa linha, o autor prossegue realizando uma pertinente diferenciação entre as noções de “interesse público” e “interesse do público”, ressaltando que a relevância apta a justificar a interferência no âmbito da vida privada de uma pessoa seja aquela que traga em seu bojo, informações que sejam determinantes para a vida do indivíduo em sociedade.

Dentre essas circunstâncias, merece ser destacado o aspecto da atenuação do âmbito protetivo conferido a privacidade das pessoas públicas, em virtude do natural interesse que se

constrói em torno de indivíduos que, de alguma forma, afetam coletividade, ainda que se ressalte que tal notoriedade não possa traduzir um “passe livre” para a violação da privacidade um indivíduo.

Essa é a linha de percepção adotada por Barroso (2010), que compreende, sob a justificativa de uma transparência democrática, que pessoas ocupantes de cargo público e pessoas notórias estão sujeitas a um critério menos rígido do que pessoas de vida estritamente privada, ressaltando que tal amenização não significa que o direito inexistente.

De tal maneira, tratando acerca do contexto que mistura situação de índole pessoal com circunstância criminosa, Vaz (2011)⁸ compreende que o aspecto pertinente ao interesse público constitui condição que altera os limites atribuídos a esfera da vida privada e da vida pública, deixando de estar limitado ao âmbito da intimidade do agente.

Para Pezzella e Ghisi (2013), assegurar a defesa da privacidade é uma tarefa que adquire grande relevância na perspectiva da construção de um direito humano, assim como traduz a concretização da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, visando evitar a instauração de um dano irreparável aos direitos relativos à personalidade.

Por conseguinte, torna-se cristalina a percepção de que o direito ao esquecimento constitui um desdobramento da proteção da privacidade, especialmente quando analisado sob a perspectiva de uma Sociedade de Informação, demandando que os mecanismos de defesa da vida privada sejam compatíveis com as exigências da realidade que se apresenta, sob a premissa de que uma exposição permanente de conteúdos desabonadores relacionados à vida pretérita é fato capaz de obstar o pleno desenvolvimento da plena personalidade de um indivíduo e, por consequência, uma violação da sua dignidade.

2.2.1. Direito ao Esquecimento sob a ótica da Liberdade de Expressão

A temática do Direito ao Esquecimento desperta o conflito entre os direitos da personalidade e a liberdade de expressão, valores assegurados constitucionalmente que, diante

⁸ STJ – AP Nº 628/2010 – Relatora Ministra Laurita Vaz. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21063887/acao-penal-apn-628-df-2010-0042090-3-stj/inteiro-teor-21063888#>>. Acesso em: 22 out. 2017.

de casos concretos, na busca por alcançar o maior âmbito de proteção a seus objetos, tornam-se princípios colidentes.

Desta forma, torna-se essencial o estabelecimento de uma harmonização entre essas garantias, visando assegurar que a aplicabilidade do Direito ao Esquecimento não ultrapasse os limites da razoabilidade. Martins Paz (2014) afirma que deve ser estabelecida uma compatibilização entre o acesso à informação e a proteção dos direitos da personalidade, de maneira que não ocorram excessos no controle e na difusão de dados, bem como o direito de informar não pode ser alçado ao *status* de norma absoluta, devendo prevalecer o equilíbrio afim de garantir a observância das normas constitucionais.

Primeiramente, ressalta-se que a construção do conceito da liberdade de expressão reflete um longo processo de evolução histórica, tratando-se de um direito de primeira geração, refletindo a já mencionada ideologia que buscou assegurar garantias ao indivíduo frente a atuação estatal.

O reconhecimento da referida liberdade foi objeto de positivação expressa por Declarações de Direito históricas, como a da França e as dos Estados Unidos.

As declarações americana, de 1776, e francesa (1789), firmaram a liberdade de imprensa. Em 1791, acrescentou à Constituição dos Estados Unidos da América a Emenda 01 para assegurar a liberdade de expressão. A partir de então, ficou gravado que o Congresso não mais votaria leis que dispusessem sobre religião, que cerceassem a liberdade de palavra ou de imprensa, ou o direito do povo de se reunir pacificamente e de dirigir petições ao Governo para reparações de agravo. (LEAL, 2015, p.36).

No ordenamento jurídico brasileiro, a liberdade de expressão foi alçada à condição de direito fundamental, pelo fato de se tratar de uma manifestação decorrente da dignidade da pessoa humana, tendo em vista que a capacidade de se comunicar trata-se de um atributo inerente ao homem, ainda mais quando inserido em um contexto social, contribuindo para a formação da sua personalidade.

Quanto a este aspecto, Barcellos (2008) informa que a informação é fundamental para o livre desenvolvimento da personalidade humana, tendo em vista que possibilita ao cidadão reivindicar melhor todos os demais direitos, consolidando a construção de controle social sobre as políticas públicas que visam a promovê-los.

Sob um ponto de vista político, a liberdade de expressão representa um instrumento de concretização do regime democrático, que se manifesta através garantia de voz aos cidadãos, não cabendo ao Estado estabelecer um juízo de censura, prevendo qual conteúdo é possível de ser exteriorizado ou não.

A liberdade de dissentir necessita de uma sociedade pluralista, uma sociedade pluralista permite uma maior distribuição do poder, uma maior distribuição do poder abre as portas para a democratização da sociedade civil e finalmente a democratização da sociedade civil alarga e integra a democracia política. (BOBBIO, 1997, p.76).

O texto constitucional estabeleceu várias normas referentes a tutela desse direito, constantes no art.5º, incisos IV⁹, IX¹⁰ e XIV¹¹, bem como a previsão de um capítulo em que trata a respeito da comunicação social, compreendendo os arts. 220 e 224. Contudo, ressalva-se que tais dispositivos fazem referência à liberdade de expressão sob diferentes aspectos, tornando complexo o estabelecimento de uma conceituação precisa.

Na lição de Mendes (2012, p.392), o conteúdo da liberdade de expressão trata de “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”, ressaltando que tal concepção é aplicável quando tal direito não está diante de um confronto com algum outro direito fundamental.

O estabelecimento de uma análise em torno do Direito ao Esquecimento deve ser feita em conjunto com o aprofundamento da percepção a respeito, especificamente, da liberdade de imprensa, tendo em vista que esta é a garantia que acaba por se confrontar com a proteção da privacidade.

O conteúdo da liberdade de imprensa, consoante apresenta Teixeira (2015), compreende aspectos de natureza objetiva e subjetiva. O caráter objetivo envolve duas perspectivas, quais sejam: (a) o direito de informar e (b) o direito de se buscar a informação. Já a noção subjetiva da liberdade de imprensa se desdobra no (a) direito de interpretar, (b) direito de opinar e pelo (c) direito de se criticar.

⁹Art.5º, IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

¹⁰Art.5º, IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

¹¹Art.5º, XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.

Considerando essa distinção inicial, verifica-se que o aspecto objetivo conferido a liberdade de imprensa guarda relação a garantia da sociedade de poder se comunicar e de receber informações, bem como a necessidade de que o conteúdo divulgado ao público seja revestido de autenticidade.

Na compreensão de Tavares (2012, p. 646), a informação que se encontra respaldada pela liberdade de expressão assegurada constitucionalmente trata-se daquela que seja verídica, inferindo que tal proteção não abrange as “informações falsas, errôneas, não comprovadas, levianamente divulgadas”.

Porém, é importante observar que, se a informação divulgada foi posteriormente reconhecida como errônea, tendo o jornalista atuado no sentido de buscar apurar a veracidade dos fatos, tal conduta encontra-se amparada pela liberdade de expressão, tendo em vista se tratar de uma situação inerente a atividade jornalística.

Noutro giro, o aspecto subjetivo está relacionado ao direito do indivíduo de construir um juízo de valor a respeito de determinado assunto, ou seja, a liberdade para se pensar e se manifestar, salientando que realidade dos fatos não constitui limitação ao exercício desse raciocínio.

Analisando a temática, Teixeira (2015) indica que são dois os fatores que devem estar presentes para que o exercício dessa liberdade não transborde as barreiras da legalidade. O primeiro, guarda relação com o interesse público da matéria, tratando acerca de alguma pessoa ou de determinado fato. O segundo, é quanto a forma com que a manifestação se dará, não devendo a opinião exarada violar direitos da personalidade de terceiros.

Segundo essa linha de pensamento, Andrichi (2014)¹² faz uma diferenciação entre o direito de crítica e os atos que possam gerar ilícitos em função de informações errôneas, dispondo que: “o exercício da crítica, bem como o direito à liberdade de expressão, não pode ser usado como pretexto para atos irresponsáveis, como os xingamentos, porque isso pode implicar mácula de difícil reparação à imagem de outras pessoas. ”.

O interesse público na divulgação de qualquer fato verdadeiro se presume, como regra geral. A sociedade moderna gravita em torno da notícia, da informação, do conhecimento e de ideias. Sua livre circulação, portanto, é da essência do sistema democrático e do modelo de sociedade aberta e pluralista que se pretende preservar e ampliar. Caberá ao interessado na não divulgação demonstrar que, em determinada

¹² STJ – Recurso Especial nº 1.328.914/DF – Relatora Ministra Nancy Andrichi. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/liberdade-expressao-informacao-nao.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2017.

hipótese, existe um interesse privado excepcional que sobrepuja o interesse público residente na própria liberdade de expressão e de informação (BARROSO, 2010, p.399).

O interesse da coletividade em ter acesso à informação é um aspecto que precisa ser observado diante de um conflito que envolva um interesse individual de restringir a exposição de determinado conteúdo, em virtude da importância de se garantir que a sociedade tenha acesso à denominada memória coletiva, compreendendo fatos históricos, políticos, artísticos e culturais.

Segundo Barcellos (2008), tal memória coletiva trata-se de construção social, fruto de informações socialmente compartilhadas, as quais integram a cultura e proporcionam sentimento de pertencimento. E a principal razão para buscar preservar a memória coletiva reside em sua própria definição: a história da sociedade é patrimônio imaterial do povo.

Em síntese, a reflexão acerca do Direito ao Esquecimento não pode afastar de seu campo de análise a necessidade de se assegurar a observância da liberdade de expressão, especialmente quando tomada sob a perspectiva do direito à informação e da defesa da liberdade de imprensa.

Dessa forma, é essencial acompanhar a evolução histórica do Direito ao Esquecimento, analisando os casos considerados paradigmáticos, no âmbito da jurisprudência internacional e brasileira, visando avaliar os aspectos considerados pelos julgadores, principalmente, diante do confronto estabelecido entre os limites conferidos à liberdade de expressão e a proteção da privacidade.

2.3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

2.3.1. Tratamento Internacional

O reconhecimento do direito a ser esquecido ocorreu pela primeira vez nos Estados Unidos, no ano de 1931, no caso *Melvin vs. Reid. Doroty Davenport Reid*. O Tribunal da Califórnia julgou procedente o pedido de reparação decorrente da exposição da vida privada de Gabrielle Darley, esposa de Bernard Melvin, que foi inocentada da acusação de ter cometido um homicídio, em 1918, sobre o qual, foi produzido um filme denominado “Red

Kimono”, já em 1925, abordando a história da autora e relacionando com a temática da prostituição.

O entendimento do Tribunal foi no sentido de que a exibição do conteúdo do filme resultava numa violação, não somente da vida privada da esposa do autor, mas de toda a sua família, indicando que o indivíduo deve ter assegurado o direito à felicidade, bem como não ter sua reputação, caráter e posição social atacadas de maneira desnecessária.

Outro caso de grande simbolismo ao direito ao esquecimento foi o reconhecimento conferido pelo Tribunal Constitucional da Alemanha, em 05 de junho de 1973, no julgamento a respeito do caso *Lebach*, acontecimento que é considerado um dos crimes mais impactantes da história alemã, tendo sido alvo de uma ampla atuação por parte da imprensa à época e mobilizado a população em torno da cobertura do crime, que ficou conhecido como o “assassinato dos soldados de *Lebach*”.

No ano de 1969, em uma comunidade denominada *Lebach*, localizada a oeste da República Federal da Alemanha, dois homens, contando com o auxílio de um terceiro, invadiram, durante a noite, um depósito que alojava munições e armamentos, acabando por matar quatro soldados que realizavam a proteção do local, bem como um quinto que ficou gravemente ferido, além de efetuarem o roubo do material bélico.

Segundo exposto por Carvalho e Dantas (2014), em agosto de 1970, os envolvidos foram levados à julgamento pelo crime cometido, sendo os dois assassinos condenados à prisão perpétua e o terceiro, que ajudou no cometimento do delito, submetido a uma pena privativa de liberdade de reclusão pelo período de seis anos.

Posteriormente, o Segundo Canal Alemão¹³ produziu um documentário que apresentaria a imagem e o nome dos indivíduos envolvidos, sendo que os mesmos seriam representados por atores, com o intuito de promover uma reconstituição do referido episódio, abordando diversos aspectos relativos ao crime, como por exemplo a relação existente os infratores e a narrativa de como ocorreu toda a perseguição e captura dos delinquentes pelas autoridades policiais.

É válido destacar, inclusive, que a própria data de exibição do programa foi planejada para coincidir com o momento em que o sujeito que havia auxiliado no cometimento do crime seria libertado. Em meio a esse cenário, o indivíduo ajuizou ação perante o Poder Judiciário,

¹³ ZDF – Zweites Deutsches Fernsehen

com pedido liminar para suspender da exibição do programa televisivo, caso este apresentasse o autor ou mesmo, fizesse menção ao seu nome.

Após ter seu pleito indeferido pelas duas instâncias jurisdicionais (Tribunal Estadual de *Mainz* e Superior Tribunal Estadual de *Klobens*), o autor ingressou com uma Reclamação Constitucional junto ao Tribunal Constitucional Federal, com uma argumentação fundada no Direito ao Esquecimento.

Diante disso, a decisão da Corte foi no sentido de que, a decisão das instâncias jurisdicionais ordinárias, ao negarem o pedido do autor e autorizarem a exibição do documentário relativo ao crime, violaram diretamente a dignidade da pessoa humana, bem como ao direito à liberdade, mais especificamente quanto ao livre desenvolvimento da personalidade, de forma que a exibição do documentário comprometeria o processo de ressocialização do indivíduo perante a sociedade. Tal medida, portanto, justificaria a intervenção estatal na liberdade de radiodifusão junto à emissora, de maneira que o reconhecimento do pleito autoral pelos tribunais competentes, teria como fundamento resguardar direitos assegurados pela Lei Fundamental da Alemanha.

O TCF julgou precedente a Reclamação Constitucional por vislumbrar uma violação perpetrada pelos tribunais do direito de desenvolvimento (Art. 2 I GG) e, por consequência, por considerar que uma intervenção na liberdade de radiodifusão, que se consubstanciaria na proibição de transmissão determinada pelos tribunais competentes (no caso do deferimento do pedido do reclamante) restaria, neste caso, justificada. O TCF, portanto, revogou as decisões dos tribunais civis e proibiu a ZDF de transmitir o documentário até a decisão final da ação principal pelos tribunais ordinários competentes. (MARTINS, 2005, p.487).

2.3.2 Tratamento no Brasil

No ordenamento jurídico brasileiro, a edição do Enunciado nº 531 da VI Jornada Direito Civil do Conselho da Justiça Federal¹⁴ (CJF), no ano de 2013, constitui marco representativo quanto ao ingresso da temática do Direito ao Esquecimento na pauta de discussões jurisdicionais, tratando acerca da possibilidade de avaliação quanto à forma e finalidade de retração de um fato pretérito.

¹⁴Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil da CJF: A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.

Dentre as justificativas presentes para firmar esse entendimento, está o aspecto de que o Direito ao Esquecimento “(...) 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 STJ já apreciou dois casos que envolveram a divulgação de fatos ocorridos no passado através de programas televisivos, sendo relevante destacar a visão distinta adotada pela Corte, em cada julgamento, avaliando a amplitude conferida à aplicação do Direito ao Esquecimento diante dos casos concretos.

2.3.2.1. Caso “Chacina da Candelária”

Em um primeiro momento, é válido compreender acerca do episódio conhecido como Chacina da Candelária, evento ocorrido em 23 de julho de 1993, na região central do Rio de Janeiro (RJ), quando policiais à paisana atiraram contra mais de setenta pessoas, majoritariamente crianças e adolescentes.

Em 2006, o programa Linha Direta Justiça, veiculado pela Rede Globo de Televisão, decidiu exibir um documentário tratando sobre a Chacina da Candelária. Para isso, buscou também realizar entrevistas com as pessoas envolvidas no crime, para que contassem seus relatos quanto aos acontecimentos que testemunharam à época. Um dos indiciados, que teve sua absolvição por negativa de autoria assentida por todos os jurados componentes do Conselho de Sentença, recusou a realização da entrevista. Apesar da manifesta oposição, o programa foi exibido pela emissora, informando os nomes e imagens de todos os indivíduos ligados ao delito, ainda que tenha sido feita a observância quanto a absolvição de alguns.

Um dos inocentados ingressou com ação judicial buscando o reconhecimento do Direito ao Esquecimento, sob a justificativa de que, a exibição do documentário despertou na coletividade a lembrança de um evento que maculava a imagem do autor perante a sociedade, requerendo reparação por danos morais, alegando que a exibição do programa afetou diretamente sua vida pessoal, gerando a necessidade de mudar sua residência para outra cidade, em virtude de perseguição resultante da exposição de seu nome.

Nas instâncias ordinárias, o pleito do autor foi apreciado de maneiras distintas. No juízo de primeiro grau (3º Vara Cível do Rio de Janeiro/RJ), o pedido foi julgado

improcedente, ao ponderar que o interesse público acerca de “evento traumático da história nacional” e que “repercutiu de forma desastrosa na imagem do país junto à comunidade internacional” prevaleceria sobre o direito ao anonimato e ao esquecimento do autor.

Já o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em sede de Apelação, acolheu o pedido autoral, reformando a sentença, por maioria, entendendo que a veiculação de programa jornalístico constitui um “abuso do direito de informar e violação da imagem do cidadão”, considerando ter o autor declarado que não participaria de entrevistas para o documentário, bem como não desejava ser exposto pelos meios de comunicação.

Após referida decisão, a emissora de televisão recorreu ao STJ, buscando a reforma da decisão da 2ª instância, alegando que não se constituiu qualquer tipo de violação ao direito a intimidade, pois o fato abordado foi um acontecimento que desperta o interesse público, fazendo parte do “acervo histórico do povo”, ressaltando que o documentário exibido se ateu a descrever a ocorrência dos fatos ocorridos, informando claramente, ao longo da exibição do programa, que o mesmo havia sido inocentado de todas as acusações.

Outro ponto apresentado foi que a existência de programas que abordam a narrativa de crimes considerados célebres é comum em todo o mundo, de forma que, não mencionar o autor, comprometeria a própria narrativa do acontecimento, sob a lógica de que a relação estabelecida entre uma pessoa e determinado acontecimento histórico, por si só, autorizaria a divulgação de seu nome e imagem.

Pois bem, o Ministro Luís Felipe Salomão foi o relator do REsp nº 1.334.097 – RJ¹⁵, abordando diversos aspectos pertinentes à análise da questão, que passaremos a detalhar a seguir.

Primeiramente, o Ministro destacou que o caso se tratava de um conflito aparente entre princípios assegurados constitucionalmente. De um lado, a liberdade de expressão, instrumentalizada pela liberdade de imprensa. E de outro, os direitos da personalidade, materializados pela proteção à privacidade.

Em meio a esse confronto, a aplicabilidade do Direito ao Esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro adquire maior complexidade em virtude das características decorrentes da sociedade de hiperinformação. Nesse sentido, expôs: “a inundação do espaço

¹⁵ A íntegra do voto proferido pelo Ministro Relator se encontra disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2017.

público com questões estritamente privadas decorre, a um só tempo, da expropriação da privacidade por terceiros, mas também da voluntária entrega desses bens a arena pública. ” (Trecho do Voto do REsp nº 1.334.097 – RJ).

Ao realizar uma análise da liberdade de imprensa e avaliar sua possível limitação diante do caso apresentado, o Ministro entendeu que a apreciação do princípio deve observar diferentes condições. Embora tenha assentido com o reconhecimento da liberdade de imprensa enquanto atributo inerente aos Estados Democráticos de Direito, destacou que a importância desta garantia não constitui princípio absoluto, a tal ponto de legitimar uma violação indiscriminada das demais garantias fundamentais, de forma indiscriminada.

Ademais, arguiu que diante de conflitos que envolvam princípios tutelados pela Carta Magna, a orientação constitucional adota como elemento norteador a busca pela proteção do ser humano, observando que essa percepção deve ser verificada conforme as condições presentes na realidade fática. Entretanto, salientou que a aplicação do Direito ao Esquecimento não pode se dar de forma descomedida, de maneira a instituir um obstáculo à sociedade para se ter acesso a informações que integram a memória coletiva do povo, ressalvando ainda que tal justificativa não é capaz de legitimar a violação aos direitos da personalidade.

Dessa forma, a decisão do Ministro foi no sentido de reconhecer o Direito ao Esquecimento no presente caso, dispondo que “se os condenados que já cumpriram a pena têm direito ao sigilo na folha de antecedentes (...) por maiores e melhores razões aqueles que foram absolvidos não podem permanecer com esse estigma. ” (Trecho do Voto do REsp nº 1.334.097 – RJ).

O entendimento exposto pelo relator do caso, acompanhado pelos demais ministros integrantes da 4º Turma do STJ foi de reconhecer o Direito ao Esquecimento, negando provimento ao Recurso Especial interposto pela Ré, confirmando a indenização no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

2.3.2.2. Caso “Aida Cury”

O segundo caso tratado pelo STJ foi o julgamento do REsp 1.335.153 - RJ, tratando acerca de uma outra reportagem produzida pelo programa Linha Direta Justiça, veiculado pela TV Globo a respeito do caso Aída Cury¹⁶. Em 1958, a jovem foi atacada por três homens, sendo violentada e assassinada, no Rio de Janeiro (RJ), sendo atirada da janela de um edifício. O crime gerou uma imensa mobilização da imprensa, que promoveu uma grande cobertura da história à época.

Os irmãos da vítima ingressaram com uma ação na Justiça Estadual do Rio Janeiro contra a Rede Globo de Televisão, buscando uma indenização por danos morais, materiais e pelo uso indevido de imagem, sob a justificativa de que a reconstituição dos fatos ocorridos com Aida Cury, por meio de dramatizações, ocorreu contra a vontade manifesta da família de não ter o programa veiculado, tendo sido feito de maneira degradante, com finalidade essencialmente lucrativa por parte da emissora, reacendendo nos familiares, após décadas da ocorrência do crime, os sentimentos de angústia que o tempo havia amenizado.

A defesa apresentada pela emissora argumentou que a história noticiada era um acontecimento que fazia parte da memória histórica da própria sociedade, sendo que o documentário se utilizou tão somente de material jornalístico da época para retratar os fatos ocorridos.

As decisões dos juízos de primeiro e segundo grau foram pela improcedência dos pleitos de compensação pecuniária dos autores, sob o fundamento de que a Constituição Federal garantiria a livre expressão da atividade de comunicação, considerando que o fato narrado era de conhecimento público da sociedade.

Assim como no caso relativo a Chacina da Candelária, o relator foi o Ministro Luís Felipe Salomão, realizando a análise de que a aplicabilidade do Direito ao Esquecimento não se limita àqueles que tenham sido condenados, ou mesmo, absolvidos por processo criminal, tal como ocorreu no Caso da Chacina da Candelária, mas também é extensível às vítimas e aos seus próprios familiares, sob a justificativa de que fatos ocorridos no passado podem atingir diretamente os ofendidos envolvidos.

¹⁶A íntegra do voto proferido pelo Ministro Relator se encontra disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj-aida.pdf>>. Acesso em: 12. set. 2017.

Embora tenha reconhecido que a exibição do programa tenha despertado sentimentos de consternação aos familiares da vítima, a decisão da Corte foi de não conferir aplicação do direito ao esquecimento ao presente caso, diante do conflito com a liberdade de imprensa, sendo considerada a circunstância de que a exibição do programa ocorreu cinquenta anos após a morte de Aida Cury, entendendo pelo não cabimento de qualquer tipo de indenização por danos morais em prol dos irmãos da vítima.

Segundo o Ministro, inevitável a menção ao nome dos envolvidos, pela razão de que a notoriedade do crime está ligada ao próprio nome da vítima, constituindo-se em elemento indissociável do delito, justificando que “tal pretensão significaria, em última análise, por exemplo, tentar retratar o caso Doroty Stang, sem Doroty Stang; o caso Vladimir Herzog, sem Vladimir Herzog, e outros tantos que permearam a história recente.” (Trecho do voto do REsp 1.335.153 - RJ).

Considerou também que o foco da reportagem foi em abordar o ocorrido como um fato histórico, observando que a própria edição da reportagem se utilizou de arquivos públicos e do depoimento de testemunhas, jurados, familiares e profissionais do direito, afastando a alegação de que a imagem fora utilizada de forma degradante ou desrespeitosa.

Em seu Voto, o Ministro apontou ainda, como limites pertinentes à liberdade de imprensa, a observância do “ (I) compromisso ético com a informação verossímil; (II) a preservação dos chamados direitos da personalidade, entre os quais incluem-se os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à intimidade; e (III) a vedação de veiculação de crítica jornalística com o intuito de difamar, injuriar ou caluniar a pessoa.” (Trecho do voto do REsp 1.335.153 – RJ).

Refletindo sobre essa conjuntura, destacou a necessidade de que conceitos jurídicos tradicionais acompanhem a própria evolução das características da sociedade, ou seja, a colisão entre a garantia da liberdade de imprensa e a proteção da privacidade deve considerar a dinâmica das relações modernas, especialmente quanto a questão da facilidade de disseminação das informações.

Nesse ponto de vista, tratando acerca da influência da Internet, o Ministro compreende que a concepção quanto ao Direito ao Esquecimento, sob a perspectiva de sua aplicação no ambiente virtual, é diferente daquele que se verifica nos casos de reportagens produzidas para a televisão, pelo fato de que o uso da Internet abrange questões relativas ao compartilhamento

de informações e a circulação internacional de conteúdo. Além do que, nota ainda “a existência de um resíduo informacional que supera a contemporaneidade da notícia e, por vezes, pode ser, no mínimo desconfortante àquele que é noticiado.” (Trecho do voto do REsp 1.335.153 – RJ).

O entendimento exposto pelo Relator do caso, acompanhado pela maioria dos ministros integrantes da 4ª Turma do STJ foi de não reconhecer o direito ao esquecimento ao presente caso, negando provimento ao Recurso Especial interposto pelos autores.

Finalmente, os irmãos da vítima recorreram ao STF através da interposição de Recurso Extraordinário, tendo a relatoria do processo sido distribuída ao Ministro Dias Toffoli, ainda aguardando a apreciação pela Corte¹⁷, embora já tenha sido reconhecida a repercussão geral da matéria, de modo a orientar a resolução dos casos dessa natureza no Brasil.

Desta maneira, o confronto entre o exercício da liberdade de imprensa e a proteção do direito à privacidade é matéria que adquire uma recorrência cada vez maior no contexto da sociedade atual. O reconhecimento do direito ao esquecimento, enquanto desdobramento da proteção da dignidade da pessoa humana, deve se dar em consonância com as condições presentes no caso concreto, ponderando especialmente a influência desempenhada pela Internet como mecanismo transformador das relações sociais.

¹⁷ Conforme *site* do STF, o caso ainda será apreciado pela Corte. Até a data em que essa pesquisa fora realizada, em 15-11-2017, o Plenário ainda não apreciou a matéria. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4623869&numeroProcesso=833248&classeProcesso=ARE&numeroTema=786>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

3 A INFLUÊNCIA DA INTERNET NA SOCIEDADE DE INFORMAÇÃO

3.1 REGULAMENTAÇÃO DA INTERNET: GARANTIA DE DIREITOS x RESTRIÇÃO DE LIBERDADE

A vida em sociedade foi diretamente transformada pelos efeitos da utilização da Internet, tendo em vista a aparente instantaneidade com que as informações circulam pela rede virtual. Tal fato revolucionou o cotidiano da coletividade, alterando a comunicação mantida entre os governos, empresas e as pessoas, modificando a própria concepção em torno da formação de vínculos sociais, difusão das mais diferentes formas de conhecimento e de desempenho das atividades econômicas.

Entretanto, a ocorrência desse fenômeno social é fato que resulta também no surgimento de situações onde a esfera privada da vida de uma pessoa pode ser exposta de um modo abusivo, implicando em uma maior suscetibilidade da violação de seus direitos da personalidade e da própria dignidade humana. Além disso, outras situações como a prática de crimes virtuais e atos de violação a direitos autorais são exemplos de problemáticas decorrentes do uso internet.

De tal maneira, adquire grande relevância na atualidade a questão do desenvolvimento de marcos regulatórios para o ambiente virtual, pelo fato de a implantação de um regramento apto a normatizar a utilização da internet tratar-se de uma tendência global, verificada, por exemplo, no âmbito da União Europeia, por meio das disposições constantes na Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, nos Estados Unidos, através dos atos denominados de SOPA (*Stop Online Piracy Act*) e PIPA (*Protect Intellectual Property Act*) e no Brasil, por intermédio do Marco Civil da Internet.

Por outro lado, o questionamento que se levanta acerca de construções legislativas dessa natureza é o receio de que instituem restrições abusivas quanto à liberdade de uso da internet, bem como imponham barreiras às atividades desenvolvidas pelas empresas ligadas ao ramo tecnológico, especialmente os provedores de pesquisa. Conforme análise de Dutton (2010, p. 14), “a presença de interesses conflitantes nos países pode levar a restrições de liberdade de expressão, por meio de leis e outros atos normativos que regulamentem a privacidade e a responsabilidade no meio digital.”.

No entendimento de Mendes Garcia (2016), a internet possui três características particulares que a distingue dos demais tipos de sistemas de comunicação, de forma que o estabelecimento de uma regulamentação exige a observância de determinadas condições específicas: a) a velocidade com que as informações podem se disseminar, assumindo a forma dos mais diferentes tipos de mídia; b) a existência de poderosos recursos técnicos capazes de promover um intenso controle, vigilância e monitoramento das condições pertinentes a vida privada; c) A terceira característica é o caráter de transnacionalidade, ou seja, a noção de que o ambiente *online* se trata de uma zona sem fronteiras.

Em meio a esse contexto reflexivo acerca da regulamentação da internet, a Coalização Dinâmica para Direitos e Princípios da Internet (*The Internet Rights and Principles Dynamic Coalition – IRPC*), rede internacional de pessoas e organizações que promovem defesa dos direitos humanos no ambiente virtual e na elaboração de políticas para a Internet, produziu no ano de 2015, a Carta de Direitos Humanos e Princípios para a Internet. Tal documento trata-se de um marco, por estar fundado na defesa e promoção dos direitos humanos para o ambiente *online*, norteando a formulação de políticas voltadas para a governança da internet.

Em seu bojo, a Carta apresenta dez princípios essenciais a serem observados no processo elaborativo de qualquer legislação referente ao uso da Internet. Os princípios são listados abaixo, mediante transcrição literal do documento. (INTERNET RIGHTS & PRINCIPLES COALITION, 2017).

1 – **Universalidade e Igualdade:** todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos, que devem ser respeitados, protegidos e cumpridos no ambiente online.

2 – **Direitos e Justiça Social:** a Internet é um espaço para a promoção, proteção e cumprimento dos direitos humanos e para o avanço da justiça social. Cada indivíduo tem o dever de respeitar os direitos humanos de todos os outros no ambiente online.

3 – **Acessibilidade:** Todos os indivíduos têm igual direito de acessar e utilizar uma Internet segura e aberta.

4 – **Expressão e Associação:** Todos os indivíduos têm o direito de livremente procurar, receber e difundir informação na Internet sem censura ou outras interferências. Todos os indivíduos têm também o direito de se associar livremente na e pela internet, seja para fins sociais, políticos, culturais ou outros

5 – **Privacidade e Proteção de Dados:** Todos os indivíduos têm o direito à privacidade online, incluindo o direito de não ser vigiado, o direito de usar criptografia e o direito ao anonimato online. Todos os indivíduos têm também o direito à proteção de dados, incluindo o controle sobre coleta, retenção, tratamento, eliminação e divulgação de dados pessoais.

6 – **Vida, Liberdade e Segurança:** O direito à vida, à liberdade e à segurança devem ser respeitados, protegidos e cumpridos na Internet. No ambiente online estes direitos não devem ser desrespeitados ou utilizados para violar outros direitos.

7 – **Diversidade:** A diversidade cultural e linguística na Internet deve ser promovida; a inovação técnica e política deve ser incentivada para facilitar a pluralidade de expressão

8 – **Igualdade:** Todos os indivíduos devem ter acesso universal e aberto ao conteúdo da Internet, livre de priorização discriminatória, de filtragem ou controle de tráfego por motivos comerciais, políticos ou outros.

9 – **Padrões e Regulamento:** A arquitetura da Internet, os sistemas de comunicação e o formato de documentos e dados devem ser baseados em padrões abertos que garantem a completa interoperabilidade, a inclusão e a igualdade de oportunidades para todos.

10 – **Governança:** Os direitos humanos e a justiça social devem formar as bases legais e normativas sobre as quais a Internet funciona e é governada. Isto deve acontecer de forma transparente e multilateral, com uma Internet baseada nos princípios de abertura, participação inclusiva e de responsabilização. (grifo nosso)

Desta forma, é flagrante o movimento expansionista pelo qual atravessa a Internet, considerando a existência de uma quantidade cada vez maior de empresas provedoras de serviços, do desenvolvimento do comércio eletrônico e da presença constante das redes sociais no dia a dia das pessoas.

Segundo estudo realizado pelo Instituto de Internet de Oxford (*Oxford Internet Institute – OII*), em parceria com a UNESCO, a constatação que se verifica é que “a pressão para o progresso econômico em países em desenvolvimento tem representado um grande impulso por trás da difusão da Internet, por constituir um meio central para transações econômicas tanto locais como globais.” (DUTTON, 2010, p. 14-15).

Diante desse cenário, adquire grande importância o desenvolvimento de marcos regulatórios e de modelos de governança que sejam aptos a promover a tutela dos bens jurídicos dos usuários, bem como sejam capazes de assegurar o direito à privacidade e a liberdade de expressão.

3.1.1. Lei nº 12.965/2014 - Marco Civil da Internet no Brasil

3.1.1.1 Histórico

Perante a realidade descrita anteriormente, onde a Internet se encontra consolidada como serviço essencial à sociedade, diretamente ligada ao exercício de direitos pela população, adveio a necessidade do desenvolvimento de uma legislação, no âmbito do

ordenamento jurídico brasileiro, capaz de estabelecer um regramento claro quanto aos direitos e deveres dos usuários no ambiente virtual.

Sob tal premissa, a Lei nº 12.965/2014, reconhecida como Marco Civil da Internet, previu uma série de disposições pertinentes a sua utilização Brasil, estabelecendo princípios, diretrizes e preceitos gerais a serem aplicados em sua regulamentação.

Nas palavras de Alessandro Molon (2015, p.98), deputado relator que apresentou o parecer substitutivo ao Projeto de Lei nº 2.126/2011, a legislação “chegou para deixar claras as regras, oferecendo segurança jurídica e pondo fim a abusos aos quais estavam sendo submetidos os usuários de internet no país, sem sequer saber”.

O início do processo elaborativo do Marco Civil da Internet se deu 2009, a partir do desenvolvimento de um texto do anteprojeto pela Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, em conjunto com o Centro de Tecnologia e Sociedade da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, motivados pelo ideal da produção de um regramento que, ao mesmo tempo que fosse capaz de tutelar o ambiente *online*, sob os seus mais diferentes aspectos, assegurasse as condições para a plena utilização da internet (COMITÊ GESTOR DA INTERNET, 2014).

Como informado por Leal (2015), a construção legislativa contou com a participação direta da sociedade civil, através da realização de consultas públicas, audiências e seminários pelo país, assim como foi desenvolvido um *blog* na plataforma digital hospedada pelo Ministério da Cultura e pela Rede Nacional de Pesquisa, com o intuito de oportunizar o recebimento de contribuições diretamente pelos usuários da Internet, tendo mais de 2.300 pessoas participado da elaboração da primeira versão do projeto de lei.

O Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br), organização responsável pelo estabelecimento das diretrizes quanto ao seu uso e desenvolvimento no país, também elaborou, no ano de 2009, a Resolução CGI.br/RES/2009/003/P, sob o título “Princípios para a Governança e Uso da Internet no Brasil”, elencando as diretrizes essenciais ao desenvolvimento de um marco civil para o ambiente virtual.

3.1.1.2 Princípios do Marco Civil da Internet

O art. 3º do Marco Civil da Internet assegurou, dentre seus princípios a liberdade de expressão, a privacidade dos usuários, a garantia de um ambiente de inovação e desenvolvimento econômico, a legalidade e a segurança pertinente a utilização da internet, dentre outros pontos.

Essa concepção está ligada de forma direta a própria realidade inerente a uma Sociedade de Informação, onde a disponibilização permanente de conteúdo no ambiente *online* e a imensa capacidade de obtenção de informações, especialmente por intermédio dos provedores de pesquisa, acabam por configurar um cenário em que a violação da privacidade se torna altamente suscetível, em virtude do alto nível de exposição a que as pessoas estão sujeitas.

Segundo a perspectiva de Molon (2015), a referida legislação adotou três diretrizes como os princípios basilares ao uso e funcionamento da internet no país, indicando a proteção da privacidade, o respeito à liberdade de expressão no ambiente virtual e a garantia da neutralidade na rede.

De tal maneira, ao assegurar a tutela da privacidade dos usuários, enquanto direito fundamental previsto constitucionalmente, o Marco Civil Internet almeja a promoção da defesa da vida privada e da dignidade da pessoa humana.

Seguindo esta linha, Mendes Garcia aponta que o modelo adotado pela legislação brasileira determina a preservação dos dados, estabelecendo aos provedores de serviços “o dever de preservar, a partir daquele instante, todos os dados e registros de conexão específicos de usuários determinados, suspeitos de terem praticado crimes ou outros atos ilícitos por meio da Internet.” (2016, p.9-10).

Com relação ao princípio de neutralidade da rede, este pode ser traduzido como a concepção relativa a um ambiente virtual onde a circulação de dados observe tão somente critérios técnicos e éticos, não sendo influenciado por motivações políticas, religiosas, culturais, ou qualquer outra forma de favorecimento. Para Leal (2015, p.163), o princípio da neutralidade pode ser compreendido como a “não discriminação de conteúdos na rede, ou seja, que os dados enviados de um canto a outro do mundo continuem com o tráfego livre e igualitário.”.

Em meio a esse contexto, o núcleo do debate relativo ao Direito ao Esquecimento, sob a perspectiva de sua aplicação no ambiente *online*, gira em torno da possibilidade de o usuário, enquanto sujeito interessado em promover a remoção de determinado conteúdo das páginas eletrônicas, ter a possibilidade de requerer dos provedores de acesso à Internet a supressão de informações consideradas por ele de caráter pessoal.

Essa também é a percepção é compartilhada por Pimentel e Cardoso (2015, p.52), tratando que “o direito ao esquecimento digital se refere à tomada de consciência dos usuários da Internet de que eles dispõem de direitos pessoais sobre seus próprios dados e que o compartilhamento é uma opção personalíssima”.

Seguindo essa linha de raciocínio, o Marco Civil da Internet, embora não tenha estabelecido uma referência expressa ao direito ao esquecimento, conferiu uma maior amplitude quanto a sua aplicabilidade, conforme se verifica do teor das disposições contidas no art.7º, incisos I e X, a seguir dispostas:

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

I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

(...)

X - exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei; (grifo nosso)

A partir de tal previsão, o que se verifica é que a finalidade do direito ao esquecimento não mais se limita a hipóteses de divulgação de conteúdos inverídicos ou que constituam ilícito penal, tais como calúnias e difamações, mas trata-se de uma concepção que abrange o direito de o indivíduo possuir o efetivo controle sobre a exposição de informações consideradas de índole pessoal.

Posto isso, o teor constante do art.7º, X, confere a possibilidade de se requerer a exclusão de dados pessoais que tiverem sido repassados aos denominados “provedores de aplicação de internet”. No entendimento de Molon (2015, p.101), ao prever esse dispositivo, o legislador buscou conferir que “uma vez encerrado um perfil numa rede social ou a relação com um site, o internauta pode exigir que os dados que forneceu sejam excluídos definitivamente e não apenas indisponibilizados, como era feito. ”.

Assim, adquire grande destaque a análise quanto aos meios jurídicos previstos pelo Marco Civil da Internet que possibilitem a remoção de conteúdo da internet, abordando o aspecto pertinente a possibilidade de se atribuir algum tipo de responsabilidade aos provedores quanto aos danos decorrentes de conteúdo gerados por terceiros.

3.1.1.3 – Responsabilização Civil dos Provedores de Serviço

A análise quanto a possibilidade de atribuição de responsabilidade civil aos provedores de serviço exige, primeiramente a demonstração da diferença entre os tipos de provedores existentes. Tal distinção, pode ser esclarecida conforme os termos constantes no Voto proferido pela Ministra do STJ, Nancy Andrichi, no julgamento do REsp nº 1.316.921/RJ, a seguir disposto:

Os provedores de serviços de Internet são aqueles que fornecem serviços ligados ao funcionamento dessa rede mundial de 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. (grifo nosso).

Ademais, outra pertinente diferença, desta vez apontada pelo legislador, se verifica entre os denominados provedores de conexão à internet e os provedores de aplicações de internet. Seguindo a explicação de Pimentel e Cardoso (2015), os provedores de conexão à internet são aqueles que realizam a hospedagem dos sítios que oferecem utilidades aos usuários, assegurando aos mesmos que tenham acesso ao ambiente virtual. Já os provedores de aplicações de internet, definidos no art.5º, II do Marco Civil da Internet, como “conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet”, disponibilizam serviços aos usuários.

O art.18 do Marco Civil da Internet apontou, de forma expressa, a não responsabilização dos provedores de conexão à internet pelos danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. Por sua vez, o art.19, *caput*, condicionou a responsabilização civil dos

provedores de aplicações de internet à hipótese de descumprimento de ordem judicial específica, observando o âmbito e os limites técnicos do serviço, ressaltando ainda que medida distinta configuraria violação a liberdade de expressão e caracterização de censura.

Assim sendo, é pertinente enfatizar que a necessidade de existência de uma prévia ordem judicial não confere aos provedores de aplicações imunidade a qualquer tipo de responsabilização. Para Teixeira (2015) a responsabilização do provedor não está relacionada apenas ao nível de ciência, mas também da participação que lhe deve ser atribuído quanto a postagem de conteúdos indevidos, inclusive no que tange às vantagens econômicas auferidas.

Desse modo, o que se extrai é que a legislação não atribuiu responsabilidade direta aos provedores de aplicações de internet, entendendo pela necessidade da existência de uma prévia ordem judicial que determine ao provedor a retirada de conteúdo do ambiente virtual, a ser cumprida em certo período de tempo. Ou seja, apenas nos casos em que as informações continuarem a ser disponibilizadas, malgrado a existência de decisão judicial em sentido contrário, é possível atribuir responsabilidade civil aos provedores de aplicações de internet.

Outro ponto a ser salientado diz respeito à menção contida no art.19, *caput*, quanto a consideração do âmbito e dos limites técnicos dos serviços desempenhados pelo provedor, a fim de analisar a sua responsabilidade civil. No entendimento de Pimentel e Cardoso (2015), tal disposição atribui aos provedores o ônus de comprovar que o não cumprimento de determinada ordem judicial se deu em virtude de impossibilidade técnica ou por se tratar de medida que não faz parte do campo de atuação do provedor.

Da mesma forma, o Marco Civil da Internet trouxe, em seu art.20, *caput*, a necessidade de que o indivíduo que tenha postado o conteúdo que posteriormente foi removido, seja informado acerca dessa providência pelo provedor de aplicações de internet, bem como tenha ciência dos motivos justificadores de tal medida, possibilitando o consecutivo exercício do contraditório e da ampla defesa em juízo. Já o parágrafo único, faculta ao usuário que disponibilizou o conteúdo tornado indisponível, a requisição ao provedor que, no espaço que era ocupado pelo referido conteúdo, sejam exibidas as razões que motivaram tal supressão.

A exceção conferida pela legislação à regra de responsabilidade civil dos provedores de aplicação de internet trata-se da hipótese prevista no art. 21, abordando quanto às situações que envolvam a exibição de “cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado”. Nesses casos, a responsabilização civil subsidiária resta configurada quando o indivíduo retratado, ou

seu representante legal, comprovam ter notificado extrajudicialmente o provedor, informando precisamente acerca dos elementos identificadores do material, tendo a empresa se quedado em promover a remoção do conteúdo.

É importante ressaltar que o caráter extrajudicial da notificação mencionada não afasta a possibilidade de se ingressar diretamente com o pleito judicial. Nesta situação, a diferença existente é que a responsabilidade civil apenas se verificará na hipótese de descumprimento de ordem judicial que determine a indisponibilidade das informações.

3.2 RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS ENTRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA WEB X DIREITO AO ESQUECIMENTO

3.2.1 Técnica Decisória da Ponderação

Tornam-se cada vez mais frequentes, no contexto de uma sociedade de informação, o surgimento de situações nos fazem questionar acerca da possibilidade de se compatibilizar a aplicação do direito ao esquecimento, com o exercício da liberdade de expressão na *web*.

Nesse diapasão, diante da colisão estabelecida entre valores constitucionalmente protegidos, quais sejam, a liberdade de informação e a proteção dos direitos da personalidade, o julgador deve se valer da técnica decisória da ponderação, analisando a possibilidade de atenuar o grau de aplicação de determinado direito, com o intuito de promover uma harmonização entre as normas, atentando para as condições presentes na realidade fática.

Tratando acerca da colisão entre direitos fundamentais, Mendes (2012, p.262), considera que “deve-se buscar a conciliação entre eles, uma aplicação de cada qual em extensões variadas, segundo a respectiva relevância no caso concreto, sem que se tenha um dos princípios excluídos do ordenamento jurídico por irremediável contradição com o outro”.

Consoante lição de Barroso (2012), o processo da ponderação passa por três etapas. Na primeira, acontece a verificação, pelo próprio intérprete, quanto às normas aptas a promover o deslinde de determinado caso, avaliando a possibilidade da ocorrência de conflito entre elas. A segunda etapa é a fase onde se dá o exame da relação estabelecida entre a realidade dos fatos e o conteúdo normativo, de maneira que as circunstâncias fáticas revestem o conteúdo dos princípios, de forma a esclarecer o papel e a influência das normas identificadas na primeira etapa. Por fim, a terceira etapa consiste na apreciação, realizada pelo

intérprete, quanto a preponderância de um grupo de normas sobre as demais, bem como os efeitos decorrentes dessa aplicação na realidade.

É de grande importância destacar que a avaliação procedida pelo intérprete deve observar a aplicação do princípio da proporcionalidade, enquanto método de interpretação do Direito, constituindo essencialmente um critério que promove o sopesamento de princípios, visando o alcance de uma solução diante do conflito estabelecido entre valores fundamentais.

Esse também a interpretação adotada por Tavares (2012, p.778), considerando que “o princípio da proporcionalidade mostra sua grande significação, pois pode ser usado como critério para solucionar da melhor forma tal conflito, otimizando a medida em que se acata prioritariamente um e desatende o mínimo possível o outro princípio.”.

O princípio da proporcionalidade é uma verdadeira garantia constitucional que tem uma dupla função: protege os indivíduos contra os abusos do poder estatal e serve de método interpretativo de apoio para o juiz quando este precisa resolver problemas de compatibilidade e de conformidade na tarefa de densificação ou concretização das normas constitucionais. (NOVELINO, 2010, p.181).

Desta forma, necessário frisar que o estudo já realizado acerca da interpretação jurisprudencial adotada pelo STJ, diante do confronto estabelecido entre a liberdade expressão e a proteção da privacidade, confere um direcionamento essencial quanto a análise dos critérios a serem apreciados pelo julgador, diante do caso concreto.

3.2.2. Critérios para a Solução de Conflitos entre a Privacidade e a Liberdade de Expressão

A solução dos conflitos estabelecidos entre o exercício da liberdade de expressão e a proteção da privacidade exige a observância, por parte do julgador, de alguns critérios essenciais, que avaliam os bens jurídicos envolvidos e constituem uma orientação ao processo decisório.

De acordo com Carvalho e Dantas (2013), o primeiro critério é relativo a natureza do fato objeto da divulgação, ou seja, se o mesmo é de interesse público ou privado. Nesse sentido, é relevante apontar que a avaliação quanto ao interesse público com relação a determinada matéria, é situação variável conforme a realidade fática.

No entendimento de Mendes (2012, p. 412-413), o interesse público resta configurado diante de “notícias necessárias para proteger a saúde ou a segurança pública, ou para prevenir

que o público seja iludido por mensagens ou ações de indivíduos que postulam a confiança da sociedade, tendo peso apto para superar a garantia da privacidade.”.

Deste modo, o que se verifica é que, se tratando de matéria de interesse público, a proteção conferida aos direitos da personalidade deverá ser reduzida em comparação a garantia da liberdade de expressão.

Caso o assunto seja de natureza privada, é pertinente que o intérprete avalie o âmbito da personalidade em que o assunto está inserido, isto é, se pertencente a esfera da intimidade e privacidade. Como já abordado detidamente em capítulo anterior, a distinção que se faz entre as referidas noções informa que a privacidade se trata de um conceito mais amplo do que a intimidade, abrangendo relações profissionais e pertinentes a vida privada que o indivíduo não deseja que sejam expostas ao público, enquanto a intimidade trata essencialmente da esfera íntima, de caráter individual. Sob tal perspectiva, a tutela conferida a conteúdo concernente à intimidade deve ocorrer de forma mais intensa do que a proteção da privacidade.

O segundo critério indicado pelos autores está relacionado ao objetivo da divulgação, isto é, se a finalidade almejada é promover a fiel comunicação de informações, enquanto fatos desprovidos de juízo de valor ou se a pretensão está ligada ao manifesto de uma opinião acerca de determinado assunto.

Neste caso, é na segunda hipótese que a proteção conferida aos direitos da personalidade se constata em maior grau, pois a interpretação parte do pressuposto basilar que uma informação preenchida de conteúdo valorativo, ao se disseminar pela sociedade, é capaz de gerar danos irreparáveis aos indivíduos atingidos por ela.

O terceiro critério informado por Carvalho e Dantas (2013) é pertinente ao número de ouvintes, leitores ou telespectadores do veículo de comunicação utilizado, ou seja, se refere ao potencial alcance que a divulgação de determinada conteúdo pode adquirir ao ser divulgado. Sendo assim, diante da perspectiva de um expressivo quantitativo de pessoas atingidas, torna-se maior o risco envolvido na exposição da personalidade do indivíduo, demandando uma maior observância quanto a proteção de aspectos ligados a intimidade, privacidade, honra e imagem.

O quarto critério guarda relação com a qualidade da investigação empreendida, isto é, o grau de apuração procedida pelo emissor da informação, de maneira que o amparo da liberdade de expressão alberga tão somente aquela informação que seja revestida de

autenticidade. A ressalva a essa percepção se verifica quanto àquela informação considerada errônea, isto é, que se revela equivocada em instante posterior a sua divulgação. Tal situação é inerente ao desempenho da atividade jornalística. Isso significa que, quanto maior o nível de questionamento em torno da veracidade da informação divulgada, a defesa dos direitos da personalidade adquire maior relevância.

O quinto critério aponta se o indivíduo atingido pela exibição da informação trata-se de pessoa pública ou não. Tal aspecto possui grande importância pelo fato de que, estabelecendo um juízo de ponderação entre o interesse coletivo em ter acesso à informação e a pretensão individual de suprimir a exibição de certo conteúdo, permite-se um abrandamento da esfera de proteção dos direitos da personalidade de pessoas públicas ou envolvidas em acontecimento social relevante, de forma a prevalecer a liberdade de informação, atendendo ao interesse da sociedade.

Nessa linha de raciocínio, avaliando quanto ao conflito entre liberdade de expressão e a privacidade, Mendes (2012) fornece o exemplo de uma situação em que um jornalista pretenda exibir informações particulares de determinada pessoa em uma reportagem. Segundo o doutrinador, caso o sujeito não esteja inserido em um contexto social relevante, a proteção da privacidade se dará com maior intensidade. Contudo, sendo o indivíduo ator de algum fato de interesse público significativo, o interesse geral da matéria reforça a defesa da liberdade de expressão.

Assim, as situações que ensejam a aplicação do Direito ao Esquecimento no ambiente virtual, enquanto concepção decorrente da tutela do direito à privacidade, são aquelas onde se verifica, a partir da análise das condições do caso concreto, a preponderância da necessidade de proteção da esfera privada em detrimento do exercício da liberdade de expressão na *web*.

Sob tal perspectiva, Teixeira (2015) constata a existência de três hipóteses justificadoras da exclusão de conteúdos da Internet, quais sejam: a) O fato narrado ou pessoa criticada se referirem a um interesse exclusivamente privado; b) mesmo sendo de interesse público, não decorrerem de uma responsável apuração quanto à veracidade dos fatos; c) a opinião ou crítica desbordar para ataques injuriosos.

No próximo tópico, abordaremos o modo com que a jurisprudência estrangeira e a brasileira vêm abordando os casos que tratam dessa problemática, destacando os argumentos favoráveis e contrários pertinentes a aplicabilidade do Direito ao Esquecimento sob a perspectiva da Internet.

3.3 ANÁLISE DOS CASOS JURISPRUDENCIAIS

3.3.1. Precedente da União Europeia

Um julgamento emblemático que reflete a forma com que o Direito ao Esquecimento é interpretado no cenário europeu ocorreu em maio de 2014, tendo sido apreciado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) em ação promovida pela Agência Espanhola de Proteção de Dados (AEPD) contra a empresa Google.

O caso trata acerca da pretensão de Mario Coteja Gonzáles que, em março de 2010, ingressou com uma reclamação junto a AEPD contra o jornal *La Vanguardia Ediciones SL*, a *Google Spain* e a *Google Inc.*, sob a justificativa de que, ao se realizar a pesquisa de seu nome através do sítio do provedor de busca, era veiculada uma notícia divulgada pelo jornal espanhol em 1998, tratando sobre um anúncio de venda de imóveis em hasta pública, decorrente de uma execução fiscal motivada por dívidas previdenciárias.

O autor entendeu que tal exposição repercutia diretamente na sua vida atual, causando um prejuízo latente da sua imagem perante as outras pessoas. De tal maneira, ingressou com ação judicial, pleiteando duas medidas: a primeira, era que o mencionado jornal promovesse a exclusão ou correção do conteúdo informado; a segunda, foi o requerimento de que o Google deixasse de vincular o nome do usuário com a informação que lhe era depreciativa.

Após trâmite inicial na esfera da Justiça espanhola, o caso foi remetido para o Tribunal de Justiça Europeu pois abordava conteúdo referente à denominada Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, datada de 1995, tratando-se de legislação da União Europeia acerca da proteção da liberdade e da privacidade nas comunicações eletrônicas.

Em junho de 2013, o advogado-geral da Corte, Niilo Jääskinen, emitiu um parecer acerca do caso¹⁸, se pronunciando no sentido de defender a não responsabilização do Google pela vinculação de conteúdo, bem como pela ausência de obrigatoriedade da empresa em suprimir a exibição de certas páginas virtuais, considerando que tal medida configuraria a instituição de uma censura quanto ao acesso a determinadas informações.

Segundo o advogado, nos países em que existem escritórios do Google fixados, deve ser aplicada a legislação deste Estado na solução de conflitos que envolvam a empresa,

¹⁸ A íntegra do Parecer se encontra disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/parecer-google-direito-esquecimento.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2017.

dispondo do seguinte modo: “(...) um Estado-Membro aplicará as suas disposições nacionais adotadas por força da diretiva ao tratamento de dados pessoais quando houver um estabelecimento situado no território desse Estado-Membro. ” (Trecho do Parecer do Advogado-Geral Niilo Jääskinen).

Do mesmo modo, afirmou que a normatização constante na Diretiva 95/46/CE faz referência quanto a garantia da retificação de dados e assegura que informações inverídicas, incorretas ou incompletas possam ser removidas, contudo não estabelece nenhuma previsão quanto ao direito de supressão de conteúdos que sejam verídicos.

Isto posto, considerou aptas a legitimar tal restrição aos provedores de pesquisa as hipóteses de “bloqueio do acesso a sítios *web* de terceiros com conteúdos ilegais, tais como páginas *web* que violem direitos de propriedade intelectual ou que exibam informação difamatória ou criminosa. ” (Trecho do Parecer do Advogado-Geral Niilo Jääskinen).

Entretanto, a decisão adotada pelo Tribunal foi na direção oposta ao teor do Parecer, indicando a responsabilização do provedor de busca, justificando que, ainda que a pesquisa não realize a diferenciação quanto à personalidade do conteúdo disponibilizado, a apresentação de um conjunto de informações relativas a determinada pessoa culmina no estabelecimento de um perfil pessoal, conforme o teor do resultado obtido.¹⁹

Além disso, o entendimento adotado foi o de que, na hipótese de o sítio que houver originalmente publicado a notícia não excluir a informação, uma ordem judicial é capaz de determinar que o conteúdo não seja exibido ao se realizar uma pesquisa pelo provedor. Para tanto, o que se exige para a realização de tal procedimento é que, primordialmente, seja apresentado um requerimento justificado ao Google para que este realize a análise quanto a procedência do pedido. Em caso de resposta negativa, é admitido o pleito judicial.

Outro ponto abordado pela decisão foi quanto ao fato de que a licitude da informação não reveste sua exposição de caráter absoluto, ou seja, sendo constatado que direitos individuais foram violados pela publicação, reconhece-se o direito de que os dados sejam suprimidos. Por consequência, depreendeu-se que o Direito ao Esquecimento prevalece sobre o interesse econômico de se ter acesso a alguma informação, observando a ressalva quanto a fatos que tratem de pessoas notórias e envolvam o interesse público, hipótese em que a proteção individual é atenuada.

¹⁹ A íntegra do Acórdão se encontra disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/tj-ue-google-direito-esquecimento.pdf>>. Acesso em: 25. out. 2017

Diante desse contexto, baseando-se nas disposições constantes na Diretiva 95/46/CE, o Tribunal interpretou que a passagem do tempo é capaz de obstar inclusive, a exposição de informações lícitas, por serem incompatíveis com o regramento presente na legislação europeia, justificando a aplicabilidade do Direito ao Esquecimento.

Assim, foi imediata a repercussão dos efeitos da decisão que obriga o Google a realizar uma filtragem dos resultados vinculados a determinada pesquisa. Ainda em maio de 2014, o Google disponibilizou um formulário *online*, acessível apenas aos usuários europeus, onde se possibilita requisitar a remoção de *links* que contenham informações consideradas de caráter privado.

A partir de tal documento, é a própria empresa que realiza uma análise individualizada quanto a procedência do pedido. Segundo o Relatório de Transparência do Google, até maio de 2017, foram recebidas cerca de 723,7 mil requisições de supressão de conteúdo na Europa, sendo que, em 43,1% dos casos, as informações foram removidas²⁰.

3.3.2 Jurisprudência no Brasil

3.3.2.1 Caso Cicarelli

O caso trata acerca da divulgação de um vídeo no YouTube, filmado por um *paparazzo* espanhol, contendo cenas íntimas da modelo Daniela Cicarelli com seu ex-namorado Renato Malzoni, em uma praia localizada na costa da Espanha, em agosto de 2006. Tal episódio trata-se de um caso considerado paradigmático por tratar do confronto entre os direitos à privacidade e à informação. A época, o caso adquiriu repercussão mundial, tendo o conteúdo se disseminado por todo o mundo.

O casal ingressou com uma Ação Inibitória junto a Justiça Estadual de São Paulo, pleiteando o bloqueio da exibição do referido vídeo e de imagens dele extraídas. O juízo de primeiro grau (23º Vara Cível de São Paulo/SP) indeferiu a concessão da medida liminar. Contudo, os autores recorreram ao Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ/SP), por intermédio de Agravo de Instrumento, tendo a 4º Câmara de Direito Privado acolhido o pleito autoral, determinando o cumprimento da antecipação de tutela, sob a justificativa de resguardar a

²⁰A íntegra do Relatório de Transparência se encontra disponível em: <<https://transparencyreport.google.com/eu-privacy/overview>>. Acesso em 28. out. 2017.

proteção dos direitos da personalidade dos envolvidos, apontando o não consentimento do casal para a exibição do conteúdo, bem como pela ausência de interesse público apto a legitimar tal divulgação.

Ocorre que, em virtude da continuidade da veiculação do vídeo no sítio do Youtube, o TJ/SP, ao julgar o Agravo de Instrumento nº 488.184-4/3, não considerou razoável estabelecer o bloqueio por completo do sítio eletrônico, determinando a instalação de filtros que bloqueassem o acesso ao vídeo, observando que, na hipótese da impossibilidade do cumprimento de tal medida, a empresa deveria adotar providências com o intuito de demonstrar o efetivo cumprimento da decisão judicial.

Em 2015, o imbróglío alcançou o STJ, tendo a decisão da 4ª Turma, no julgamento do REsp nº 1.492.947/SP, sido unânime quanto a determinação de reduzir o valor da multa a ser paga pelo Google aos autores, em virtude da não retirada do vídeo publicado do Youtube, conforme determinação do TJ/SP, diminuindo o valor de R\$ 96 milhões para R\$ 500 mil.

Segundo o entendimento do Ministro Relator, Luís Felipe Salomão, considerando o grau de divulgação alcançado pela disseminação do vídeo, tal estipulação “se mostra apta a sancionar o descumprimento de ordem judicial e não enseja o enriquecimento sem causa. ”. (Trecho do Voto do REsp nº 1.492.947/SP).

3.3.2.2 Caso Xuxa - REsp nº 1.316.921/RJ

O referido recurso foi interposto pelo Google em ação promovida pela apresentadora de televisão Xuxa Meneghel, requerendo a supressão de qualquer tipo de conteúdo que fosse exibido quando pesquisado o termo “xuxa pedófila” ou quaisquer outras terminologias que vinculassem o nome da autora a prática de alguma conduta criminosa.

A decisão do juízo de primeiro grau concedeu liminar favorável ao pleito da autora, determinando que a empresa tornasse indisponível a exibição de conteúdo associado aos referidos termos questionados pela parte autoral. Sob a mesma perspectiva, a antecipação de tutela concedida pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ainda que tenha restringido os efeitos da liminar para vetar somente a exibição de imagens relacionadas com a terminologia, manteve o entendimento adotado pelo magistrado.

Diante dessa situação, a fundamentação apresentada pelo Google, em sede de Recurso Especial, argumentou pela impossibilidade de se atribuir à empresa a função de realizar o monitoramento quanto ao teor das informações apresentadas por cada sítio eletrônico ao se realizar uma pesquisa, em virtude da própria inviabilidade técnica do cumprimento de tal determinação. Ademais, alega que tal conduta caracterizaria o estabelecimento de uma censura prévia de conteúdo, anterior a qualquer tipo de demanda judicial.

No âmbito do STJ, conforme entendimento da Ministra Relatora Nancy Andrighi, o serviço disponibilizado pela Google não promove qualquer tipo de inclusão ou hospedagem dos sítios eletrônicos que aparecem como resultado de uma busca realizada. Trata-se de mecanismo que possibilita ao usuário, através da inserção dos argumentos de busca, obter como resultado uma série de páginas virtuais que estejam vinculadas a determinada informação, tratando-se, portanto, de um provedor de pesquisa.

Sob tal ponto, esse sistema “constitui uma espécie do gênero provedor de conteúdo (...) se limitando a indicar *links* onde podem ser encontrados os termos ou expressões de busca fornecidos pelo próprio usuário.” (Trecho do Voto do REsp 1.316.921/RJ).

Nesse contexto, o entendimento adotado quanto a responsabilidade dos provedores de pesquisa é o de que estaria relacionado com o desempenho de sua função essencial, qual seja, como instrumento de auxílio à busca por informações no ambiente virtual. Sendo assim, a tais provedores é cabível atribuir a questão da garantia quanto ao sigilo, segurança e inviolabilidade dos dados cadastrais de seus usuários e das pesquisas efetuadas.

De tal modo, compreendeu pela não permanência do Google no polo passivo da demanda, pois não possuiria responsabilidade sobre o conteúdo constante em sítios mantidos por terceiros, verificando que, ainda que os 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. (Trecho do Voto do REsp 1.316.921/RJ).

Outrossim, frisou a Ministra que a medida cabível pelo indivíduo que pretende obter a exclusão de informações pessoais da Internet é acionar judicialmente a própria página virtual que apresenta conteúdo ofensivo ou ilícito, através da indicação específica da URL (*Universal Resource Locator*), ou seja, o endereço virtual de determinado sítio eletrônico. Nesse sentido, expôs: “se a vítima identificou o autor do ato ilícito, não tem motivo para demandar contra

aquele que apenas facilita o acesso a esse ato que, até então, se encontra publicamente disponível na rede de divulgação.” (trechos do Voto do REsp nº 1.316.921 – RJ).

Essa conduta se justificaria, pois, admitir a hipótese de transferir ao provedor de pesquisa a incumbência de proceder análise das páginas virtuais que contenham informações de natureza violadora de direitos personalíssimos, constitui medida que, além de exigir a presença do elemento humano em virtude do grau de subjetividade da matéria, comprometeria frontalmente a disponibilização de dados em tempo real, em razão da necessidade de se realizar uma prévia verificação do conteúdo a ser exibido.

A Ministra ressaltou que não devem ser criados obstáculos ao direito da coletividade de ter acesso à informação, ponderando que, diante do confronto existente entre o interesse individual e o da sociedade, a preponderância deve ser conferida à liberdade de informação, principalmente em razão do papel assumido pela Internet como instrumento essencial de comunicação.

Diante disto, o entendimento exposto pela relatora do caso, acompanhada pelos demais ministros integrantes da 3ª Turma do STJ, foi de dar provimento ao Recurso Especial interposto pelo Google, reconhecendo que: (i) o provedor de busca não deve ser responsabilizado pelo conteúdo das páginas exibidas ao ser realizada a pesquisa virtual; (ii) não cabe ao provedor de busca proceder uma análise prévia quanto ao teor das informações apresentadas ao ser feita uma pesquisa; (iii) não deve ser restringida a vinculação de informações relacionadas aos parâmetros indicados na busca.

3.3.2.3 REsp nº 1.593.873/SP

O julgamento realizado pela 3ª Turma do STJ, em 10 de novembro de 2016 (já sob a égide do Marco Civil da Internet), foi unânime ao dar provimento ao REsp nº 1.593.873/SP, também sob a relatoria da Ministra Nancy Andrighi, compreendendo pela ausência de responsabilização dos provedores de busca, não podendo ser determinada a obrigação de se suprimir a exibição de pesquisa acerca de determinado assunto.

O recurso em questão foi interposto pelo Google, tratando-se de ação que visava determinar o bloqueio da vinculação entre o nome de S M S (nome da autora foi mantido sob sigilo, em virtude de segredo de justiça) e páginas que expusessem imagens suas de nudez.

A decisão do juízo de 1º grau foi pela improcedência do pleito autoral, compreendendo pela ilegitimidade passiva da empresa. Contudo, após apresentação de recurso junto ao Tribunal de Justiça de São Paulo, o juízo de 2º grau entendeu pela procedência do pedido da autora, considerando tratar-se de conteúdo que não possuía relevância apta a legitimar uma exposição pública, considerando cabível o reconhecimento do Direito ao Esquecimento ao caso concreto, enquanto decorrência da proteção da dignidade da pessoa humana.

A argumentação apresentada pelo Google para fundamentar a tese recursal, sustentou que seria inviável o estabelecimento de um bloqueio da apresentação de conteúdo a partir da inserção dos parâmetros de busca, pelo fato de que o Marco Civil da Internet condiciona tal conduta ao fornecimento das URL (*Universal Resource Locator*), ou seja, o endereço virtual de determinado sítio eletrônico.

A Ministra apontou inicialmente que o direito ao esquecimento constitui temática já reconhecida no ordenamento jurídico, mencionando a existência de entendimento doutrinário, através da edição do Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil, e jurisprudencial, citando os julgados REsp 1.335.153/RJ (caso Aida Cury) e o REsp 1.334.097/RJ (Caso Chacina da Candelária).

Em seu Voto, compreendeu que a interpretação conferida ao Direito ao Esquecimento pelo Tribunal de Justiça da União Europeia não é compatível com o ordenamento jurídico brasileiro, sob a justificativa de que, conferir aos provedores de pesquisa a avaliação sobre a exposição de determinado conteúdo, significaria a instituir o papel de “censor digital” a essas instituições, constituindo uma afronta direta ao direito fundamental da liberdade de expressão.

Prosseguindo nessa linha, a relatora arguiu que “a legislação (...) não permite imputar a um terceiro – que não detém de forma propriamente dita a informação que se quer ver esquecida – cumprir a função de retirar o acesso do público em geral de determinado conjunto de dados.” (Trecho do Voto do Recurso Especial nº 1.593.873/SP).

Além disso, também alertou que o alcance conferido pelo legislador à exclusão de dados, na forma do art. 7º, X, do Marco Civil da Internet, se estende àquelas informações que o próprio indivíduo houver fornecido para um determinado provedor de aplicações de internet, ou seja, caso os dados não tenham sido informados pelo usuário, incabível o pedido de exclusão de informações pessoais.

Dessa forma, a decisão da 3º Turma do STJ foi unânime ao acolher o Agravo Interno ao Recurso Especial, restabelecendo a sentença proferida pelo juízo de primeiro grau, extinguindo o feito sem resolução do mérito, por reconhecer a ilegitimidade passiva da empresa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade atual possui como um de seus traços distintivos a importância conferida ao acesso à informação como elemento gerador de conhecimento, sob diferentes aspectos, refletindo na forma com que se instituem as relações de natureza social, econômica, política, entre outras.

A Internet, especialmente, proporcionou à sociedade uma série de benefícios nunca antes imaginados na comunicação interpessoal, mas trouxe consigo, riscos importantes de serem observados. Especificamente quanto ao objeto estudado nessa pesquisa, observa-se que um desses riscos está na repercussão mundial e imediata de informações. Esse aspecto não deveria aparecer como risco, haveria de ser uma vantagem num mundo globalizado. A problemática, porém, encontra entrave quando a informação, ainda que de interesse público, fere os direitos da personalidade.

Importante observar que o ritmo da disseminação e da repercussão da notícia difere muito do desenrolar do processo judicial. Uma notícia de que uma pessoa é acusada de cometer um crime percorre o mundo em segundos, através da rede mundial de computadores, ao tempo que a comprovação da culpa ou da inocência daquele acusado pelo Judiciário, leva meses, na maioria dos casos, anos para se obter.

Outro aspecto importante também diz respeito a informação acerca da vida pessoal das denominadas celebridades, entendidas assim como pessoas públicas que ganharam fama por meio da música, do cinema, das novelas, ou até mesmo por meio das chamadas novas profissões de *digital influencer*. No atual modelo, em que muitos se importam com todos os aspectos da vida de seus ídolos, muitas vezes uma informação pessoal vira notícia em razão do grau de interesse que vai ocasionar na sociedade.

Entretanto, o ponto central dessa problemática está justamente no arquivamento eterno de informações, sejam elas de interesse pessoal ou coletivo, nos servidores informáticos. Até que ponto, o interesse público se sobrepõe ao individual, é um questionamento que só pode ser respondido de acordo com a análise de cada caso concreto. Nesse estudo, por exemplo, fez-se a análise de três casos: o histórico e balizador da doutrina relativa ao direito ao esquecimento: *Lebach*, e das ações envolvendo Aida Cury e Xuxa.

No caso *Lebach*, a Corte Alemã analisou pedido apresentado por um condenado que estava prestes a ser solto, com o objetivo de impedir a exibição de um documentário, produzido por uma emissora de televisão local, narrando os eventos do crime ocorrido no passado através de reconstituições em que os nomes dos envolvidos eram mencionados. A decisão da Corte Alemã foi de que o interesse público na informação não era mais atual e que, diante de uma ponderação frente ao direito à ressocialização, há prevalência do segundo.

O caso *Aida Cury*, por sua vez, teve como autores os irmãos da vítima, falecida ao final da década de 50. O julgamento realizado pelo STJ analisou a questão do reconhecimento do Direito ao Esquecimento aos familiares de Aida Cury, em virtude da veiculação de uma reportagem, em programa jornalístico, em que o episódio foi retratado. O entendimento do Tribunal foi no sentido de que, embora possível a extensão dos efeitos do referido direito à vítima ou aos seus familiares, o Direito ao Esquecimento não seria aplicável ao caso em tela, em virtude da relevância histórica do caso para a sociedade, bem como pelo longo período de tempo já transcorrido.

Já a ação apresentada pela apresentadora Xuxa Meneghel buscou impor aos provedores de pesquisa a obrigação de suprimir a exibição de qualquer página que apresentasse informação que vinculasse o nome da autora a prática de conduta criminosa. Neste caso, a interpretação adotada pelo STJ foi de que o acesso à informação não deve ser limitado, não podendo ser atribuído aos provedores de pesquisa a incumbência de realizar uma análise prévia quanto ao teor do conteúdo apresentado, bem como uma responsabilização pelo teor das páginas exibidas.

Em meio a esse contexto, o debate relativo a aplicação do Direito ao Esquecimento no ambiente virtual, encontra-se, cada vez mais, em evidência, tratando-se de uma manifestação direta da influência da Internet na vida em sociedade. Tal discussão coloca em lados opostos, dois valores consagrados constitucionalmente: o exercício da liberdade de expressão no ambiente virtual em confronto com a proteção assegurada ao direito à privacidade.

Primeiramente, foi abordado que a base teórica do Direito ao Esquecimento se trata da proteção da dignidade da pessoa humana, enquanto fundamento material dos direitos fundamentais, em outras palavras, como conteúdo essencial das normas integrantes do ordenamento jurídico pátrio. De tal forma, a construção de um “direito a ser esquecido” representa um desdobramento da busca pela efetivação do Direito à Privacidade, enquanto garantia compreendida no âmbito de proteção dos Direitos da Personalidade.

Em meio a esse cenário, verificamos que a ideia do desenvolvimento de marcos regulatórios e de modelos de governança na Internet busca, primordialmente, conferir maior segurança de uso a todos aqueles que utilizem a Internet, sendo fundamental a observância quanto aos riscos existentes na implantação de um regramento que não atente para as particularidades inerentes ao ambiente virtual e que tenha como condão restringir a liberdade de expressão dos usuários.

Ao realizarmos uma análise do referido direito sob a ótica das garantias fundamentais envolvidas, sob o contexto de uma Sociedade de Informação, verifica-se a perspectiva de as informações não mais se perderem ao longo do tempo, ou seja, de serem naturalmente esquecidas pelo passar dos anos. Tal situação decorre do fato de a tecnologia hodierna propiciar um armazenamento praticamente ilimitado de dados, que permanecem disponíveis para acesso a qualquer instante.

Outra motivação está relacionada a perspectiva de o nível de exposição de conteúdos pertinentes a vida privada na *web* ter alcançado uma dimensão como nunca antes vista, em virtude da disseminação do uso das redes sociais e da facilidade para obtenção de dados por intermédio do uso de ferramentas de pesquisa.

Por outro lado, é relevante suscitar o questionamento quanto à concepção que se confere, nos dias atuais, ao conceito de privacidade, isto é, o estabelecimento de uma delimitação sobre o que se insere no âmbito da vida privada ou da vida público. Para isso, o olhar do intérprete deve ocorrer sob um ponto de vista moderno, ou seja, é necessário considerar que as relações sociais ocorrem de forma distinta da que, por exemplo, concebida pelo legislador constituinte de 1988.

Desta forma, é importante ressaltar que a adoção de tal posicionamento não significa, em hipótese alguma, a defesa da existência de algum tipo de regramento que implique na primazia da liberdade de expressão sobre a proteção do direito à privacidade, mas tão somente que a apreciação realizada pelo intérprete, de acordo com a realidade fática, seja capaz de, através do uso dos critérios de resolução de conflitos, ponderar os interesses envolvidos e determinar qual direito deverá prevalecer.

REFERÊNCIAS

- BARCELLOS, Ana Paula de. **Papéis do Direito constitucional no fomento do controle social democrático:** algumas propostas sobre o tema da informação. Revista do Direito do Estado: RDE, v.3, n. 12, p. 77-105, out/dez. 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 2 ed. Saraiva, 2010. Disponível em: LeLivros.site.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia:** uma defesa das regras do jogo. 6. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 1997.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BRASIL. **Lei de Direitos Autorais.** Lei nº 9.610, de 19.02.1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm>. Acesso em: 15 set. 2017.
- BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor.** Lei nº 8.078, de 11.09.1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 25 set. 2017.
- BRASIL. **Código de Processo Penal.** Decreto-Lei nº 3.689, de 3.10.1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 26 set. 2017.
- BRASIL. **Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7.12.1940.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: Acesso em: 27 set. 2017.
- BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- CARVALHO, Ivan Lira de; DANTAS, Raphael Levino. **Direito ao Esquecimento: Delineamentos a partir de um estudo comparativo de *leading cases* das jurisprudências alemã e brasileira.** In: XXII Encontro Nacional do Conpedi, 2013, São Paulo: CONPEDI, v.22, p.336-359, 2013. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=9dc1fd73bd6dd815>>. Acesso em: 17 set. 2017.
- CARVELLI, Urbano; SCHOLL, Sandra. **Evolução histórica dos Direitos Fundamentais: Da Antiguidade até as primeiras importantes declarações nacionais de direitos.** Revista de informação legislativa, v.48, n. 191, jul/set. 2011. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242914>>. Acesso em: 21 set. 2017.
- CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede:** a era da informação: economia, sociedade e cultura – Vol 1. Tradução de Roneide Venâncio Majer. 7 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003.
- CHINELLATO, Silmara Juny. (coord.). **Código Civil interpretado.** 3. ed. Org. Costa Machado. São Paulo: Manole, 2010.

COMITE GESTOR DA INTERNET NO BRASIL - CGI.BR. **O CGI.br e o Marco Civil da Internet**. Comitê Gestor da Internet - Publicações. Disponível em: <<http://www.cgi.br/publicacoes/documentacao/CGI-e-o-Marco-Civil.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2017

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: 1. Teoria Geral do Direito Civil**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DONEDA, Danilo César Maganhoto. **Considerações iniciais sobre os bancos de dados informatizados e o direito à privacidade**. In: TEPEDINO, Gustavo. Problemas de Direito Civil Constitucional. Renovar: Rio de Janeiro, 2000.

DOTTI, René Ariel. **O direito ao esquecimento e a proteção do habeas data**. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Habeas Data. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998

DUTTON, William H. **Freedom of Connection – Freedom of Expression: The Changing Legal and Regulatory Ecology Shaping the Internet**. 2010. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0019/001915/191594e.pdf>>. Acesso em 28 out. 2017

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque. **Direito ao Esquecimento segundo o STJ e sua incompatibilidade com o sistema constitucional brasileiro**. Revista de informação legislativa, v. 54, n. 213, p. 63-80, jan./mar. 2017. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/531153>>. Acesso em: 29 set. 2017

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Volume 1. Parte Geral**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOOGLE. **Transparency Report: Search removals under European privacy law**. Disponível em: <<https://transparencyreport.google.com/eu-privacy/overview>>. Acesso em: 28 out. 2017.

HABOKEN, Jdj Van. **The Proposed Right to be Forgotten Seen from the Perspective of Our Right to Remember: Freedom of Expression Safeguards in a Converging Information Environment**. 2013. Disponível em: <http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload_documents/VanHoboken_RightTo%20Be%20Forgotten_Manuscript_2013.pdf>. Acesso em: 30 de setembro de 2017.

INTERNET RIGHTS & PRINCIPLES COALITION. **Carta de direitos humanos e princípios para a internet**. Disponível em: <http://internetrightsandprinciples.org/site/wp-content/uploads/2017/03/IRPC_booklet_brazilian-portuguese_final_v2.pdf>. Acesso em: 15 out. 2017.

LEAL, Luziane Figueiredo Simão. **Crimes contra os direitos da personalidade na internet: Violações e Reparações de Direitos Fundamentais nas Redes Sociais**. Curitiba: Juruá, 2015.

LEAL, Luziane Figueiredo Simão. **Liberdade de Expressão e Direito ao Esquecimento**. In: CORRÊA, André L. Costa; CORRÊA, Luiz Antônio Campos; SILVIO, Solange Almeida Holanda (coord). O Poder Judiciário na Concretização de Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. Cap. 7, p.125-140.

MARTINS, Leonardo. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão**. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., 2005.

MENDES GARCIA, Luiz Antônio. **A regulamentação da internet à luz da violação à liberdade de uso.** In: V Congresso Nacional do Conpedi, 2016. Florianópolis: CONPEDI, p.82-102, 2016. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/9105o6b2/v4u5j0t6/9UrRtg9Z2q177PUV.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MOLON, Alessandro. **A legislação e a internet: ideais, desafios e avanços com o marco Civil da internet.** In: THEMOTEO, J. Reinaldo (coord.). Internet e a Sociedade. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2015. Cap. 4, p. 97-112.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional.** 4. ed. São Paulo: Método, 2010.

PAZ, José Evandro Martins. **Fundamentos Jurídicos do Direito ao Esquecimento.** 64f. Monografia (Graduação) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014.

PEZZELLA, Maria Cristina Cereser; GHISI, Silvano. **Privacidade na sociedade de informação: controle e direito ao esquecimento em espaços públicos.** Revista da AJURIS, v. 40, n. 132, dez. 2013. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/257>>. Acesso em: 1 out. 2017.

PIMENTEL, Alexandre Freire; CARDOSO, Mateus Queiroz. **A Regulamentação do Direito ao Esquecimento na Lei do Marco Civil da Internet e a Problemática da Responsabilidade Civil dos Provedores.** Revista da AJURIS, v. 42, n. 137, mar. 2015. Disponível em: <www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/download/376/310>. Acesso em: 2 out. 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 9.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade.** São Paulo: Atlas, 2013.

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

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. **Direitos Humanos e Políticas Públicas**. Manaus: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, 2006. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/031.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2017.

STOLZE, **Novo Curso de Direito Civil**. v.1 Parte Geral. 14. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

STRECK, Lênio Luiz; Morais, José Luiz Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral de Estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **AÇÃO PENAL Nº 628 – DF (2010/0042090-3)**. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21063887/acao-penal-apn-628-df-2010-0042090-3-stj/inteiro-teor-21063888#>>. Acesso em: 22 out. 2017.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **RECURSO ESPECIAL Nº 1.328.914 – DF (2012/0144910)**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/liberdade-expressao-informacao-nao.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2017.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **RECURSO ESPECIAL Nº 1.334.097 – RJ (2012/0144910)**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2017.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **RECURSO ESPECIAL Nº 1.335.153 – RJ (2011/0057428-0)**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj-aida.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2017.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, 1: Lei de Introdução e Parte Geral**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Método, 2014.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TEIXEIRA, Raphael Lobato Collet Janny. **A liberdade de expressão e o direito ao esquecimento na internet**. Revista da ABPI, v.2, n. 137, p.54-60, jul/ago. 2015. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redes.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2015;1001051015>>. Acesso em: 20 out. 2017.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celena Bodin. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

TOFFLER, Alvin. **A terceira onda: A morte do industrialismo e o nascimento de uma nova geração**. Tradução de João Távora. 25.ed. São Paulo: Record, 2001.