

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA
PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

DIREITO AO ESQUECIMENTO:

uma análise constitucional na sociedade da informação

SÃO PAULO

OUT/2016

FÁBIO PAIVA GERDULO

DIREITO AO ESQUECIMENTO:

uma análise constitucional na sociedade de informação

Monografia apresentada ao Curso de Pós-graduação em Direito Constitucional da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo para obtenção do título de Especialista.

Orientador: Prof^o Dr^o Eduardo Patrone Regules.

São Paulo

2016

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

Biblioteca Digital Sapientia

Termo de Autorização para Publicação Eletrônica na Biblioteca Digital da PUC-SP

1) Tipo do documento: [RA00153116] MLS

2) Identificação do documento/autor

Curso: Direito Constitucional

Autor: Fábio Paiva Gerdulo

Título: Direito ao Esquecimento: Uma análise Constitucional na Sociedade de Informação

Número de páginas: 65

E-mail: fabiogerdulo@gmail.com

RG: 30.204.637-9

CPF: 351.065.968-66

Orientador: Eduardo Patrone Regules

Data de entrega à COGEAE: 30/09/2016

Serão publicadas na Biblioteca Digital somente as Monografias que obtiverem nota entre 9 e 10.

As monografias com nota inferior a 9, serão publicados apenas os dados referenciais e o resumo.

3) Autorização de divulgação do trabalho completo na Biblioteca Digital (preenchimento obrigatório):

[X] Sim [] Não

Justificativa (motivos de não autorização)

: _____

Na qualidade de titular dos direitos de autor da publicação supracitada, de acordo com a lei nº 9610/98, autorizo, à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, a disponibilizar gratuitamente, sem ressarcimento dos direitos autorais, conforme permissão assinalada acima, do documento, em meio eletrônico, no formato PDF, para fins de leitura, impressão e/ou download pela Internet, a título de divulgação científica gerada pela Universidade.

Assinatura do

autor _____

Local e

data _____

Informe do Expediente da Secretaria

Nota obtida _____ Data de conclusão e ou Arguição _____

DEDICATÓRIA

Dedico a presente Monografia primeiramente aos meus pais, Edge André Gerdulo e Albany Paiva Gerdulo, que continuamente me incentivaram ao estudo, me aconselharam e sempre ressaltaram que nunca devemos parar com a sede pelo conhecimento.

Destino ainda meu trabalho aos meus queridos avós Fernando Paiva e Neusa Bolognani Paiva e minha tia Mônica Paiva, que sempre viram e apreciaram meu esforço acadêmico e profissional.

Por fim, agradeço o apoio e incentivo das minhas prezadas amigas Anna Carolina Cudznowski, Rebeca Ribeiro Bombonato e Jéssica Ribeiro Bombonato, que sempre acreditaram em meu potencial.

*“Não sou nada.
Nunca serei nada.
Não posso querer ser nada.
À parte isso, tenho em mim todos os sonhos do mundo. ”*

(Fernando Pessoa)

Gerdulo FP. Direito ao esquecimento: uma análise constitucional na sociedade da informação [Monografia]. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; 2016.

RESUMO

O presente trabalho visa primordialmente demonstrar a evolução do instituto *sui generis* do “Direito ao Esquecimento”. Para se chegar ao cerne da questão, desenvolve-se o tema a partir da demonstração do que se trata a chamada “sociedade de informação”, bem como a relação dela com a maior necessidade de se utilizar o “Direito ao esquecimento” nos dias atuais. Ponto fulcral mencionado no trabalho foi como as informações que os indivíduos disponibilizam nos meios digitais podem vir futuramente a influenciar sua relação com a sociedade e como o “Direito ao Esquecimento” pode ser uma ferramenta de suma importância para que estas informações não sejam mais utilizadas. Ademais, foram abordados os Princípios Constitucionais que regem a utilização de referido instituto, quais sejam, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Direito à Privacidade, Intimidade e honra. Neste sentido também foi explorado o Princípio da Liberdade de Expressão, que é verdadeiro óbice, principalmente nos Estados Unidos da América, a utilização do “Direito ao Esquecimento”. Nesta toada, foi realizado estudo aprofundado da doutrina e jurisprudência da aplicação do “Direito ao Esquecimento” na Europa e nos Estados Unidos da América, dando ênfase principalmente nos casos mais importantes que acabaram por direcionar como referido direito viria a ser aplicado pelo judiciário do local. Por fim, o estudo houve por bem analisar como esse novel instituto surgiu em terras brasileiras, seu desenvolvimento perante a doutrina e o judiciário, os casos fulcrais para o desenvolvimento do tema no país, como está sendo aplicado atualmente e quais preceitos tem sido, utilizados, para sua aplicação ou não diante do caso concreto.

Palavras-chave: direito ao esquecimento, sociedade da informação; princípios constitucionais.

Gerdulo FP. Direito do esquecimento: uma análise constitucional na sociedade da informação [Monografia]. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; 2016.

ABSTRACT

This work aims primarily to demonstrate the development of the *sui generis* institution of the "Right to Oblivion". To get to the heart of the matter, it develops the theme from the show what it is called the "information society" as well as her relationship with the greater need to use the "Right to Oblivion" nowadays. Moreover, the Constitutional principles that give foundation to use the institute, were explained, namely the Principle of Human Dignity and the Right to Privacy, Intimacy and Honor. This tune was also explored the Freedom of Expression Principle, which is true obstacle, especially in the United States, the use of the "Right to Oblivion". A very important point mentioned in the job was, that the information that individuals provide by using technology might come in the future to influence directly their relationship with society. In this moment, the "Right to Oblivion" can be an important short tool so that this information would be prohibited to be used. In the same way, it was carried out in-depth study of the doctrine and the case law of the "Right to Oblivion" in Europe and the United States, emphasizing especially the most important cases that ultimately direct as that law was to be applied by the courts of the place. Finally, the study sought to study how this institute novel appeared in Brazilian lands, their development before the doctrine and the judiciary, the key cases to the issue of development in the country, as is currently being implemented and which provisions have been used for your application or not on the case.

Keywords : right to be forgotten; constitutional principles; information society

SUMÁRIO

1.INTRODUÇÃO	9
2.A SOCIEDADE DE INFORMAÇÃO E O DIREITO AO ESQUECIMENTO ..	12
2.1A necessidade de surgimento do direito ao esquecimento e sua relação com a sociedade moderna.....	12
2.2 Breve análise da identidade pessoal e a sua evolução.....	15
2.3 A internet como óbice a recomeços	17
3 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO DIREITO AO ESQUECIMENTO E SUA NATUREZA JURÍDICA	20
3.1 Princípio da dignidade da pessoa humana.....	20
3.2 Princípio da liberdade de expressão	24
3.3 Direito à vida privada, intimidade, honra e imagem	30
4 O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA EUROPA	36
5 O DIREITO AO ESQUECIMENTO NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA	42
6 O DIREITO AO ESQUECIMENTO NO BRASIL.....	45
7 CONCLUSÃO.....	55
8. REFERÊNCIAS	59

1.INTRODUÇÃO

O advento da Internet trouxe à tona inúmeras modificações na sociedade atual, dentre elas, o acesso quase irrestrito a informações, notícias e dados. Acabamos por viver em uma era onde a possibilidade de se explorar novos conteúdos, nunca foi tão rápida e permanente.

Pode-se inclusive perceber, que antigamente, quando apenas existiam os jornais ou folhetins, que eram publicados, geralmente, em uma única edição, a informação antiga era mais facilmente esquecida. O acesso a fatos pretéritos era muito mais restritos do que atualmente.

Com o desenvolvimento da internet, tal panorama se alterou, sendo que uma determinada notícia pode ficar vinculada a um determinado sítio eletrônico por anos. Não bastasse isso, mesmo que a notícia ou informação não esteja mais em destaque, pode ser localizada facilmente por provedores de busca digitando-se apenas algumas palavras chave.

Frise-se que com tais ferramentas disponibilizadas na rede mundial de computadores, uma pessoa pode ter sua vida devassada. Em segundos, pode-se obter a informação de onde esta pessoa vive, qual profissão exerce, se possui conta em alguma rede social, se tem dívidas ou ainda, notícias vinculadas a essa pessoa. Fato é que a internet tende a perpetuar as informações do indivíduo.

Nesse contexto, surge, a temática pouco explorada no Brasil, do direito ao esquecimento, onde se começa a questionar se as informações armazenadas na internet devem de fato ou não ficarem à disposição a todo o momento ou ainda se determinada pessoa possui o direito a retirar o conteúdo que lhe desagrada.

Mais a mais, o direito ao esquecimento surgiu da jurisprudência francesa (*droit l'oubli*) podendo-se considerar este como a possibilidade de um indivíduo requisitar, a

retirada de uma determinada informação que atinja sua reputação ou honra, seguindo-se determinados critérios. (FLORENCIO, 2011, p. 203-204)¹

A construção de referido instituto se mostrou necessária, principalmente para regular, questões na internet que se relacionem com a preservação da privacidade. Não é difícil se deparar com casos em que a divulgação de fotos, imagens e vídeos acabaram por expor de forma inadequada à vida de alguém.

Seguindo esta ideia de exposição das informações, podemos fazer uma comparação da internet (mundo virtual) com a ideia do “panóptico” (mundo real), desenvolvido por Bentham *et. al* (2008, p. 19-20), o panóptico” nada mais é do que uma estrutura em forma de torre central que permite a inspeção constante de todas as pessoas a sua volta, senão vejamos:

Para dizer tudo em uma palavra, ver-se-á que ele é aplicável, penso eu, sem exceção, a todos e quaisquer estabelecimentos, nos quais, num espaço não demasiadamente grande para que possa ser controlado ou dirigido a partir de edifícios, queira-se manter sob inspeção um certo número de pessoas. Não importa quão diferentes, ou até mesmo quão opostos, sejam os propósitos: seja o de punir o incorrigível, encerrar o insano, reformar o viciado, confinar o suspeito, empregar o desocupado, manter o desassistido, curar o doente, instruir os que estejam dispostos em qualquer ramo da indústria, ou treinar a raça em ascensão no caminho da educação, em uma palavra, seja ele aplicado aos propósitos das prisões perpétuas na câmara da morte, ou prisões de confinamento antes do julgamento, ou casas penitenciárias, ou casas de correção, ou casas de trabalho, ou manufaturas, ou hospícios, ou hospitais, ou escolas.

É óbvio que, em todos esses casos, quanto mais constantemente as pessoas a serem inspecionadas estiverem sob a vista das pessoas que devem inspecioná-las, mais perfeitamente o propósito do estabelecimento terá sido alcançado. (...)².

Neste mesmo sentido é o ensinamento de Foucault (2010, p. 190-191) sobre o panoptismo:

O Panóptico de Bentham é a figura arquitetural dessa composição. O princípio é conhecido: na periferia uma construção em anel; no centro, uma torre: esta é vazada de largas janelas que se abrem sobre a face interna do anel; a construção periférica é dividida em celas, cada uma atravessando toda

¹FLORENCIO, Juliana Abrusio. **Direito ao esquecimento na internet**. In: Neto Ana Flávia Messa, NUNCIO Theophilo Neto, ROQUE Theophilo Junior (coords.). **Sustentabilidade ambiental e os novos desafios na era digital**: estudos em homenagem a Benedito Guimarães Aguiar São Paulo: Saraiva, 2011.p. 203-204

² BENTHAM, Jeremy. *et. al*. **O Panóptico**. Belo Horizonte: Autêntica, 2008.p.19-20

a espessura da construção; elas têm duas janelas, uma para o interior, correspondendo às janelas da torre; outra, que dá para o exterior, permite que a luz atravesse a cela de lado a lado. Basta então colocar um vigia na torre central, e em cada cela trancar um louco, um doente, um condenado, um operário ou escolar.

(...)

Daí o efeito mais importante do Panóptico: induzir no detento um estado consciente e permanente de visibilidade que assegura o funcionamento automático do poder. Fazer com que a vigilância seja permanente em seus efeitos, mesmo se é descontínua em sua ação; que a perfeição do poder tenda a tornar inútil a atualidade de seu exercício; que esse aparelho arquitetural seja uma máquina de criar e sustentar uma relação de poder daquele que o exerce: enfim, que os detentos se encontrem presos numa situação de poder de que eles mesmos são os portadores.

(...)

O Panóptico é uma máquina de dissociar o par ver-ser visto: no anel periférico, se é totalmente visto, sem nunca ver; na torre centra, vê-se tudo, sem nunca ser visto.³

Conforme se observa, a internet é uma estrutura onde existe a possibilidade de se observar praticamente tudo que o indivíduo faz ou deixa de fazer, igual à ideia do “Panóptico” demonstrada acima.

Nesta toada, fato é que vivemos na sociedade da vigilância. Não é difícil encontrar registros nossos, ou do que fazemos, quando procuramos por nossos nomes na internet e, ressalta-se, sem sequer ter autorizado sua utilização, seja por órgãos governamentais, entidades privadas ou outros indivíduos.

Por fim, é em torno dos problemas de privacidade, que surgiram com o advento de novas tecnologias, que se deve aprofundar a discussão do tema do direito ao esquecimento, pouco ainda difundido no Brasil.

³FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 2010, p. 190-191.

2.A SOCIEDADE DE INFORMAÇÃO E O DIREITO AO ESQUECIMENTO

2.1A necessidade de surgimento do direito ao esquecimento e sua relação com a sociedade moderna

O conceito de “sociedade de informação”, remonta ao trabalho de pesquisa de um jovem norte-americano chamado MARC PORAT, que no ano de 1977 publicou um artigo denominado “implicações globais na sociedade de informação”. O texto teria sido encomendado pela Agência de informações dos Estados Unidos (CIA), sendo certo que a expressão já estava sendo utilizada popularmente, bem como a palavra “informação”, também comumente utilizada, já fazia parte da expressão “Tecnologia da Informação” (TI). (BRIGGS; BURKE, 2006, p. 259-260)⁴

Para Briggs e Burke (2006, p. 262-263) a expressão sociedade de informação ou “*auto-estradas da informação*” significa dar forma ou modelar um conjunto de aspectos relacionados à comunicação – conhecimento, notícias, literatura, entretenimento -, todos permutados entre mídias e elementos de mídias diferentes: papel, tinta, telas, pinturas, celuloide, cinema, rádio, televisão e computadores.⁵

Em relação à evolução da sociedade da informação, nos ensina Fiorillo (2015, p. 17-18),⁶ *in verbis*:

Da década de 1960 em diante, todas as mensagens, públicas e privadas, verbais ou visuais, começaram a ser consideradas “dados”, informação que podia ser transmitida, coletada e registrada, qualquer que fosse seu lugar de origem, de preferência por meio de tecnologia eletrônica.

Assim, a manifestação de pensamento, a criação, a expressão e a informação da pessoa humana passaram no século XXI diante de um novo processo civilizatório representativo da manifestação de novas culturas, a ter caráter marcadamente difuso, particularmente em face das formas, processos e veículos de comunicação de massa, sobretudo com o uso de ondas eletromagnéticas (rádio e televisão), (...) assim como o advento da rede de computadores de alcance mundial formada por inúmeras e diferentes máquinas interconectadas em todo o mundo (internet).

⁴BRIGGS, Asa. BURKE, Peter. **Uma história social da mídia: de Gutenberg à internet**. 3. ed São Paulo: Zahar. 2006. p. 259-260.(Coleção Interface)

⁵BRIGGS, Asa. BURKE, Peter. **Uma história social da mídia: de Gutenberg à internet**.3. ed São Paulo: Zahar. 2006. p. 262-263.(Coleção Interface).

⁶FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Princípios Constitucionais do Direito na Sociedade de Informação: a tutela jurídica do meio ambiente digital**. São Paulo: Saraiva. 2015. p. 17-18.

Nesta toada, com o aumento de novas ferramentas (e.g. APP's) e sítios eletrônicos da internet, por consequência, se intensificaram os níveis de indiscrição. Com o advento de novas tecnologias que ampliaram a conectividade entre as pessoas, mudou-se muito a vida em sociedade.

A maioria das informações que são escritas por nós ou anunciadas sobre determinada pessoa na internet ficam em arquivos públicos e permanentes na Internet. Atualmente diversos dispositivos móveis e serviços informáticos são capazes de armazenar gestos, fatos, palavras e ações, registrando-os de forma constante. Observa-se com o tempo um grande incremento das tecnologias de busca e armazenamento, como é o caso das redes sociais que se utilizam de dados de milhares de pessoas e os mantem em seus arquivos, muitas vezes sem consciência por parte do usuário.

Neste sentido Neves e Domingues⁷(2014) destacam:

No passado quem desejasse manter o anonimato poderia não permitir que seu nome e número de telefone constasse das páginas amarelas do catálogo telefônico. Ao longo do tempo, esse cenário transformou-se radicalmente. Parte dos usuários da Internet saltaram do desejo de anonimato para a mania de exibicionismo, alimentando na rede com cada vez mais e mais informações, especialmente pessoais, aguçando, por consequência, a vontade de aceder a informações a qualquer momento e sobre qualquer pessoa, na busca insana de saber, vasculhar, lembrar. Não durou muito para que essa ambição por saber, vasculhar e lembrar, trouxesse a posterior vontade de tornar indisponível, apagar, desaparecerem esquecer.

Esses registros de fatos passados podem causar consequências muito tempo depois de terem sido armazenadas. A título de exemplo, um candidato que faz um determinado concurso público ou seleção de emprego pode ser prejudicado, pois, em sua adolescência defendia em uma rede social ideologia incompatível com a profissão que almeja.

Pode-se assim dizer, que ao invés de serem esquecidos, os registros pretéritos se mantêm em armazenamentos digitais, ao menos, ou até, que venham a ser apagados por determinada pessoa. (CONLEY, 2010.p.53)⁸

⁷NEVES, Kelli Priscila Angelini; DOMINGUES, Diego Sigoli. **Direito ao esquecimento – possibilidades e limites na Internet**. Disponível em: <<https://politics.org.br/edicoes/direito-ao-esquecimento-possibilidades-e-limites-na-internet>>. Acesso em: 13 jun. 2016.

⁸CONLEY, Chris. **The right to delete**. Disponível em: <www.aai.org/ocs/index.php/SSS/SSS10/paper/view/1158/1482>. Acesso em: 04 maio 2016.

(...) qualquer pessoa que se tenha envolvido em acontecimentos públicos pode, com o passar do tempo, reivindicar o direito ao esquecimento; a lembrança destes acontecimentos e do papel que ela possa ter desempenhado é ilegítima se não for fundada nas necessidades da história ou se for de natureza a ferir sua sensibilidade; visto que o direito ao esquecimento, que se impõe a todos, inclusive aos jornalistas, deve igualmente beneficiar a todos, inclusive aos condenados que pagaram sua dívida para com a sociedade e tentam reinserir-se nela.

A ideia da existência de um direito ao esquecimento não é nova. Foi na França e na Itália que surgiu a definição legal de “direito ao olvido”, por uma combinação de legislações e jurisprudências na década de 1970. Em território normando denominam de “*droit à l’oubli*”, por sua vez na Itália, “*diritto al’oblio*” que tem sido descrito como o “Direito de silenciar eventos passados em vida, que não estão mais ocorrendo” (PINO, 2000, p. 236)⁹

Com o rápido avanço da tecnologia e a grande coleta e armazenamento de dados, o tema retornou à pauta no ano de 2007, diante das ponderações realizadas pelo professor americano VIKTOR MAYER-SCHÖNBERGER que cunhou o termo “direito ao esquecimento” (“*the right to be forgotten*”). O ponto fulcral de sua obra consiste em demonstrar as falácias que existem na ideia comum de que o ato de deletar dados de cunho pessoal da internet seria uma garantia definitiva de exclusão.(LIMA, 2013, p. 273)¹⁰

O autor acrescenta que tendo o tema ganhado maior visibilidade após Viktor Mayer-Schönberger ter começado a discutir o assunto, por sua vez, diversas Cortes, tanto nos Estados Unidos, Brasil e Europa vêm decidindo por aplicar o direito ao esquecimento. Ninguém deve ficar vinculado para sempre a uma determinada informação de eventos passados ou de erros que porventura tenha cometido.

⁹PINO, Giorgio. The Right to Personal Identity in Italian Private Law: Constitutional Interpretation and Judge-Made Rights. .In: VOGENAUER, Stefan; WEATHERILL, Sthepen. **The harmonisation of European private Law**: implications for european private laws, business and legal practice Oxford: Hart, 2000, p. 236.

¹⁰ LIMA, Erik Noleta Kirk Palma. Direito ao esquecimento – discussão europeia e sua repercussão no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, v. 50, n. 199, p. 271-283, jul./set. 2013. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/502929/000991677.pdf?sequence=>>> .Acesso em: 05 jun 2016.

Nas palavras de CONLEY (2010), para os seres humanos o esquecimento é algo fácil, a lembrança é difícil¹¹. Muitos indivíduos possuem a vontade de esquecer alguns fatos pretéritos dos quais tenham participado. Referida conduta faz parte de um contexto onde determinadas pessoas não querem compartilhar ocorrências que possam vir a influenciar sua honra ou reputação, no presente e no futuro.

Dentro desta temática que o “Direito ao esquecimento” ou o “Direito a se deletar ou olvidar”, deve ser amplamente discutido, principalmente se este fere algum princípio constitucional, ou se pelo contrário, se os Princípios constitucionais permitem a sua aplicação.

2.2 Breve análise da identidade pessoal e a sua evolução

Pode-se dizer que nos dias atuais, vivemos em uma “crise coletiva de identidade”, pois se mostra cada vez mais difícil, nos reinventarmos perante as demais pessoas, diante da grande exposição sofrida no mundo digital.

ROSEN (2010), em artigo publicado no jornal americano *The New York Times* nos remete à reflexão de quais seriam as possíveis soluções para resolver esta crise em que vivemos atualmente. Dentre a lista de possíveis saídas, encontram-se as seguintes: a) soluções atreladas a recursos tecnológicos; b) proposição de novas leis; c) maior sensibilização do Judiciário quando provocado, e d) questões pertinentes a aspectos éticos aplicados a autorregulamentação da internet, por seus *sites*, com o oferecimento de canais diretos para solicitação da retirada de conteúdo pessoal do interessado.¹²

Por sua vez, mostra-se interessante entender no que consiste e qual seria a evolução do direito à identidade pessoal. Conforme nos ensina PINO (2000, p. 227):

¹¹CONLEY, Chris. **The right to delete**. Disponível em: <www.aaai.org/ocs/index.php/SSS/SSS10/paper/view/1158/1482> . Acesso em: 04 maio 2016.

¹² ROSEN, Jeffrey. The web means the end of forgetting, **Jornal The New York Times**. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2010/07/25/magazine/25privacy-t2.html?pagewanted=all&_r=0>. Acesso em: 01 jun. 2016

“(…) a proteção da personalidade individual contra falsas representações elaboradas pela mídia de massa, ou exibida em bancos de dados e afins”.¹³

Deve se ter em mente que o direito a identidade pessoal evoluiu ao longo da história. Pode-se dizer que de início, a identidade pessoal era vista pelo prisma de tornar o indivíduo identificável pela administração pública (havia o registro apenas de nome, pseudônimo, data de nascimento, filiação, endereço, status e outro).

Ainda para PINO (2000, p. 225):

Em uma concepção um tanto obsoleta, a identidade pessoal era entendida como o todo dos dados oficiais pessoais resultando em registros público, e importante principalmente para a finalidade pública de fazer o cidadão identificável, pela administração pública: nome, pseudônimo, data de nascimento, endereço, estado e assim por diante.¹⁴

Doravante, a identidade pessoal ganhou maior relevo, sendo um fator de distinção em relação a outrem, *in verbis*:

Posteriormente, emergiu a relevância da identidade pessoal para o direito civil, em relação ao direito que temos de sermos distinguíveis de outros sujeitos; para esse fim, a proteção desse direito estava necessariamente implícita na proteção das principais características distintivas das pessoas, como nome e imagem. (PINO, 2000, p.225-226)¹⁵

Por fim, dentro da evolução do direito à identidade pessoal, repara-se em um novo elemento, que é abstrato, moral, ideal, que é o interesse de ser representado pela real identidade:

A nova concepção de “identidade pessoal” adiciona ao conceito tradicional um tipo de característica “abstrata”, “moral”, ou “ideal” que pode ser expressa como o interesse que todo mundo tem de ser representado com sua real identidade, por exemplo, com a identidade que aparece em concretas e inequívocas circunstâncias da vida social, Em outras palavras, é a pretensão de que nossas experiências (averiguáveis) culturais, profissionais, religiosas,

¹³ PINO, Giorgio. The Right to Personal Identity in Italian Private Law: Constitutional Interpretation and Judge-Made Rights. .In: VOGENAUER, Stefan; WEATHERILL, Sthepen. **The harmonisation of European private Law: implications for european private laws, business and legal practice** Oxford: Hart, 2000, p. 227.

¹⁴ PINO, Giorgio. The Right to Personal Identity in Italian Private Law: Constitutional Interpretation and Judge-Made Rights. .In: VOGENAUER, Stefan; WEATHERILL, Sthepen. **The harmonisation of European private Law: implications for european private laws, business and legal practice** Oxford: Hart, 2000, p. 225.. Tradução livre de: “In a rather obsolete conception, personal identity was understood as the whole of the official personal data resulting the public records, and important mainly to the public purpose of making, the citizen identifiable by the public administration: name, pseudonym, date of birth, addres, status, and so on”.

¹⁵ Ibid., p. 225-226. Tradução livre de: “Later, a civil law relevance of personal identity arose, in relation to the right one has to be identified and distinguishable from other subjects; to this purpose, the protection of this right was necessarily implied in the protection of the main distinctive features of the person, such as the name and likeness.”

políticas, sociais não devem ser distorcidas, mal representadas, falsificadas, confundidas, contestadas, ou algo do gênero, por meio de atribuição de falsas (mesmo que não necessariamente difamatórias) declarações ou atos.¹⁶

Nesta toada, fala-se atualmente em identidade digital. Esta se relaciona a imensa quantidade de informações que os meios eletrônicos deixam à disposição sobre uma determinada pessoa, de modo a construir sobre esta sua reputação e imprimir, nos outros o conceito que aquele detém na sociedade. (FLORÊNCIO, 2008, p. 208)¹⁷

Por fim, pode-se dizer que a identidade digital é um reflexo direto das experiências que acontecem no chamado mundo fenomenológico, daquilo que é disponibilizado pelo próprio indivíduo sobre si mesmo, e, também, daquilo que é disponibilizado pelos demais sobre esta pessoa.

2.3 A internet como óbice a recomeços

Com o início da existência da Internet, possibilitou-se uma mudança interessante no comportamento social dos indivíduos, pois, muitas pessoas vislumbraram a oportunidade de começar novamente suas vidas, diga-se de passagem, a qualquer momento.

Para tanto a pessoa criava uma “nova personagem” na Internet, bastava entrar em um *chat* e criar um pseudônimo, entrar em um programa como o famoso “*Second Life*” e criar um *Avatar* (representação digital do indivíduo) com as características que bem entendesse, incluir ou excluir fotos do perfil na rede social.

¹⁶ PINO, Giorgio. The Right to Personal Identity in Italian Private Law: Constitutional Interpretation and Judge-Made Rights. In: VOGENAUER, Stefan; WEATHERILL, Stephen. **The harmonisation of European private Law: implications for european private laws, business and legal practice** Oxford: Hart, 2000, p. 226. Tradução livre de: “The new concept of ‘personal identity’ adds to the traditional concept a sort of ‘abstract’, ‘moral’, or ‘ideal’ feature that can be expressed as the interest everybody has to be represented with his/her real identity, i.e , with the identity that appears in concrete and unequivocal circumstances of social life. In other words, it is the claim that one’s (ascertainable) cultural, professional, religious, political, social, experiences should not be distorted, misrepresented, falsified, confused, contested, or the like, by means of the ascription of false (even if not necessarily defamatory) statements or acts”

¹⁷ FLORÊNCIO, Juliana Abrusio. Direito ao esquecimento na internet. In: Neto Ana Flávia Messa, NUNCIO Theophilo Neto, ROQUE Theophilo Junior (coords.). **Sustentabilidade ambiental e os novos desafios na era digital: estudos em homenagem a Benedito Guimarães Aguiar** São Paulo: Saraiva, 2011.p. 208

Por sua vez, há outro lado da moeda em relação à identidade na internet, que consiste no fato de não nos dar a liberdade de sermos quem quisermos, mas sim de não podermos ser senão quem parecemos ser na internet. (ROSEN, 2010),¹⁸

Rosen (2010)¹⁹, uma das primeiras pessoas a começar a abordar o tema com profundidade menciona que apenas de se pensar que a internet nunca esquece determinado fato é assustador, pois acabamos por perder a habilidade de controlar nossas próprias identidades, preservar a opção de nos reinventarmos, recomeçar e tentar superar nosso passado.

Nesta era em que tudo que fazemos fica registrado, aparenta ser muito difícil ou quase que impossível de escapar de ações realizadas no passado, e muitas vezes, não existe uma segunda chance. Sem a existência de formas de esquecimento, perdoar também se transforma em uma tarefa muito difícil. (SCHONBERGER, 2009, p. 4-5)²⁰

Diante de tal panorama, Florêncio (2011, p. 209) relata que várias possibilidades surgiram para solucionar o “problema” de estar exposto na Internet. As ideias variam desde a possibilidade de se criar o direito do indivíduo declarar sua “falência de reputação”, ou seja, requisitar que determinadas informações sensíveis sejam retiradas da internet até a criação de empresas especializadas e legalizadas que atuam para limpar a imagem de determinado indivíduo da internet.²¹

Também surgiram opiniões mais intransigentes, e.g, como a de OHM citado por Rosen (2010)²², professor de Direito da Faculdade do Colorado que defende o surgimento de uma legislação que proíba os empregadores de não contratar indivíduos com base em conteúdo das redes sociais, tal como o Orkut ou Facebook.

¹⁸ROSEN, Jeffrey. The web means the end of forgetting, **Jornal The New York Times**. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2010/07/25/magazine/25privacy-t2.html?pagewanted=all&_r=0>. Acesso em: 01 jun. 2016

¹⁹ ROSEN, Jeffrey. The web means the end of forgetting, **Jornal The New York Times**. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2010/07/25/magazine/25privacy-t2.html?pagewanted=all&_r=0>. Acesso em: 01 jun. 2016

²⁰SCHONBERGER, Viktor- Mayer. **Delete: the virtue of forgetting in the digital age**. Princeton :Princeton University Press, 2009. p. 4-5.

²¹FLORENCIO, Juliana Abrusio. Direito ao esquecimento na internet. In: Neto Ana Flávia Messa, NUNCIO Theophilo Neto, ROQUE Theophilo Junior (coords.). **Sustentabilidade ambiental e os novos desafios na era digital: estudos em homenagem a Benedito Guimarães Aguiar** São Paulo: Saraiva, 2011. p. 209.

²² ROSEN, Jeffrey. The web means the end of forgetting, **Jornal The New York Times**. Disponível em: http://www.nytimes.com/2010/07/25/magazine/25privacy-t2.html?pagewanted=all&_r=0. Acesso em: 01 jun. 2016.p. 06-07.

Por fim, conforme veremos adiante, outra das soluções propostas foram levar essas situações perante o Judiciário, que muitas vezes se mostra a favor do indivíduo que quer ser esquecido e em outros momentos acaba por ser um óbice ao desaparecimento na Internet.

Todas as propostas que se apresentam têm como um único objetivo tentar trazer de volta a identidade das pessoas, possibilitar que elas possam se reabilitar perante os demais indivíduos, em suma, recomeçar.

3 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO DIREITO AO ESQUECIMENTO E SUA NATUREZA JURÍDICA

3.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

Conforme já mencionado, o direito ao esquecimento não se trata de uma teoria nova, começando sua existência em meados de 1970. O Princípio que traz conteúdo a esta teoria, por sua vez, possui raízes em um passado mais remoto. Pode se dizer que a pedra fundamental que dá existência ao Direito ao esquecimento tem origens no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Prima facie, cumpre-nos em apertada síntese trazer à tona à definição de Princípios, que para Dimoulis e Martins (2014, p.91) seria *in verbis*:

Direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.²³

Por sua vez, o cotejado doutrinador Alexy (2014, p. 87-89)²⁴ define os direitos fundamentais como:

(...) normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.

Superado tal ponto, em relação ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, se trata de um dos mais importantes e basilares Princípios em toda a Constituição moderna, tendo suas origens na Roma Antiga, porém, longe de possuir o mesmo significado que possui atualmente.

²³DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed., rev., atual. e ampl. -- São Paulo: Atlas. 2014. p. 41.

²⁴ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros. 2014. p. 87-89.

Para Englard (2000, p. 1903-1904), de início na Roma antiga, a dignidade (*dignitas*) era um conceito associado ao *status* pessoal de alguns indivíduos ou à proeminência de determinadas instituições. Como um *status* pessoal, a dignidade simbolizava a posição social ou política advinda da titularidade de determinadas funções públicas, assim como do reconhecimento geral de realizações pessoais ou de integridade moral.²⁵

Nesta esteira, pode-se dizer que até o final do Século XVIII a dignidade ainda não era sequer relacionada com os direitos humanos. A Declaração Universal dos Direitos Humanos promulgada no ano de 1789 trazia a questão da dignidade relacionada a ocupações e posições públicas.

Mesmo nos Estados Unidos da América, nos Artigos Federalistas, a título de exemplo, utilizavam a dignidade fazendo referência a cargos, ao governo ou a nação como um todo. Sendo assim, desde a época dos antigos Romanos até o século XVII, o sentido pré-moderno de dignidade estava intrinsecamente relacionada à categorização dos indivíduos, associando este conceito a um *status* mais elevado, uma classificação ou posição mais alta na escala social. (BARROSO, 2013, p. 14)²⁶

Postumamente, a questão da dignidade ganhou impulso, agregando novos conceitos e ideias oriundos de pensamentos religiosos e filosóficos, sendo que esta mutação fez com que ficasse mais próximo ao atual conceito.

Assevera-se, porém, que apenas com o advento do iluminismo que a questão da dignidade ganhou mais espaço para ser discutida e aplicada.

Barroso (2013, p. 18) entende que o Iluminismo teve grande impacto na evolução do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, pois:

Com isso, veio a centralidade do homem, ao lado do individualismo, do liberalismo, do desenvolvimento da ciência, da tolerância religiosa e do advento da cultura dos direitos individuais, ideias que fomentaram as revoluções liberais nos Estados Unidos e na França;²⁷

²⁵ENGLARD, Izhak. Human dignity: from antiquity to modern Israel's constitutional framework. *Cardozo Law Review*, New York, n. 21, 1999-2000..p.1903-1904.

²⁶BARROSO, Luís Roberto Barroso. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**. Belo Horizonte: Fórum. 2013. p. 14.

²⁷BARROSO, Luís Roberto Barroso. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**. Belo Horizonte: Fórum. 2013p. 18.

Na fase mais avançada do Iluminismo, surgiu por meio do filósofo Immanuel Kant ideias mais aprofundadas a respeito da Dignidade da Pessoa Humana.

O Ilustre pensador Prussiano desenvolveu o imperativo categórico de que todos os seres racionais seriam dotados de dignidade e não preço, em suma, que possuem um fim em si mesmos e não podem, portanto, ser empregados como meio para se atingir determinada finalidade, arrimando assim, a definição de dignidade da pessoa humana.(KANT, 1998, p. 31-38)²⁸

Doravante, referido princípio ganhou maior destaque apenas ao final da segunda década do século XX, quando foi introduzido em algumas constituições, como a Mexicana (1917) e com a Constituição Alemã da República de Weimar (1919).

O ápice de discussão a respeito do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana ocorreu na época das guerras mundiais, principalmente na Segunda Guerra Mundial com a ocorrência do holocausto.

Feita essas breves considerações sobre a evolução do Princípio, pode-se dizer que atualmente, no Brasil, tal adquiriu contornos mais amplos e protetivos. Para. Nery e Nery Jr (2006, p.118), em singelas palavras, trata-se do “*Princípio fundamental do direito. É o primeiro. O mais importante*”.²⁹

Tamanha é a importância do referido princípio, que a Constituição Federal do Brasil dá destaque a este em seu artigo 1º, inciso III, senão vejamos:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;

²⁸KANT, Immanuel. **Groundwork of the metaphysics of morals**. Trad. Mary Gregor. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. p. 31-38.

²⁹NERY, Rosa Maria de Andrade. NERY JUNIOR, Nelson. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. São Paulo: RT. 2006. p. 118.

O Princípio da Dignidade da Pessoa humana, contemporaneamente, deve ser entendido como um conjunto de atributos pessoais, de natureza moral, intelectual, física ou material que dão a cada indivíduo a consciência de suas necessidades, de suas aspirações, de seu valor, e o tornam digno de respeito e acatamento ante o corpo social. (OLIVEIRA, 2009, p 816.)³⁰

Na acepção balizada de Arruda (2008, p. 368) referido princípio possui o seguinte significado, *in verbis*:

Seja qual for o ângulo pelo qual analisemos o homem, veremos que ele é dotado de um valor de dignidade, que consiste na autonomia, ou seja, na aptidão para formular as próprias regras da vida. O homem possui dignidade pelo simples fato de existir como ser humano, dignidade esta que lhe é inerente e inalienável.³¹

Diferente, não poderia ser o entendimento do Ilustre professor de direito constitucional Canotilho (2010, p. 225)³², senão vejamos:

Trata-se do princípio antrópico que acolhe a ideia pré-moderna e moderna da dignitas-hominis (Pico della Mirandola) ou seja, do indivíduo como formadora de si própria e da sua vida segundo seu próprio projeto e espiritual (plastes et factor). Perante as experiências históricas da aniquilação do ser humano (inquisição, escravatura, nazismo, stalinismo, polpotismo, genocídios étnicos), a dignidade da pessoa humana como base da república significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do homo noumenon, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da república.

Por sua vez, o direito ao esquecimento justamente se funda com base na concepção moderna do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Pode-se dizer que referido princípio se encontra em praticamente todos os âmbitos da vida privada de determinado indivíduo. Isso porque, o fato de “não querer ser lembrado”, “ser esquecido” ou “ser deixado em paz”, ter intimidade, fazem parte do

³⁰OLIVEIRA, Antônio Cláudio Mariz de. O direito penal e a dignidade humana. A questão criminal: discurso tradicional. In: MIRANDA, Jorge. SILVA, Marco. **Tratado Luso-brasileiro da dignidade humana**, 2. ed. São Paulo: Quartier Latin. 2009. p.816.

³¹ARRUDA, Eloísa de Souza. **O papel do Ministério Público na efetivação dos tratados internacionais de direitos humanos**; 2008. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo .p 368.

³² CONOTILHO. J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2010. p. 225.

conceito de dignidade humana, pois, são muitos os casos em que as lembranças e recordações podem trazer sofrimento ou dor ao indivíduo.

Referente a este aspecto, Rodotá (2008, p. 234) leciona que, *vide*:

(...) intimidade e respeito, permite que nos aproximemos do tema da dignidade abordando os seus diversos ângulos. A intimidade nos dá ideia de algo inviolável e inalienável. O respeito nos dá a ideia da relação de cada um com os demais. A dignidade conjuga estes dois dados, um individual e outro social, e contribui para definir a posição de cada um na sociedade.³³

Portanto, verifica-se que o Direito ao Esquecimento se fundamenta com base no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, sem dúvida, conforme já demonstrado, o mais importante no ordenamento jurídico.

3.2 Princípio da liberdade de expressão

Outro princípio intrínseco a questão do Direito ao Esquecimento é o Princípio à Liberdade de Expressão. Isso porque, a tentativa de retirar informações atinentes a um determinado indivíduo, pode vir a colidir frontalmente com a liberdade de expressão.

Para melhor elucidar a relação do mencionado princípio com o Direito ao Esquecimento, necessário se destrinchar melhor a evolução da Liberdade de Expressão.

Pois bem. Assim como o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o Direito Fundamental à Liberdade de Expressão não se trata de um de instituto conquistado recentemente.

A Constituição dos Estados Unidos da América, promulgada no ano de 1791, já trazia na sua Primeira Emenda como Princípio Basilar a Liberdade de Expressão, senão vejamos:

O Congresso Nacional não legislará no sentido de estabelecer uma religião, ou proibindo o livre exercício dos cultos, ou cerceando a liberdade de palavra ou de imprensa, ou o direito do povo se reunir pacificamente, e dirigir ao

³³RODOTÁ, Stéfano. **A vida na sociedade de vigilância** – a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar. 2008. p. 234.

Governo petições para a reparação de seus agravos. (CONSTITUIÇÃO, 1787)³⁴

Apesar de a Constituição Norte Americana resguardar desde o ano de 1791 o Direito Fundamental de Liberdade de Expressão, este começou a ser protegido judicialmente apenas no início do século XX. Isso porque a jurisprudência fixou o entendimento, no decorrer dos anos, de que a liberdade de expressão (*free speech*) é uma liberdade preferencial, que deve prevalecer em caso de conflitos com outros direitos como a privacidade, a reputação e a igualdade. (SARMENTO, 2007, p 4)³⁵

Deve-se ressaltar que, a sistemática Norte Americana impõe dois regimes jurídicos diversos para os meios de comunicação. O primeiro se aplica apenas à imprensa escrita e não admite qualquer tipo de interferência do Estado. Por sua vez, quando se tratam de rádio e televisão, admitem-se algumas ingerências. Por fim, conforme decidiu a Suprema Corte Americana, “o conceito de que o Estado possa restringir a expressão de alguns elementos da sociedade visando a promover relativamente a voz de outros é absolutamente estranho à 1ª Emenda. (SARMENTO,2007, p. 11)³⁶

Na Alemanha, há o posicionamento de que a Liberdade de Expressão não se trata apenas de um direito subjetivo individual, mas um valor intrínseco à Democracia, que deve ser promovido pelo Estado, bem como garantido em caso de qualquer tipo de ameaça de particulares. Ademais, considera-se o mencionado princípio um instrumento voltado para a livre formação da opinião pública e para o intercâmbio de ideias, requerendo para isso, ações estatais positivas (SILVA, 2012, p. 19)³⁷.

³⁴ Tradução livre de: “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances.” CONSTITUIÇÃO dos Estados Unidos da América–1787 Disponível em:<<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0%20cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html>> Acesso em: 1 maio 2016

³⁵ SARMENTO, Daniel. Liberdade de Expressão, pluralismo e o papel promocional do estado. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n 16, maio/jun./jul./ago. 2007. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/liberdade_de_express_o__pluralismo_e_o_papel_promocional_do_estado.pdf>. Acesso em: 05 maio 2016.

³⁶ SARMENTO, Daniel. Liberdade de Expressão, pluralismo e o papel promocional do estado. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n 16, maio/jun./jul./ago.. 2007. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/liberdade_de_express_o__pluralismo_e_o_papel_promocional_do_estado.pdf>. Acesso em: 05 maio 2016.p. 11.

³⁷ SILVA, Alexandre Assunção e. **Liberdade de expressão e crimes de opinião**. São Paulo: Atlas. 2012. p. 19.

Na França, a liberdade de expressão não está expressamente consignada na Constituição de 1958, porém, tem-se entendido que esta está prevista na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que faz parte do bloco de constitucionalidade francês, apesar de que, isso possibilita sua proteção em um nível inferior ao Direito Alemão e o Norte Americano. (SARMENTO, 2007, p. 16)³⁸.

Para o direito constitucional francês, existe a predominância do entendimento de que o principal titular da liberdade de expressão é o público e não com aquele que se exprime. Em suma, os franceses se preocupam mais com os receptores e não com os emissores das mensagens. Aqui o próprio Estado atua para correção de falhas do mercado e a promoção do pluralismo. (SARMENTO, 2007, p. 17)³⁹

No Brasil, o Princípio da Liberdade de Expressão está expressamente consagrado no artigo 5º, incisos IV, V e IX da Constituição Federal, senão vejamos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

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

A definição do Princípio da Liberdade de Expressão, conforme o Ministro Marco Aurélio Mello do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus n.º 83.125, seria, *in verbis*:

A liberdade de expressão consiste no direito de manifestar, sob qualquer forma, ideias e informações de qualquer natureza. Por isso, abrange a produção intelectual, artística, científica e de comunicação de quaisquer ideias e valores. Para o STF, a liberdade de expressão engloba a livre

³⁸ SARMENTO, Daniel. Liberdade de Expressão, pluralismo e o papel promocional do estado. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n 16, maio/jun./jul./ago.. 2007. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/liberdade_de_express_o__pluralismo_e_o_papel_promocional_do_estado.pdf>. Acesso em: 05 maio 2016..

³⁹ SARMENTO, Daniel. Liberdade de Expressão, pluralismo e o papel promocional do estado. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n 16, maio/jun./jul./ago.. 2007. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/liberdade_de_express_o__pluralismo_e_o_papel_promocional_do_estado.pdf>. Acesso em: 05 maio 2016.

manifestação do pensamento, a exposição de fatos atuais ou históricos e a crítica (BRASIL, 2003)⁴⁰

Sem dúvida alguma, o Princípio da Liberdade de expressão se trata de um dos mais complicados para se conciliar com o Direito ao Esquecimento. Em poucas palavras, pedir para determinados fatos ou notícias serem esquecidos podem atentar contra o Princípio Constitucional em testilha.

O Ministro Luis Felipe Salomão, no julgamento do Recurso Especial de n.º 1.335.153-RJ asseverou em seu voto alguns pontos criticando a aplicação do Direito ao esquecimento:

- Em um primeiro momento o Direito ao esquecimento seria um atentado à liberdade de expressão e imprensa.
- O direito de fazer desaparecer as informações que retratam um determinado indivíduo significaria a perda da própria história, o que vale dizer que o direito a ser esquecido, ou seja, referido direito afrontaria à memória de toda uma sociedade.
- O direito ao esquecimento teria o condão de fazer desaparecer registros sobre crimes e criminosos conhecidos, que de alguma forma entraram para a história da sociedade, policial e judiciária. As informações sobre o indivíduo criminoso seriam de inegável interesse público;
- Seria difícil imaginar que uma informação que é lícita se torne ilícita pelo simples fato de que já passou muito tempo desde sua ocorrência.
- Quando qualquer indivíduo é inserido em um determinado fato de interesse público, deveria haver uma mitigação da proteção à intimidade e privacidade em prol do interesse público.

Apesar dos argumentos apontados pelo Ilustre Ministro do Superior Tribunal de Justiça acabou-se por acolher a tese do direito ao esquecimento no RESP n.º 1.335.153-RJ e no RESP n.º 1.334.097-RJ, com ressalvas, conforme iremos esmiuçar melhor em tópico à parte.

Outro ponto atinente à liberdade de expressão seria nos casos em que indivíduos recorrem ao judiciário requisitando a retirada de um determinado conteúdo antes que este seja publicado ou vinculado à imprensa utilizando a Teoria do Direito ao Esquecimento.

⁴⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 83.125, Relator Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, J. 16.09.2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+8312%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+83125%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/chlnr5z>>. Acesso em: 5 maio 2016

Por mais que uma determinada informação seja danosa ao indivíduo, impedir que determinada notícia ou fato recente seja divulgado pelos veículos midiáticos ou por sites antes de ser transmitido, com base no direito ao esquecimento se mostra uma temeridade. Tal fato por óbvio se trataria de censura ou imposição aos meios de comunicação licença prévia, o que não é permitido em um Estado Democrático de Direito. Frise-se que o Direito ao esquecimento apenas pode ser utilizado para fatos pretéritos.

Referida discussão ganhou maior impulso em decorrência do Recurso Extraordinário de familiares da Sra. Aída Jacob Curi a ser julgado pelo Supremo Tribunal Federal.

A Sra. Aída Jacob Curi foi estuprada e assassinada de forma brutal no ano de 1958 em Copacabana no Rio de Janeiro. O caso a época gerou grande repercussão por se tratar de uma vítima jovem, de família trabalhadora e conhecida na comunidade Sírria, bem como pela forma grotesca que o crime foi praticado (jogaram a vítima do alto do edifício para tentar encobrir os demais crimes) (REDE GLOBO, 2010)⁴¹

O caso também gerou comoção porque à época, os indivíduos que cometeram o crime não teriam recebido a reprimenda penal proporcional à gravidade dos fatos praticados.

Os irmãos da vítima entraram com uma ação em face da transmissora Rede Globo por ter veiculado a notícia muitos anos depois no programa denominado “Linha Direta”, que mostrou fatos, fotografias e histórias a respeito do caso. Com isso, pleiteiam a indenização por danos morais e materiais, bem como que seja aplicado o Direito ao esquecimento para não serem mais vinculadas notícias sobre a Sra. AÍDA.

Referente à situação em testilha, o atual Procurador Geral da República Rodrigo Janot se manifestou em parecer ministerial no Recurso Extraordinário, no sentido de que não seria possível se utilizar o Direito ao Esquecimento, pois, limitaria o direito fundamental a Liberdade de Expressão por censura ou exigência de autorização prévia.

⁴¹REDE GLOBO. **Aída Curi** Disponível em: <<http://redeglobo.globo.com/Linhadireta/0,26665,GIJ0-5257-215780,00.html>> Acesso em : 5 maio 2016.

Argumentou ainda que a Constituição Federal impõe limites ao exercício das liberdades fundamentais, cabendo às emissoras de rádio e televisão a “observância dos princípios que norteiam o direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem dos cidadãos. Em casos de descumprimento, há a previsão de condenação dos responsáveis e reparação de danos materiais e morais, além do direito de resposta proporcional ao dano.” (MACEDO, 2016)⁴²

Em que pese à situação em apreço e o parecer do Ilustre Procurador, deve-se ter em mente que caberia a discussão de aplicação do Direito ao esquecimento, *prima facie*, por se tratar de um fato que ocorreu há décadas atrás e que atualmente não é mais tão conhecido pela população em geral e que ainda causa graves dissabores aos familiares. Se reconhecido, seria proibido à vinculação deste em qualquer meio comunicativo.

Porém, deve-se ter em mente que existem óbices à aplicação de referido direito, pois, como o caso teve grande repercussão na década de 50, foram vinculadas inúmeras notícias pelos jornais, bem como, existem várias ruas na Cidade do Rio de Janeiro em homenagem, que tem o nome da Sra. AÍDA JACOB CURI. Todos estes fatos mencionados corroboram no sentido de que a história da vítima já é intrínseca a história da cidade, não podendo ser deslembrada.

Last but not least, o nó górdio que deve ser discutido no *case* aqui exposto é o fato de que: (a) Se fosse um acontecimento recente poder-se-ia utilizar o direito ao esquecimento para que a notícia não fosse vinculada? Não, pois referido direito só se aplica a fatos pretéritos. (b) Caberia a discussão do Direito ao esquecimento no presente caso? Sim, pois foi fato que ocorreu em décadas passadas e ainda causa amarguras aos familiares, bem como a vinculação de imagens da Sra. AÍDA morta podem macular sua imagem. (c) Existem causas impeditivas à sua aplicação? Sim, o fato de o caso fazer parte da história da cidade a ponto de existirem diversas ruas no município, com o nome da vítima. Trata-se de fato histórico-cultural do Rio de Janeiro. (d) Se não aceito o Direito ao Esquecimento, a família ficaria desamparada? Depende. Caso seja comprovado que o programa televisivo foi ofensivo, a própria Constituição Federal reza

⁴² MACEDO, Fausto. **Para Janot, Direito ao esquecimento não pode limitar liberdade de expressão.** Jornal Estadão. São Paulo. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/para-janot-direito-ao-esquecimento-nao-pode-limitar-liberdade-de-expressao/>>. Acesso em: 01 ago 2016

que deverá haver indenização, mas o fato poderá ser veiculado em notícias, livros e outros.

Em suma, extraísse da discussão do caso em apreço que o Direito ao Esquecimento não pode ser utilizado para impedir a divulgação de notícias recentes, sob pena de se censurar os meios de comunicação. Este só atua em fatos pretéritos e em situações específicas que devem ser analisadas caso a caso.

Portanto, conforme se pode verificar, o Princípio da Liberdade de Expressão é uma das “barreiras” que se impõe contra o Direito ao Esquecimento, apesar de no Brasil já ter sido aceito por grande parte das decisões do judiciário. Caberá verificar caso a caso se a liberdade de expressão está sendo tolhida ou não.

3.3 Direito à vida privada, intimidade, honra e imagem

Outro princípio constitucional intrínseco a questão do Direito ao Esquecimento se trata do Princípio do Direito à Intimidade, Vida Privada, Honra e Imagem. A razão de existência do Direito a ser esquecido é justamente a proteção da vida íntima e imagem de determinados indivíduos.

Antes de adentrarmos no que consiste o Princípio em testilha, necessário primeiramente se fazer uma ressalva. O Direito ao Esquecimento não se confunde com o Direito à intimidade e o Direito à privacidade, eis que, referidos direitos têm como objetivo à proteção contra a exposição da vida particular e garantem indenização caso sejam violadas enquanto o objetivo do direito ao esquecimento consiste em que informações pretéritas sejam esquecidas, pois, não condizem mais com a realidade ou tenham perdido sua importância dentro de um contexto social ou valor informativo.

Realizada a ressalva, necessário mencionar que o Direito a Vida Privada, Intimidade, Honra e imagens estão insculpidas no artigo 5º, incisos X, XI e XII da Constituição Federal, senão vejamos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

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

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

Conforme preceitua a doutrina pátria, a privacidade engloba o direito a intimidade. Primeiramente, Direito à privacidade (ou vida privada) e intimidade são conceitos distintos. A intimidade estaria relacionada com as relações objetivas e de trato íntimo de uma pessoa, suas relações familiares de amizade, enquanto a privacidade ou vida privada seria mais ampla e se envolve com todos os relacionamentos sociais, inclusive as relações comerciais, de trabalho e de estudo (MORAES, 2009, p. 53)⁴³.

Em relação ao direito à privacidade, a doutrina diverge em relação à sua origem. Para o ilustre jurista Silva (2007, p. 206)⁴⁴, teria surgido pelas mãos do Juiz Americano Cooley, no ano de 1873, que teria identificado a privacidade como o direito de ser deixado tranquilo, em paz, de estar só. Seria o chamado *Right to be alone*.

Para Ramos (2015, p. 536)⁴⁵, a privacidade teria sido consagrada por Warren e Brandeis, que em artigo intitulado “*Right to Privacy*” publicado no ano de 1890, argumentando que este englobava as diversas manifestações do modo de ser de um indivíduo, como suas cartas, desenhos, gestos e conversas, que mereciam proteção mesmo diante dos meios de comunicação social.

O autor acrescenta que desde então, teria ocorrido um imenso desenvolvimento da proteção da privacidade, trazendo debates sobre o seu conteúdo e alcance, em especial no momento de globalização pelo qual passamos e o aumento incessante do fluxo de informações entre os indivíduos.

⁴³ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 24 ed, São Paulo: Atlas, 2009, p. 53.

⁴⁴ SILVA, José. Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28 ed, São Paulo: Malheiros, 2007, p. 206.

⁴⁵ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.536.

Nas palavras de Silva (2007, p 205-206)⁴⁶, o direito à privacidade consiste no seguinte, *vide*:

A constituição declara invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (art. 5º, X). Portanto, erigiu, expressamente, esses valores humanos à condição de direito individual, mas não o fez constar do caput do artigo. Por isso, estamos considerando-o um direito conexo ao da vida. Assim, ele figura no caput como reflexo ou manifestação deste.

O Dispositivo põe desde logo, uma questão, a de que a intimidade foi considerada um direito diverso dos direitos à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, quando a doutrina os reputava, com outros, manifestação daquela. De fato, a terminologia não é precisa. Por isso, preferimos usar a expressão direito à privacidade, num sentido genérico e amplo, de modo a abarcar todas essas manifestações da esfera íntima, privada e de personalidade, que o texto constitucional em exame consagrou. Toma-se, pois, a privacidade como “o conjunto de informações acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito”. A esfera da inviolabilidade, assim, é ampla, “abrange o modo de vida doméstico, nas relações familiares e afetivas em geral, fatos, hábitos, local, nome, imagem, pensamentos, segredos, e, bem assim, as origens e planos futuros do indivíduo.”

O Direito à Privacidade desdobra-se ainda em outros dois direitos, a proteção do direito à honra e o direito à imagem.

Basicamente, o direito à honra pode ser definido como a preservação da reputação de um determinado indivíduo perante a sociedade (honra objetiva) ou da dignidade e autoestima de cada um (honra subjetiva). Por sua vez, grande parte da doutrina considera que a pessoa jurídica apenas possui a denominada honra objetiva.

O Direito à Imagem consiste na faculdade de se controlar a divulgação da própria imagem para terceiros. Tenta-se aqui vedar a divulgação ou montagem de imagens perante os meios de comunicação, tanto em relação à pessoa física, quanto à jurídica.

Neste contexto, para se entender melhor o funcionamento da proteção da privacidade e como isso pode influenciar na aplicação do Direito ao esquecimento, utiliza-se a teoria das esferas concêntrica, originária da Alemanha e difundida no Brasil pela tese do jurista Paulo José da Costa Junior.

⁴⁶SILVA, José. Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28 ed, São Paulo: Malheiros, 2007. p. 205-206.

Em suma, a teoria implica no fato de existirem três esferas concêntricas: a vida privada em sentido estrito, o círculo da intimidade e o chamado círculo do segredo.

O círculo da vida privada (*Privatesphäre*) compreenderia todos aqueles comportamentos, acontecimentos, processos, episódios e condutas de natureza pública que um determinado indivíduo não quer que se torne de domínio público (COSTA JUNIOR, 2007, p.29)⁴⁷. Eles se encontram ao alcance da coletividade em geral, de um círculo indeterminado de pessoas. Estariam compreendidos aqui os sigilos do campo patrimonial (fiscal e bancário) e de dados (registros telefônicos, dados telemáticos etc.).

Por sua vez, o conjunto da intimidade (*Vertrauenssphäre*) ou confiança (*Vertraulichkeitssphäre*), que está no bojo da esfera da vida privada, pode ser definido como aquela onde apenas participam determinados indivíduos na qual a pessoa deposita certa confiança (familiares, amigos próximos e no máximo profissionais submetidos ao sigilo profissional) e com as quais tem certa intimidade. Exclui-se aqui apenas o público em geral. (COSTA JUNIOR, 2007, p.30)⁴⁸

Assevera Ramos (2015, p. 537)⁴⁹ que neste círculo se encontra também a previsão do impedimento da intrusão de terceiros no domicílio (Artigo 5º, inciso IX da Constituição Federal) e ainda a proteção do acesso indevido à publicização do conteúdo das comunicações pelos mais diversos meios, gerando assim, o sigilo do conteúdo telemático, epistolar, telefônico e outros;

Para a última esfera a ser analisada é a do segredo (*Geheimsphäre*). Esta abarca a parcela da vida particular do indivíduo do qual compartilham alguns poucos amigos, muito próximos. Ressalta-se que nesta esfera, a mais protegida de todas, sequer participam pessoas da intimidade do indivíduo. (COSTA JUNIOR, p. 30)⁵⁰

Cabe um parêntesis de suma importância em relação à teoria das esferas concêntrica, pois, as barras que dividem as esferas da vida privada não podem ser consideradas estáticas, mas sim, flexíveis e elásticas. Aplicar o nível de privacidade das esferas estará vinculado a qual categoria social pertença os respectivos titulares.

⁴⁷COSTA JUNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. São Paulo: RT: 2007. p. 29.

⁴⁸ Ibid., p. 30.

⁴⁹ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015 p. 537.

⁵⁰ COSTA JUNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. São Paulo: RT: 2007. p. 30.

Este é o entendimento doutrinário:

Se, *verbi gratia*, o indivíduo integrar uma categoria social de tradições particularmente austeras, será fatalmente levado a ampliar sua esfera de fatos privados. Se ao invés, fizer parte de uma categoria destituída de tradições, poderá mesmo alegrar-se com a publicidade que venham a dar aos seus episódios íntimos.

O diâmetro da vida particular depende, portanto, do modo de ser do indivíduo que a ela se integra. Varia conforme o status do indivíduo, que é a forma pela qual ele se insere no agrupamento social. Não seria, pois, de todo impróprio reconhecer uma desigualdade jurídica entre as pessoas, apesar de, nos tempos hodiernos, terem sido nem muito atenuadas as distinções sociais. (COSTA JUNIOR, 2007, p. 32)⁵¹

Ainda, para Dotti (1980, p. 68), quando se tratam de pessoas notórias (políticos, atores, escritores e outros), o âmbito da vida privada destes indivíduos diminui drasticamente. Tal fato ocorre, pois, em relação às celebridades, a coletividade possui maior interesse em conhecer-lhes a vida íntima, as reações que experimentam e as peculiaridades que oferecem. As personalidades em evidência alienam a própria existência privada.⁵²

A teoria das esferas concêntricas possui íntima ligação com a aplicação do Direito ao Esquecimento. Deve-se ter em mente, com base em referida teoria que determinadas pessoas terão maior possibilidade de pleitear seu esquecimento do que outras.

Indivíduos que são celebridades, pessoas que estão envolvidos com fatos históricos (ex. Políticos) ou de grande importância social (ex. escritores e atores) entram na exceção da aplicação.

Neste sentido:

Por sua vez, o direito ao esquecimento da pessoa pública ou notória ganha contornos diferentes do cidadão comum, do homem médio, vez que como decidido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, em relação a tais pessoas, o fato a qual se busca o esquecimento “não poderia ocorrer sem maiores indagações, pois, ao contrário das pessoas singulares, suas atuações produzem interesse no grande público. Nesse caso o direito à preservação da

⁵¹ COSTA JUNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. São Paulo: RT: 2007. p. 32.

⁵² DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação**. São Paulo: Saraiva, 1980, p.68.

vida privada cederia passo ao preponderante interesse geral em ter acesso a tais informações”. (NEVES; DOMINGUES, 2014) ⁵³

Portanto, verifica-se que o Direito ao esquecimento, apesar de advir dos direitos da personalidade e estar conectado com o direito à vida privada, apenas pode ser aplicado em relação a determinados indivíduos, quais sejam, aqueles que não possuem status de notoriedade, que não sejam figuras públicas ou que façam parte da história de determinado local.

Por fim, a questão do Direito ao Esquecimento ainda não se encontra plenamente sedimentada pelos tribunais pátrios. Contam-se nos dedos as decisões de Tribunais Superiores a respeito do Direito a ser esquecido. Justamente por isso, não se pode deixar de lado a hipótese de serem alterados com o tempo os critérios de aplicação de referido direito.

Para melhor elucidação dos critérios de aplicação para se realizar o esquecimento do indivíduo, necessário esmiuçar como referido instituto é tratado na Europa (berço de seu nascimento), nos Estados Unidos da América (país onde há maior relutância na aplicação da teoria) e, por fim, no Brasil (local onde a discussão ainda é embrionária).

⁵³ NEVES, Kelli Priscila Angelini; DOMINGUES, Diego Sigoli. **Direito ao esquecimento – possibilidades e limites na Internet**. Disponível em: <<https://politics.org.br/edicoes/direito-ao-esquecimento-possibilidades-e-limites-na-internet>>. Acesso em: 13 jun. 2016.

4 O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA EUROPA

Conforme já mencionado, o direito ao esquecimento tem sua origem na década de 1970 na França e na Itália, quando sequer se tinha uma previsão da existência de uma rede mundial de computadores amplamente conectada.

Porém, o assunto começou a ser mais aprofundado na Europa em geral, com o advento de uma reclamação realizada pelo Sr. Mario Costeja Gonzáles à Agência Espanhola de Proteção aos dados em face do jornal La Vanguardia e o site de buscas Google com o objetivo de retirar qualquer conteúdo que aparecesse com seu nome.

O Sr. Mario Costeja Gonzales pleiteava a supressão de páginas na internet que faziam referência a um antigo anúncio do Ministério do Trabalho e dos assuntos sociais referente a um leilão de imóveis, e que o Google deixasse de mostrar em seu buscador a respectiva página para que seu nome não aparecesse mais quando procurado.

O motivo da demanda de Mario Costeja Gonzales se baseava no fato de que este já tinha pago sua dívida e não queria de forma alguma que seu nome fosse relacionado àquele fato do leilão, que era desatualizado e lhe causava constrangimentos (HYAMS; BARRISTER, 2014)⁵⁴.

A Agência Espanhola de proteção de dados entendeu em relação ao jornal La Vanguardia que este considerava à época que a informação havia sido publicada de forma legal, se baseando no argumento de que a finalidade da notícia era dar maior publicidade ao leilão.

O site Google por sua vez, foi condenado a retirar a informação de seu buscador, pois, as normas europeias protegiam o Sr. MARIO COSTEJA GONZALES contra o acesso por terceiros a essa informação, pois, a localização desta tinha potencial para

⁵⁴HYAMS, Oliver. BARRISTER, Pupil. **The right to be forgotten**. Disponível em:<<https://1essexcourt.wordpress.com/2014/05/15/the-right-to-be-forgotten/>>. Acesso em: 04 jul. 2016.

lesionar o direito fundamental de proteção de dados e o princípio basilar da dignidade da pessoa humana.(COURT,2014)⁵⁵

Inconformado com a decisão, o Google optou por interpor recurso contra a referida decisão e o caso foi levado pelos órgãos espanhóis ao Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE).

O mencionado Tribunal julgou seguindo o entendimento de que conforme a diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu, que faz referência a proteção das pessoas no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, bem como do artigo 8^o⁵⁶ da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, que proclama expressamente o direito à proteção dos dados pessoais, decidiu em 2014 que os Europeus têm a possibilidade de pedir a retirada desse tipo de dados da internet.

Referida decisão foi paradigmática pois:

Naquele caso, os buscadores foram obrigados à atender as demandas dos cidadãos europeus removendo dados pessoais (...) o tribunal estabeleceu alguns parâmetros para suprimir links, tais quais: os dados são inexatos inadequados; não pertinentes ou excessivos; desatualizados ou conservados durante período de tempo superior ao necessário, salvo se com finalidades históricas, estatísticas ou científicas (VIVIANI,2015)⁵⁷.

Há que se ressaltar, porém, que apesar deste ter sido o caso mais comentado, não foi o primeiro a tratar do assunto. Foi apenas o primeiro a ser decidido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia.

Outros casos anteriores e emblemáticos que ajudaram na estruturação do desenvolvimento do temo do Direito ao Esquecimento devem ser enfatizados.

Na Alemanha ocorreu a famosa condenação dos Srs. Wolfgang Werlé e Manfred Lauber pelo homicídio de um ator Walter Sedlmayr na década de 1990. No ano de

⁵⁵ COURT of Justice of the European Union. **Press Realease N° 70/14**: Luxemburgo, 13 de maio de 2014. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-05/cp140070en.pdf>.> Acesso em: 04 jul.2016.

⁵⁶ Proteção de dados pessoais 1. Todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito. 2. Esses dados devem ser objeto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respectiva retificação. 3. O cumprimento destas regras fica sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade independente.

⁵⁷VIVIANI, Luís. **Quando o direito ao esquecimento vira censura?** Disponível em:<<http://jota.uol.com.br/quando-o-direito-ao-esquecimento-vira-censura>>. Acesso em: 04 jun.2016

2009, ou seja, passados mais de 20 anos do homicídio, o Sr. Wolfgang Werlé requisitou perante o Tribunal de Hamburgo o direito de possuir uma ordem com o teor de retirar todas as referências ao seu nome dos idiomas alemão e inglês do site da Wikipédia e qualquer referência em alemão da revista Der Spiegel (LIMA, 2013, p. 275)⁵⁸.

A Wikipédia americana se recusou a retirar o conteúdo, pois, infringiria a posição do site de ter a liberdade midiática para publicar seus conteúdos. Ademais, como a empresa está sediada nos Estados Unidos da América estaria respaldada pela primeira emenda americana. Por sua vez a lei alemã não tem conteúdo a forçar empresas estrangeiras (BRUHM,2012)⁵⁹.

Como base para fundamentar a ação proposta, os advogados do condenado se basearam em uma decisão do ano de 1973 do Tribunal Constitucional Alemão, que afirmava os direitos de privacidade dos cidadãos depois de ter integralizado sua pena e acabaram ganhando no tribunal de Hamburgo direito do site retirar as informações.

Porém, a Corte Constitucional Alemã reverteu a decisão argumentando ser uma restrição à liberdade de expressão e liberdade de imprensa e que os acusados do homicídio teriam de aturar um certo grau de invasão a sua privacidade. Ademais, a decisão de retirar os nomes da internet seria onerosa demais para a Wikipédia e outros.

Outro caso de grande repercussão ocorreu na Suíça no ano de 1983, onde a denominada Sociedade Suíça de Rádio e Televisão tinha o escopo de elaborar um documentário a respeito de um assassino que havia sido sentenciado à morte no ano de 1939. Um de seus descendentes, entendendo que este fato afetaria sua esfera privada de forma oblíqua ajuizou ação na tentativa de impedir a realização do documentário. O Tribunal Federal Suíço decidiu que não existe um direito absoluto ao esquecimento que possa obstar a pesquisa histórica e científica e como resultado foi autorizada a produção do documentário (LIMA, 2013, p. 276)⁶⁰.

⁵⁸ LIMA, Erik Noleta Kirk Palma. Direito ao Esquecimento – discussão europeia e sua repercussão no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**. ano 50, n. 199, jul./set.2013. p. 275. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/502929/000991677.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 05 jun.2016.

⁵⁹BRUHM, Judith. **Does a murderer have the right to be forgotten?** Disponível em: <<http://freespeechdebate.com/en/case/does-a-murderer-have-the-right-to-be-forgotten/>>. Acesso em: 05 jun. 2016.

⁶⁰ LIMA, Erik Noleta Kirk Palma. Direito ao esquecimento – discussão europeia e sua repercussão no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, v. 50, n. 199, p. 271-

Merece destaque também, acórdão da Bélgica, lavrado na data de 20 de setembro de 2001, onde o Tribunal Civil de Bruxelas proibiu um determinado programa de televisão da estação comercial RTL-TVI.

O filme tratava basicamente de uma reconstrução de uma tomada de reféns e a tentativa da fuga de um preso denominado Pedro C., que tinha sido condenado a pena de morte faziam 20 anos, mas cuja sentença fora posteriormente modificada para a prisão perpétua com trabalhos forçados. A tentativa de fuga que se deu no ano de 1984 falhou. O Programa da RTL-TVI, possuíam algumas imagens verdadeiras da época, junto com imagens de cenas reconstruídas. O filme foi transmitido pela emissora no ano de 1993, porém, como o Sr. Pedro C. não havia autorizado o uso de sua imagem, resolveu ajuizar ação perante o Tribunal Civil Belga tentando impedir a divulgação das imagens.

Muitos pontos dos casos mencionados tiveram influência direta no julgamento de casos no Brasil, conforme passaremos a ver em tópico específico.

O Tribunal, por sua vez, sentenciou ineditamente no sentido de que o prisioneiro pode reivindicar seus direitos à imagem e direito à privacidade, bem como o prisioneiro tem o direito de não ter sua imagem vinculada anos depois ao fato, bem como, de ser esquecido e ser retirado da esfera pública (LIMA, 2013, p. 275-276)⁶¹.

Por sua vez, vale frisar que a União Europeia tem tentado há vários anos procurar uma maneira de conferir transparência ao intrincado e muitas vezes confuso mundo digital.

A diretiva 95/46 e as observações na Europa referentes ao direito ao esquecimento não eram suficientes para criar segurança jurídica sobre suas formas de aplicação (DIRECTIVA, 1995)⁶². Essa é a ponderada observação de Weber (2011, p.

283, jul./set. 2013. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/502929/000991677.pdf?sequence=>>>. Acesso em: 05 jun 2016.

⁶¹LIMA, Erik Noleta Kirk Palma. Direito ao esquecimento – discussão europeia e sua repercussão no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, v. 50, n. 199, p. 271-283, jul./set. 2013. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/502929/000991677.pdf?sequence=>>>. Acesso em: 05 jun 2016.

⁶²DIRECTIVA 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX%3A31995L0046.>>> Acesso em: 18 ago. 2016.

120-130)⁶³ “ (...) *na forma proposta pela União Europeia, o direito ao esquecimento não pode facilmente se tornar uma contribuição substancial para a melhoria da proteção de dados. O conceito é provavelmente muito vago para ser bem-sucedido*”.

Em sede internacional a Comissão Europeia se prontificou a aclarar e regulamentar o direito a ser esquecido, partindo da seguinte premissa:

“(...) O direito de as pessoas impedirem a continuação do tratamento dos respectivos dados e de os mesmos serem apagados quando deixarem de ser necessários para fins legítimos. É o caso, por exemplo, do tratamento baseado no consentimento da pessoa, se essa pessoa retirar o consentimento ou quando o período de armazenamento tiver acabad (COMUNICAÇÃO,2010):

Por sua vez, em 22 de janeiro de 2012, ainda durante o julgamento do caso MARIO COSTEJA GONZALES, foi realizada conferência pela Comissão Europeia onde se propôs realizar a regulamentação do assunto.

Nesta oportunidade a vice-presidente da Comissão Europeia, Sra. VIVIANE REDING, antes da apresentação dos projetos de regulamentação sugeriu duas condições como argumentos para viabilizar o direito ao esquecimento. O primeiro seria o indivíduo não possuir mais interesse que seus dados pessoais sejam processados e/ou armazenados por um determinado controlador de dados. O segundo seria a inexistência de uma razão legítima para o controlador mantê-los (REDING, 2012)⁶⁴.

Em relação a proposta de reforma realizada pela comissão, temos o ensinamento de Jesus e Correia (2015, p. 27)⁶⁵, senão vejamos:

Na data de 25 de janeiro de 2012, a Comissão apresentou a reforma das regras de proteção de dados, propondo reforçar o controle exercido pelos utilizadores sobre os seus dados e reduzir os custos para as empresas, respeitando os direitos fundamentais das pessoas e impulsionando a confiança dos consumidores e a economia digital da Europa.

A reforma global apresentada pela Comissão harmoniza, atualiza e moderniza os princípios estabelecidos na Diretiva 95 e inclui uma comunicação que apresenta duas propostas legislativas: uma proposta de diretiva relativa à proteção de dados pessoais para efeitos de prevenção, investigação, detecção e representação de infrações penais e de atividades

⁶³ WEBER, Rolf H. **The right to be forgotten: more than a Pandora's box?** Göttinger: JIPITEC. 2011. p. 120-130.

⁶⁴REDING, Viviane. **The EU data protection reform 2012: making europeu the standart setter for modern data protection rules in digital age.** Disponível em: <http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-26_en.htm> Acesso em 03 jul. 2016.

⁶⁵JESUS, Inês Oliveira Andrade de.; CORREIA, Pedro Miguel Alves. O novo regime de proteção de dados pessoais na União Europeia. **Revista Direitos Fundamentais e Justiça**. Ano 9, n. 30, p. 23-32, jan./mar.2015.

judiciárias conexas, e uma proposta de regulamento que define o quadro geral europeu de proteção de dados.

Verifica-se assim que existe uma forte preocupação por parte dos Europeus em regulamentar a questão do direito ao esquecimento harmonizando este com os Princípios Constitucionais.

Ou seja, pelos casos já mencionados, há um histórico de aceitação na Europa pela aplicação do Direito ao Esquecimento. Cabe agora verificarmos como este é aplicado nos Estados Unidos da América e no Brasil.

5 O DIREITO AO ESQUECIMENTO NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

A aplicação do Direito ao Esquecimento nos Estados Unidos da América, por sua vez, é mais restrita do que aquela realizada na Europa em geral.

Isso porque, existe uma maior preocupação por parte do judiciário americano que o Direito a ser esquecido impacte diretamente no Princípio à Liberdade de Expressão (protegido diretamente pela primeira emenda da Constituição Americana), Direito à privacidade, bem como influencie na qualidade e diversidade de informações disponibilizadas na Internet, por meio de censura ou até mesmo se tentar utilizar de referido direito para reescrever a história (MAYES, 2011)⁶⁶.

O direito ao esquecimento foi discutido principalmente em dois casos nos Estados Unidos da América, “Melvin vs. Reid” e “Sidis vs. FR Publishing Corp.”.

No caso “Melvin vs. Reid” (1931) uma ex-prostituta chamada Gabrielle Darley foi acusada de ter praticado um homicídio, depois foi absolvida. Ato contínuo, tentou assumir uma vida tranquila, de anonimato, sem chamar a atenção da sociedade, além do que se casou.

Porém, no ano de 1925 foi realizado um documentário chamado de “O Quimono Vermelho”, onde contava a vida e os feitos da Sra. GABRIELLE DARLEY. Em decorrência disso, a ex-prostituta optou por processar os produtores da obra cinematográfica.

Em decisão inédita exarada pela Corte da Califórnia, decidiu-se a favor da Sra. GABRIELLE, pois: “(...) *qualquer pessoa que queira viver uma vida reclusa, tem o direito a felicidade, que inclui a liberdade de não ter sua reputação e vida social atacados desnecessariamente.*” (COURT, 1931)⁶⁷

Por sua vez, no caso, “Sidis vs. FR Publishing Corp.”, o Sr. William James Sidis, quando criança, na década de 1910, era conhecido por ser uma criança prodígio, que habitualmente era mencionado nos jornais por suas incríveis facetas, bem como por

⁶⁶MAYES, Tessa **We have no right to be forgotten online**. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/commentisfree/libertycentral/2011/mar/18/forgotten-online-european-union-law-internet>>. Acesso em: 5 jun 2016

⁶⁷COURT of Appel of California. Disponível em: <<https://casetext.com/case/melvin-v-reid?passage=WiuHIMW9lYhRtbw-iZ2XzQ>>. Acesso em: 04 jun. 2016. Tradução livre de: “*Any person living a life of rectitude has that right to happiness which includes a freedom from unnecessary attacks on his character, social standing or reputation.*”

ter sido uma das pessoas mais novas a ter entrado em uma faculdade nos Estados Unidos.

Em 1937, o famoso jornal “The New Yorker” publicou uma matéria de cunho biográfico, contando detalhes passados da vida e obra do Sr. Willian James Sidis, que desaprovou a ideia, processando assim, o grupo editorial do jornal, com o argumento de que sua intimidade estaria sendo violada, assim como, pelo fato de que gostaria de ter uma vida sem que os holofotes estivessem de alguma forma voltada a ele.

O judiciário decidiu o caso afirmando que as pretensões do autor não deveriam prosperar, tendo em vista que uma determinada pessoa famosa não poderia simplesmente ignorar seu status de famosa, apenas porque tem vontade (CASE, 2013)⁶⁸.

Nesta esteira, deve-se mencionar ainda que um dos casos mais marcantes que passaram pelo crivo do judiciário ianque, sobre o direito ao esquecimento e foi criticado pelo desfecho quase que injusto, foi sobre ao acidente da jovem Nikki Catsouras.

Na data de 31 de outubro de 2006, CATSOURAS, à época com 18 anos de idade bateu o carro esporte do pai na proteção de concreto da estrada em Orange County, na Califórnia, fato este que a levou a óbito. A polícia, conforme protocolo, realizou a perícia do local e retirou fotos. O acidente foi tão horrível que não deixaram a família da vítima identificar o corpo.

Duas semanas após o acidente, a família de NIKKI descobriu que estava circulando diversas fotos na internet do acidente, algo que gerou grande revolta para a família que ainda estava em luto pelo fatídico acidente.

Ao pesquisarem com o departamento de polícia de Orange County como tais fotos poderiam ter sido “vazadas” para Internet, descobriram que dois funcionários teriam enviado a seus parentes e amigos as fotos no dia de Halloween. Assim, as fotos se espalharam com facilidade pela web.

Sem um direito ao esquecimento na Internet a família CATSOURAS não tinha meios de forçar o Google a parar de mostrar os links para as fotos. Até hoje é demasiado

⁶⁸Case Information. Disponível em:<<https://h2o.law.harvard.edu/cases/8>.> Acesso em:03 jun.2016.

fácil localizar as fotos, bastando colocar no Google o nome Nikki Catsouras ou simplesmente “garota decapitada”.

Na tentativa de estancar a hemorragia de fotos que apareciam na Internet, a família da vítima optou por contratar um profissional especializado que manipula o algoritmo de busca do Google, enviando informações adicionais para web.

Ademais, quando os sites se negavam a retirar as fotos de forma amigável, a única forma jurídica que encontraram foi de processar o sitio eletrônico por ter infringido os direitos autorais e de personalidade das fotos (TOOBIN,2014)⁶⁹.

Portanto, verifica-se que o judiciário dos Estados Unidos da América ainda resiste na aplicação do direito ao esquecimento mormente, pois, sua primeira emenda da Constituição privilegia a liberdade de expressão deixando pouca margem para se relativizar a aplicação de referido princípio, bem como, existe um receio de que a aplicação do direito ao esquecimento seja utilizado para reescrever a história ou distorcer a existência de determinados fatos.

⁶⁹TOOBIN, Jeffrey. The Solace of Oblivion – in Europe, the right to be forgotten trumps the Internet. **Jornal The New Yorker**.2014.Disponívelem:<http://www.newyorker.com/magazine/2014/09/29/solace-oblivion> Acesso em: 05 maio 2016.

6 O DIREITO AO ESQUECIMENTO NO BRASIL

Em terras brasileiras, a doutrina começou a discutir a aplicação do Direito ao esquecimento na década de 90. No ano de 1993, Edson Ferreira da Silva, no artigo denominado “*Direitos de personalidade: os Direitos de personalidade são inatos?*” e, em 1996, Luís Alberto David de Araújo com a monografia intitulada “A proteção constitucional da própria imagem”, difundiram o pensamento de que a definição de “Direito ao esquecimento” era intrínseco ao de vida privada, junto com o direito a intimidade, entre outros (RODRIGUES JUNIOR, 2013)⁷⁰.

Ao mesmo tempo, no ano de 1994, Agostinho Beneti escreveu o artigo “A Constituição e o sistema penal, onde, apesar de não mencionar diretamente o “Direito ao Esquecimento” traz à tona a ideia de que atos feitos no passado, principalmente os criminais não poderiam perdurar na mente das pessoas por inúmeros anos. (BENETI, p.162)⁷¹

Tempos depois, o tema começou a ser discutido especificamente pela doutrina, se baseando principalmente em decisões e doutrinas de países estrangeiros, tentando fazer com que a teoria começasse a ser aplicada no dia a dia.

Ressaltada a parte histórica, necessário frisar que ainda no Brasil o Direito ao Esquecimento não está previsto em qualquer legislação específica, existe apenas uma interpretação do artigo 11 do Código Civil de 2002⁷², alvitrado no Enunciado 531, aprovado na VI Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho de Justiça Federal (CJF) no ano de 2013.

⁷⁰ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Brasil debate direito ao esquecimento desde 1990.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-nov-27/direito-comparado-brasil-debate-direito-esquecimento1990>>. Acessado em 12.04.2016.

⁷¹ BENETI, Sidnei Agostinho. A Constituição e o sistema penal. **Revista da Ajuris.** Disponível em: <<http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/5730b/57786/577e3?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0>> Acesso em: 5 jun. 2016

⁷² Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

O Enunciado tem o seguinte preceito: “*A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade de informação inclui o direito ao esquecimento*” (CONSELHO, 2013)⁷³.

A justificativa para a criação do Enunciado 531 é a seguinte:

Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O Direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados (CONSELHO, 2013)⁷⁴.

Ressalta-se que o Enunciado não possui qualquer tipo de força cogente, sendo que é, utilizado unicamente como fonte de pesquisa e argumentação para os operadores do direito.

Por sua vez, no Congresso brasileiro existem duas propostas que tem em seu bojo a questão do Direito ao esquecimento. O Primeiro é o Projeto de Lei n.º 1.676/2015, engendrado pelo ex-Senador Vital do Rêgo (PMDB-PB).

Referido projeto que se encontra no momento na Comissão de Ciência e Tecnologia, tem como escopo se aprovado:

Tipifica o ato de fotografar, filmar ou captar a voz de pessoa, sem autorização ou sem fins lícitos, prevendo qualificadoras para as diversas formas de sua divulgação e dispõe sobre a garantia de desvinculação do nome, imagem e demais aspectos da personalidade, publicados na rede mundial de computadores, internet, relativos a fatos que não possuem, ou não possuem mais, interesse público (BRASIL, 2015)⁷⁵.

Muitos especialistas da área vêm criticando a criação de referido projeto, pois, além do direito ao esquecimento o projeto Lei visa tipificar a conduta de fotografar, filmar ou captar a voz de um determinado indivíduo, utilizando mais uma

⁷³CONSELHO FEDERAL DE JUSTIÇA. **Enunciados**. In: Jornada de Direito Civil, 6., 2013.Brasília. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>>. Acessado em 08 set. 2016.

⁷⁴ CONSELHO FEDERAL DE JUSTIÇA. **Enunciados**. In: Jornada de Direito Civil, 6., 2013.Brasília. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>>. Acessado em 08 set. 2016.

⁷⁵ BRASIL. Projeto de Lei n 1.676 de 26 de maio de 2015. Tipifica o ato de fotografar, filmar ou captar a voz de pessoa, sem autorização ou sem fins lícitos. **Câmara dos Deputados**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1295741>>. Acesso em 09 set. 2016.

vez o Direito Penal, que é a *ultima ratio*, para penalizar situações que podem muito bem ser discutidas em outras esferas (VIVIANE, 2015)⁷⁶.

O segundo Projeto de Lei é o n.º 7.881/2014, foi proposto pelo Senador Eduardo Cunha e tem como objetivo de obrigar sites a remover links dos mecanismos de busca da internet que façam referência a dados irrelevantes ou defasados sobre o envolvido⁷⁷.

Este Projeto de Lei também é criticado, pois, simplificaria a questão simplesmente removendo o conteúdo possibilitando o cerceamento do Princípio Constitucional da Liberdade de Expressão. Ademais, ressalta-se que a decisão de retirar ou não o conteúdo deveria ser realizado pelo Poder Judiciário que é quem tem melhores condições de analisar o caso em particular, e enfrentar os conflitos entre direitos fundamentais (VIVIANI, 2015)⁷⁸.

Mais a mais, o Marco Civil da Internet (Lei nº 12965/14) promulgado com o intuito de regular e definir direitos civis do indivíduo no mundo digital, não abordou a questão do direito ao esquecimento.

A única norma próxima ao direito ao esquecimento que a Lei em testilha trouxe, foi possibilitar a retirada informação de um determinado indivíduo, de uma plataforma, caso encerre sua conta.

A título de exemplo, se uma determinada pessoa cria uma conta no Facebook e depois que encerrar todos os seus dados deverão ser removidos, não podendo a plataforma continuar a vincular estes dados.

Porém, deve ser ressaltado que a lei fala em “plataforma”, não em internet, sendo assim, tem-se entendido que conteúdos replicados na internet não poderiam ser retidos diretamente da Internet, dependendo assim, de ordem judicial.

⁷⁶VIVIANI, Luís. **Quando o direito ao esquecimento vira censura?** Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/quando-o-direito-ao-esquecimento-vira-censura>>. Acesso em: 04 jun.2016

⁷⁷BRASIL. Projeto de Lei n 7.881 de 6 de agosto de 2014. Obriga a remoção de links dos mecanismos de busca da internet que façam referência a dados irrelevantes ou defasados sobre o envolvido. **Câmara dos Deputados**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idP_roposicao=621575> Acesso em: 09 set. 2016.

⁷⁸ VIVIANI, Luís. **Quando o direito ao esquecimento vira censura?** Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/quando-o-direito-ao-esquecimento-vira-censura>>. Acesso em: 04 jun.2016

Em relação à jurisprudência pátria, alguns casos que foram julgados pelo STJ abriram a discussão para possibilitar a aplicação do Direito ao Esquecimento.

O assassinato da Sra. Aida Curi (EDcl no REsp n.º 1.335.153), conforme já mencionado, foi objeto de julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça, que decidiu negar a indenização que a família havia pedido, bem como não aplicou o direito ao esquecimento por se tratar de um crime histórico, senão vejamos:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE IMPRENSA VS. DIREITOS DA PERSONALIDADE. LITÍGIO DE SOLUÇÃO TRANSVERSAL. COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DOCUMENTÁRIO EXIBIDO EM REDE NACIONAL. LINHA DIRETA-JUSTIÇA. **HOMICÍDIO DE REPERCUSSÃO NACIONAL OCORRIDO NO ANO DE 1958. CASO "AIDA CURÍ"**. VEICULAÇÃO, MEIO SÉCULO DEPOIS DO FATO, DO NOME E IMAGEM DA VÍTIMA. NÃO CONSENTIMENTO DOS FAMILIARES. DIREITO AO ESQUECIMENTO. ACOLHIMENTO. NÃO APLICAÇÃO NO CASO CONCRETO. **RECONHECIMENTO DA HISTORICIDADE DO FATO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE DE DESVINCULAÇÃO DO NOME DA VÍTIMA.** ADEMAIS, INEXISTÊNCIA, NO CASO CONCRETO, DE DANO MORAL INDENIZÁVEL. VIOLAÇÃO AO DIREITO DE IMAGEM. SÚMULA N. 403/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. 1. Avulta a responsabilidade do Superior Tribunal de Justiça em demandas cuja solução é transversal, interdisciplinar, e que abrange, necessariamente, uma controvérsia constitucional oblíqua, antecedente, ou inerente apenas à fundamentação do acolhimento ou rejeição de ponto situado no âmbito do contencioso infraconstitucional, questões essas que, em princípio, não são apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal. 2. Nos presentes autos, o cerne da controvérsia passa pela ausência de contemporaneidade da notícia de fatos passados, a qual, segundo o entendimento dos autores, reabriu antigas feridas já superadas quanto à morte de sua irmã, Aida Curi, no distante ano de 1958. Buscam a proclamação do seu direito ao esquecimento, de não ter revivida, contra a vontade deles, a dor antes experimentada por ocasião da morte de Aida Curi, assim também pela publicidade conferida ao caso décadas passadas. 3. Assim como os condenados que cumpriram pena e os absolvidos que se envolveram em processo-crime (REsp. n. 1.334/097/RJ), as vítimas de crimes e seus familiares têm direito ao esquecimento - se assim desejarem -, direito esse consistente em não se submeterem a desnecessárias lembranças de fatos passados que lhes causaram, por si, inesquecíveis feridas. Caso contrário, chegar-se-ia à antipática e desumana solução de reconhecer esse direito ao ofensor (que está relacionado com sua ressocialização) e retirá-lo dos ofendidos, permitindo que os canais de informação se enriqueçam mediante a indefinida exploração das desgraças privadas pelas quais passaram. **4. Não obstante isso, assim como o direito ao esquecimento do ofensor - condenado e já penalizado - deve ser ponderado pela questão da historicidade do fato narrado, assim também o direito dos ofendidos deve observar esse mesmo parâmetro. Em um crime de repercussão nacional, a vítima - por torpeza do destino - frequentemente se torna elemento indissociável do delito, circunstância que, na generalidade das vezes, inviabiliza a narrativa do crime caso se pretenda omitir a figura do ofendido.** 5. **Com efeito, o direito ao esquecimento que ora se reconhece para todos, ofensor e ofendidos, não alcança o caso dos autos, em que se reviveu, décadas depois do crime, acontecimento que entrou para o domínio público, de modo que se tornaria impraticável a**

atividade da imprensa para o desiderato de retratar o caso Aida Curi, sem Aida Curi. 6. É evidente ser possível, caso a caso, a ponderação acerca de como o crime tornou-se histórico, podendo o julgador reconhecer que, desde sempre, o que houve foi uma exacerbada exploração midiática, e permitir novamente essa exploração significaria conformar-se com um segundo abuso só porque o primeiro já ocorrera. Porém, no caso em exame, não ficou reconhecida essa artificiosidade ou o abuso antecedente na cobertura do crime, inserindo-se, portanto, nas exceções decorrentes da ampla publicidade a que podem se sujeitar alguns delitos. 7. Não fosse por isso, o reconhecimento, em tese, de um direito de esquecimento não conduz necessariamente ao dever de indenizar. Em matéria de responsabilidade civil, a violação de direitos encontra-se na seara da ilicitude, cuja existência não dispensa também a ocorrência de dano, com nexos causal, para chegar-se, finalmente, ao dever de indenizar. No caso de familiares de vítimas de crimes passados, que só querem esquecer a dor pela qual passaram em determinado momento da vida, há uma infeliz constatação: na medida em que o tempo passa e vai se adquirindo um "direito ao esquecimento", na contramão, a dor vai diminuindo, de modo que, relembrar o fato trágico da vida, a depender do tempo transcorrido, embora possa gerar desconforto, não causa o mesmo abalo de antes. 8. A reportagem contra a qual se insurgiram os autores foi ao ar 50 (cinquenta) anos depois da morte de Aida Curi, circunstância da qual se conclui não ter havido abalo moral apto a gerar responsabilidade civil. Nesse particular, fazendo-se a indispensável ponderação de valores, o acolhimento do direito ao esquecimento, no caso, com a consequente indenização, consubstancia desproporcional corte à liberdade de imprensa, se comparado ao desconforto gerado pela lembrança. 9. Por outro lado, mostra-se inaplicável, no caso concreto, a Súmula n. 403/STJ. As instâncias ordinárias reconheceram que a imagem da falecida não foi utilizada de forma degradante ou desrespeitosa. Ademais, segundo a moldura fática traçada nas instâncias ordinárias - assim também ao que alegam os próprios recorrentes -, não se vislumbra o uso comercial indevido da imagem da falecida, com os contornos que tem dado a jurisprudência para franquear a via da indenização. 10. Recurso especial não provido. (Grifamos e Sublinhamos) (BRASIL, 2013).⁷⁹

O caso Aida Curi será julgado pelo Supremo Tribunal Federal com efeitos de repercussão geral do tema (ARE 833.248), servindo de norte para as decisões dos demais tribunais do país.

Outro caso de grande destaque que envolveu o Direito ao Esquecimento foi referente ao terrível acontecimento da Chacina da Candelária, que também passou pelo crivo do Superior Tribunal de Justiça.

Um dos indivíduos que foram acusados de participação na chacina no ano de 1993 foi julgado inocente. Mesmo tendo sido absolvido, a rede Globo de televisão resolveu vincular um documentário mencionando o acusado no episódio.

⁷⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no REsp n. 1335153/RJ. Relator Ministro Luís Felipe Salomão. Quarta Turma. J.28.05.2013. Disponível em: <http://ww2.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisoes/?num_registro=201100574280&dt_publicacao=17/12/2013>. Acesso em : 9 set. 2016

Não conformado com referido fato, o acusado ingressou com ação civil pleiteando indenização, pois, a exposição do acusado em rede nacional teria violado seu direito à paz, anonimato, privacidade e intimidade.

O Superior Tribunal de Justiça decidiu pelo seguinte, *in verbis*:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL. **LIBERDADE DE IMPRENSA VS. DIREITOS DA PERSONALIDADE.** LITÍGIO DE SOLUÇÃO TRANSVERSAL. COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DOCUMENTÁRIO EXIBIDO EM REDE NACIONAL. LINHA DIRETA-JUSTIÇA. **SEQUÊNCIA DE HOMICÍDIOS CONHECIDA COMO CHACINA DA CANDELÁRIA. REPORTAGEM QUE REACENDE O TEMA TREZE ANOS DEPOIS DO FATO. VEICULAÇÃO INCONSENTIDA DE NOME E IMAGEM DE INDICIADO NOS CRIMES. ABSOLVIÇÃO POSTERIOR POR NEGATIVA DE AUTORIA. DIREITO AO ESQUECIMENTO DOS CONDENADOS QUE CUMPRIRAM PENA E DOS ABSOLVIDOS. ACOLHIMENTO. DECORRÊNCIA DA PROTEÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DAS LIMITAÇÕES POSITIVADAS À ATIVIDADE INFORMATIVA.** PRESUNÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DE RESSOCIALIZAÇÃO DA PESSOA. PONDERAÇÃO DE VALORES. PRECEDENTES DE DIREITO COMPARADO. 1. Avulta a responsabilidade do Superior Tribunal de Justiça em demandas cuja solução é transversal, interdisciplinar, e que abrange, necessariamente, uma controvérsia constitucional oblíqua, antecedente, ou inerente apenas à fundamentação do acolhimento ou rejeição de ponto situado no âmbito do contencioso infraconstitucional, questões essas que, em princípio, não são apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal. 2. Nos presentes autos, o cerne da controvérsia passa pela ausência de contemporaneidade da notícia de fatos passados, que reabriu antigas feridas já superadas pelo autor e reacendeu a desconfiança da sociedade quanto à sua índole. O autor busca a proclamação do seu direito ao esquecimento, um direito de não ser lembrado contra sua vontade, especificamente no tocante a fatos desabonadores, de natureza criminal, nos quais se envolveu, mas que, posteriormente, fora inocentado. 3. No caso, o julgamento restringe-se a analisar a adequação do direito ao esquecimento ao ordenamento jurídico brasileiro, especificamente para o caso de publicações na mídia televisiva, porquanto o mesmo debate ganha contornos bem diferenciados quando transposto para internet, que desafia soluções de índole técnica, com atenção, por exemplo, para a possibilidade de compartilhamento de informações e circulação internacional do conteúdo, o que pode tangenciar temas sensíveis, como a soberania dos Estados-nações. 4. Um dos danos colaterais da "modernidade líquida" tem sido a progressiva eliminação da "divisão, antes sacrossanta, entre as esferas do 'privado' e do 'público' no que se refere à vida humana", de modo que, na atual sociedade da hiperinformação, parecem evidentes os "riscos terminais à privacidade e à autonomia individual, emanados da ampla abertura da arena pública aos interesses privados [e também o inverso], e sua gradual mas incessante transformação numa espécie de teatro de variedades dedicado à diversão ligeira" (BAUMAN, Zygmunt. Danos colaterais: desigualdades sociais numa era global. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, pp. 111-113). Diante dessas preocupantes constatações, o momento é de novas e necessárias reflexões, das quais podem mesmo advir novos direitos ou novas perspectivas sobre velhos direitos revisitados. 5. Há um estreito e indissolúvel vínculo entre a

liberdade de imprensa e todo e qualquer Estado de Direito que pretenda se autoafirmar como Democrático. Uma imprensa livre galvaniza contínua e diariamente os pilares da democracia, que, em boa verdade, é projeto para sempre inacabado e que nunca atingirá um ápice de otimização a partir do qual nada se terá a agregar. Esse processo interminável, do qual não se pode descurar - nem o povo, nem as instituições democráticas -, encontra na imprensa livre um vital combustível para sua sobrevivência, e bem por isso que a mínima cogitação em torno de alguma limitação da imprensa traz naturalmente consigo reminiscências de um passado sombrio de descontinuidade democrática. 6. Não obstante o cenário de perseguição e tolhimento pelo qual passou a imprensa brasileira em décadas pretéritas, e a par de sua inegável virtude histórica, a mídia do século XXI deve fincar a legitimação de sua liberdade em valores atuais, próprios e decorrentes diretamente da importância e nobreza da atividade. Os antigos fantasmas da liberdade de imprensa, embora deles não se possa esquecer jamais, atualmente, não autorizam a atuação informativa desprendida de regras e princípios a todos impostos. 7. Assim, a liberdade de imprensa há de ser analisada a partir de dois paradigmas jurídicos bem distantes um do outro. O primeiro, de completo menosprezo tanto da dignidade da pessoa humana quanto da liberdade de imprensa; e o segundo, o atual, de dupla tutela constitucional de ambos os valores. 8. Nesse passo, a explícita contenção constitucional à liberdade de informação, fundada na inviolabilidade da vida privada, intimidade, honra, imagem e, de resto, nos valores da pessoa e da família, prevista no art. 220, § 1º, art. 221 e no § 3º do art. 222 da Carta de 1988, parece sinalizar que, no conflito aparente entre esses bens jurídicos de especialíssima grandeza, há, de regra, uma inclinação ou predileção constitucional para soluções protetivas da pessoa humana, embora o melhor equacionamento deva sempre observar as particularidades do caso concreto. Essa constatação se mostra consentânea com o fato de que, a despeito de a informação livre de censura ter sido inserida no seletivo grupo dos direitos fundamentais (art. 5º, inciso IX), a Constituição Federal mostrou sua vocação antropocêntrica no momento em que gravou, já na porta de entrada (art. 1º, inciso III), a dignidade da pessoa humana como - mais que um direito - um fundamento da República, uma lente pela qual devem ser interpretados os demais direitos posteriormente reconhecidos. Exegese dos arts. 11, 20 e 21 do Código Civil de 2002. Aplicação da filosofia kantiana, base da teoria da dignidade da pessoa humana, segundo a qual o ser humano tem um valor em si que supera o das "coisas humanas". 9. Não há dúvida de que a história da sociedade é patrimônio imaterial do povo e nela se inserem os mais variados acontecimentos e personagens capazes de revelar, para o futuro, os traços políticos, sociais ou culturais de determinada época. Todavia, a historicidade da notícia jornalística, em se tratando de jornalismo policial, há de ser vista com cautela. Há, de fato, crimes históricos e criminosos famosos; mas também há crimes e criminosos que se tornaram artificialmente históricos e famosos, obra da exploração midiática exacerbada e de um populismo penal satisfativo dos prazeres primários das multidões, que simplifica o fenômeno criminal às estigmatizadas figuras do "bandido" vs. "cidadão de bem". 10. É que a historicidade de determinados crimes por vezes é edificada à custa de vários desvios de legalidade, por isso não deve constituir óbice em si intransponível ao reconhecimento de direitos como o vindicado nos presentes autos. Na verdade, a permissão ampla e irrestrita a que um crime e as pessoas nele envolvidas sejam retratados indefinidamente no tempo - a pretexto da historicidade do fato - pode significar permissão de um segundo abuso à dignidade humana, simplesmente porque o primeiro já fora cometido no passado. Por isso, nesses casos, o reconhecimento do "direito ao esquecimento" pode significar um corretivo - tardio, mas possível - das vicissitudes do passado, seja de inquéritos policiais ou processos judiciais pirotécnicos e injustos, seja da exploração populista da mídia. 11. É evidente o legítimo interesse público em que seja dada publicidade da resposta estatal

ao fenômeno criminal. Não obstante, é imperioso também ressaltar que o interesse público - além de ser conceito de significação fluida - não coincide com o interesse do público, que é guiado, no mais das vezes, por sentimento de execração pública, praxeamento da pessoa humana, condenação sumária e vingança continuada. 12. Assim como é acolhido no direito estrangeiro, é imperiosa a aplicabilidade do direito ao esquecimento no cenário interno, com base não só na principiologia decorrente dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, mas também diretamente do direito positivo infraconstitucional. A assertiva de que uma notícia lícita não se transforma em ilícita com o simples passar do tempo não tem nenhuma base jurídica. O ordenamento é repleto de previsões em que a significação conferida pelo Direito à passagem do tempo é exatamente o esquecimento e a estabilização do passado, mostrando-se ilícito sim reagitar o que a lei pretende sepultar. Precedentes de direito comparado. 13. Nesse passo, o Direito estabiliza o passado e confere previsibilidade ao futuro por institutos bem conhecidos de todos: prescrição, decadência, perdão, anistia, irretroatividade da lei, respeito ao direito adquirido, ato jurídico perfeito, coisa julgada, prazo máximo para que o nome de inadimplentes figure em cadastros restritivos de crédito, reabilitação penal e o direito ao sigilo quanto à folha de antecedentes daqueles que já cumpriram pena (art. 93 do Código Penal, art. 748 do Código de Processo Penal e art. 202 da Lei de Execuções Penais). Doutrina e precedentes. 14. Se os condenados que já cumpriram a pena têm direito ao sigilo da folha de antecedentes, assim também a exclusão dos registros da condenação no Instituto de Identificação, por maiores e melhores razões aqueles que foram absolvidos não podem permanecer com esse estigma, conferindo-lhes a lei o mesmo direito de serem esquecidos. 15. Ao crime, por si só, subjaz um natural interesse público, caso contrário nem seria crime, e eventuais violações de direito resolver-se-iam nos domínios da responsabilidade civil. E esse interesse público, que é, em alguma medida, satisfeito pela publicidade do processo penal, finca raízes essencialmente na fiscalização social da resposta estatal que será dada ao fato. Se é assim, o interesse público que orbita o fenômeno criminal tende a desaparecer na medida em que também se esgota a resposta penal conferida ao fato criminoso, a qual, certamente, encontra seu último suspiro, com a extinção da pena ou com a absolvição, ambas consumadas irreversivelmente. E é nesse interregno temporal que se perfaz também a vida útil da informação criminal, ou seja, enquanto durar a causa que a legitimava. Após essa vida útil da informação seu uso só pode ambicionar, ou um interesse histórico, ou uma pretensão subalterna, estigmatizante, tendente a perpetuar no tempo as misérias humanas. 16. Com efeito, o reconhecimento do direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram integralmente a pena e, sobretudo, dos que foram absolvidos em processo criminal, além de sinalizar uma evolução cultural da sociedade, confere concretude a um ordenamento jurídico que, entre a memória - que é a conexão do presente com o passado - e a esperança - que é o vínculo do futuro com o presente -, fez clara opção pela segunda. E é por essa ótica que o direito ao esquecimento revela sua maior nobreza, pois afirma-se, na verdade, como um direito à esperança, em absoluta sintonia com a presunção legal e constitucional de regenerabilidade da pessoa humana. 17. Ressalvam-se do direito ao esquecimento os fatos genuinamente históricos - historicidade essa que deve ser analisada em concreto -, cujo interesse público e social deve sobreviver à passagem do tempo, desde que a narrativa desvinculada dos envolvidos se fizer impraticável. 18. No caso concreto, a despeito de a Chacina da Candelária ter se tornado - com muita razão - um fato histórico, que expôs as chagas do País ao mundo, tornando-se símbolo da precária proteção estatal conferida aos direitos humanos da criança e do adolescente em situação de risco, o certo é que a fatídica história seria bem contada e de forma fidedigna sem que para isso a imagem e o nome do autor precisassem ser expostos em rede nacional. Nem a liberdade de imprensa seria tolhida, nem a honra do autor seria

maculada, caso se ocultassem o nome e a fisionomia do recorrido, ponderação de valores que, no caso, seria a melhor solução ao conflito. 19. Muito embora tenham as instâncias ordinárias reconhecido que a reportagem se mostrou fidedigna com a realidade, a receptividade do homem médio brasileiro a noticiários desse jaez é apta a reacender a desconfiança geral acerca da índole do autor, o qual, certamente, não teve reforçada sua imagem de inocentado, mas sim a de indiciado. No caso, permitir nova veiculação do fato, com a indicação precisa do nome e imagem do autor, significaria a permissão de uma segunda ofensa à sua dignidade, só porque a primeira já ocorrera no passado, uma vez que, como bem reconheceu o acórdão recorrido, além do crime em si, o inquérito policial consubstanciou uma reconhecida "vergonha" nacional à parte. 20. Condenação mantida em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), por não se mostrar exorbitante. 21. Recurso especial não provido. (BRASIL, 2013)⁸⁰

Verifica-se no caso do Massacre da Candelária que a decisão do Superior Tribunal de Justiça foi diferente daquele entendimento aplicado no caso da Sra. Aida Curi. Entendeu-se que apesar de também ser um fato histórico, poderia ter-se narrado as circunstâncias em que o crime ocorreu, no programa televisivo, sem mencionar o acusado, que já havia sido inocentado.

A Rede Globo de televisão recorreu neste processo para o Supremo Tribunal Federal, onde aguarda decisão do Min. Celso de Mello (ARE n.º 789.246).

Apesar de os referidos casos estarem pendentes de passar pelo crivo do Supremo Tribunal Federal, já é possível se verificar que o Brasil segue um maior alinhamento com as decisões que são proferidas na Europa.

Em suma, diferentemente dos Estados Unidos da América, as Cortes brasileiras não têm entendido que o Princípio da Liberdade de expressão deveria se sobrepôr na maioria dos casos ao Direito ao Esquecimento, intrinsecamente vinculado ao Princípio basilar da Dignidade da Pessoa Humana, posição esta que aparenta ser a mais correta.

Deve-se trazer à tona ainda que o Superior Tribunal de Justiça acabou por criar uma forma de conciliar o Direito ao Esquecimento com o Direito à Liberdade de Expressão, pois, infere-se de sua jurisprudência que caso ainda exista um interesse

⁸⁰BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 133.4097/RJ. Relator Ministro Luís Felipe Salomão. Quarta Turma. J. 28.05.2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1239004&num_registro=201201449107&data=20130910&formato=PDF. Acesso em :9 set. 2016

público na divulgação de uma determinada informação, sendo lícita a publicidade da notícia, não deve ser aplicado o Direito ao Esquecimento (Ex. caso Aida Curi).

Caso não se tenha mais interesse público atual, o indivíduo poderá requisitar seu direito ao esquecimento perante o judiciário, impedindo assim a vinculação de informações que ficaram no passado (Caso do Massacre da Candelária).

Seguindo esta ideia, interessante é o posicionamento de Mendes, Coelho e Branco (2007, p. 347) a respeito desse tema, *vide*:

Se a pessoa deixou de atrair notoriedade, desaparecendo o interesse público em torno dela, merece ser deixada de lado, como desejar. Isso é tanto mais verdade com relação, por exemplo, a quem já cumpriu pena criminal e que precisa reajustar-se à sociedade. Ele há de ter o direito a não ver repassados ao público os fatos que o levaram à penitenciária.⁸¹

Diante de todo o exposto, crível dizer que o Direito ao Esquecimento no Brasil se trata ainda de um tema em fase embrionária, porém, as poucas discussões que já ocorreram por parte dos Tribunais pátrios, bem como pela doutrina especializada, já trouxeram indicativos de que se tem conseguido conciliar os princípios da Liberdade de Expressão e da Dignidade da Pessoa Humana, de forma muito similar àquela aplicada na Europa.

⁸¹MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártines; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2007. São Paulo: Saraiva. p.347.

7 CONCLUSÃO

O Direito ao Esquecimento começou a ser engendrado na década de 1920, porém, a aplicação, da forma que conhecemos, passou apenas a ser efetivamente discutida na década de 1970 na França e na Itália.

Frise-se que países como os Estados Unidos da América, chegaram a tratar de questões de cunho constitucional, desde a década de 1920, envolvendo a questão de ser esquecido, porém, não trataram do “Direito a ser esquecido” especificamente.

Referido instituto ganhou maior destaque nos dias atuais, em decorrência do desenvolvimento, quase que desenfreado, da chamada “*sociedade da informação*”.

Com o aumento em grande escala do fluxo de informações, notícias e dados o Direito ao Esquecimento se tornou uma necessidade, diante do fato de que ninguém está obrigado a ter suas informações vinculadas eternamente, seja na internet ou quaisquer outros meios de comunicação.

Basta para tanto imaginar que uma determinada pessoa pode não ser contratada para um determinado emprego, pois, alguma informação de seu passado constrangedora não pode ser retirada de um determinado sítio eletrônico.

Nesta toada, um parêntesis de suma importância deve ser aberto para mencionar que o Direito ao Esquecimento em um primeiro momento foi amplamente utilizado na área penal. Isso porque, as pessoas que foram condenadas por um determinado crime são as que tem a situação mais sensível ao tentar recomeços da vida privada.

Trata-se, o Direito ao Esquecimento de um instituto *sui generis* na medida em que encontra seu fundamento, seu motivo de existência, no primordial Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, bem como no direito à privacidade, intimidade e honra.

Basicamente, nenhuma pessoa deve permanecer atrelada a informações ou fatos pessoais do passado sem poder de alguma forma ocultar esses conteúdos, de forma que mais ninguém consiga ter acesso.

É neste panorama que o Direito ao Esquecimento se relaciona intrinsecamente com o Princípio basilar da Dignidade da Pessoa Humana, uma vez que, ninguém é obrigado a ficar rememorando e sofrendo em decorrência de fatos pretéritos sem importância histórica para a sociedade.

Ademais, o instituto também acha guarida no Direito à intimidade, honra e imagem, que não podem ser expostas, na maioria dos casos, sem a autorização expressa do detentor.

Porém, existem óbices trazidos pela doutrina e pela jurisprudência à aplicação do direito ao esquecimento.

O primeiro entrave pode ser encontrado na própria questão do direito a intimidade, honra e imagem, na medida em que não são todos os indivíduos que são acobertados totalmente por referido princípio.

As pessoas ditas “famosas” podem ter seu círculo de intimidade “invadido” com maior intensidade do que pessoas que optam por não se expor. Entende-se, *a priori*, que o Direito ao Esquecimento não poderia ser utilizado para socorrer esses indivíduos.

Existe ainda outro obstáculo à aplicação do instituto. Muitas pessoas sustentam que o direito ao esquecimento poderia ser utilizado para alterar ou suprimir fatos históricos ou de grande interesse social. Caberá, na verdade, ao judiciário decidir se os fatos que estão em análise ainda possuem relevo perante a sociedade.

Referente a este ponto, interessante o posicionamento de Rothenburg (2016, 170)⁸², *vide*:

⁸²ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos de expressão e de informação: posição preferencial, biografias desautorizadas e esquecimento. In: Sarlet, Ingo W.; Montilla Martos, José A.; Ruaro, Regina L.. (Org.). **Acesso à informação como direito fundamental e dever estatal**. Porto Alegre (RS): Livraria do Advogado, 2016, v. 01, p. 153-172.

Não se pretende que os registros jornalísticos sejam apagados ou que as pequenas histórias do cotidiano sejam reescritas. Os arquivos podem e devem ser mantidos. Pesquisadores e mesmo curiosos podem ter acesso a notícias que foram devidamente produzidas e divulgadas a seu tempo, como a publicação sobre um leilão para quitar débitos fiscais ou a informação a respeito do cometimento de um crime de estupro. Contudo, não se pode deixar desprotegida a privacidade, a honra e a imagem das pessoas, especialmente daquelas que não são notórias e que prezam pelo recato, em face de uma posição desmedida e injustificável, potencializada pelos recursos disponíveis via internet.

E arremata a questão dizendo que:

“O direito ao esquecimento, como corolário do direito à autodeterminação informativa, merece ser prestigiada quando se tem em perspectiva a pessoa comum, desprovida de notoriedade, relacionada a fatos cotidianos sem repercussão social relevante, que se encontra à mercê de exposição contra sua vontade, em escala praticamente mundial e em tempo real proporcionados pela internet.”

Mais a mais, outra limitação importante que se impõe ao instituto está diretamente relacionada com a aplicação do Princípio da Liberdade de Expressão. A questão que se impõe neste ponto é: Pode-se utilizar o Direito ao Esquecimento em detrimento ao Princípio constitucional da liberdade de expressão?

Ainda para Rothenburg (2016, p. 159), em consonância com o entendimento já exposto:

Ninguém parece estar disposto a admitir que existam direitos absolutos. Dizer que as liberdades de expressão e de informação gozam de uma posição preferencial não é sustentar que esses direitos se sobrepõe sempre a outros com os quais venham a entrar em conflito. Aceita-se, assim, que há sempre necessidade de avaliar a situação em concreto e considerar os diversos direitos fundamentais em jogo⁸³.

⁸³ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos de expressão e de informação: posição preferencial, biografias desautorizadas e esquecimento. In: Sarlet, Ingo W.; Montilla Martos, José A.; Ruaro, Regina L.. (Org.). **Acesso à informação como direito fundamental e dever estatal**. Porto Alegre (RS): Livraria do Advogado, 2016, v. 01, p. 153-172.

Referido ponto não é uníssono. É de se ressaltar que a questão da Liberdade de Expressão é vista de forma distinta nos países que aplicam o Direito ao esquecimento.

Nos Estados Unidos da América, atualmente, verifica-se uma forte rejeição a aplicação do Direito ao Esquecimento, pois, entende-se que este é violador da Liberdade de Expressão insculpida no artigo 1º da Constituição Americana.

Por sua vez, os países Europeus, diferentemente dos ianques, têm aceitado a aplicação do instituto. Vale dizer que entendem ser o Princípio da Liberdade de Expressão mais maleável, não o tratam como se fosse absoluto, possibilitando com maior facilidade que os indivíduos gozem com maior facilidade do Direito ao esquecimento.

No Brasil, verifica-se da doutrina e principalmente da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que tentasse decidir na mesma linha do judiciário dos países Europeus.

Por fim, necessário concluir que o Direito ao Esquecimento, mais do que uma nova “ferramenta” é uma necessidade que a modernidade acabou por impor aos indivíduos que de alguma forma foram expostos e não concordam com tal situação, preferindo o anonimato.

Porém, deve-se concordar com a posição de que as pessoas que podem usufruir deste direito são aquelas que não possuem seu círculo de intimidade exposto em demasia, como são os atores (pessoas públicas em geral).

Ademais, o Direito ao Esquecimento jamais pode ser utilizado para de alguma forma se tentar ocultar ou alterar fatos históricos ou de amplo interesse público, bem como uma forma de se limitar a Liberdade de Expressão censurando ou fazendo com que se peça prévia autorização para vincular a notícia.

8. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros. 2014. p. 87-89.

ARRUDA, Eloísa de Souza. **O papel do Ministério Público na efetivação dos tratados internacionais de direitos humanos**; 2008. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo .p 368.

BARROSO, Luís Roberto Barroso. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**. Belo Horizonte: Fórum. 2013. p. 14.

BENETI, Sidnei Agostinho. A Constituição e o sistema penal. **Revista da Ajuris**. Disponível em: <
<http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/5730b/57786/577e3?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0> > Acesso em: 5 jun. 2016

BENTHAM, Jeremy. et. al. **O Panóptico**. Belo Horizonte: Autêntica, 2008.

BERNAL, Paul A. A Right to delete?. **European Journal of Law and Technology**, v 2, n 2, 2011. Disponível em: < http://ejlt.org/article/view/75/144#_ednref2 >. Acesso em: 04 maio 2016.

BRASIL. Projeto de Lei n 1.676 de 26 de maio de 2015. Tipifica o ato de fotografar, filmar ou captar a voz de pessoa, sem autorização ou sem fins lícitos. **Câmara dos Deputados**. Disponível em:<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/ficha_de_tramitacao?IdProposicao=129574 > Acesso em 09 set. 2016.

BRASIL. Projeto de Lei n 7.881 de 6 de agosto de 2014. Obriga a remoção de links dos mecanismos de busca da internet que façam referência a dados irrelevantes ou defasados sobre o envolvido. **Câmara dos Deputados**. Disponível em: < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=621575> > Acesso em: 09 set. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 83.125, Relator Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, J. 16.09.2003. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+83125%2E+ENUME%2E%29+OU+%28HC%2E+ACMS%2E+ADJ2+83125%2E+ACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/chlnr5z> > Acesso em: 5 maio 2016

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no REsp n. 1335153/RJ. Relator Ministro Luís Felipe Salomão. Quarta Turma. J.28.05.2013. Disponível em: < http://ww2.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisoaes/?num_registro=201100574280&dt_publicacao=17/12/2013 >. Acesso em :9 set. 2016

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 133.4097/RJ. Relator Ministro Luís Felipe Salomão. Quarta Turma. J. 28.05.2013. Disponível em: <

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1239004&num_registro=201201449107&data=20130910&formato=PDF >. Acesso em :9 set. 2016

BRIGGS, Asa. BURKE, Peter. **Uma história social da mídia: de Gutenberg à internet**.3. ed São Paulo: Zahar. 2006. p. 259-260.(Coleção Interface)

BRUHM, Judith. **Does a murderer have the right to be forgotten?** Disponível em: < <http://freespeechdebate.com/en/case/does-a-murderer-have-the-right-to-be-forgotten/>. >. Acesso em: 05 jun. 2016.

CASE Information. Disponível em:<<https://h2o.law.harvard.edu/cases/8.>> Acesso em:03 jun.2016.

COMUNICAÇÃO da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê, Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões. COM (2010) 609 final. Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0006/com_2010_609_en.pdf. > Acesso em 02 jul. 2016. Tradução Livre.

CONLEY, Chris. **The right to delete**. Disponível em: < <http://www.aaai.org/ocs/index.php/SSS/SSS10/paper/view/1158/1482>> Acesso em: 04 maio 2016.

CONOTILHO. J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2010.

CONSELHO FEDERAL DE JUSTIÇA. **Enunciados**. In: Jornada de Direito Civil, 6., 2013.Brasília.Disponível em:<<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>> Acesso em 08 set. 2016.

CONSTITUIÇÃO dos Estados Unidos da América – 1787. Disponível em: < <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria-%C3%A7-%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html>>. Acesso em: 1 maio 2016

COSTA JUNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. São Paulo: RT: 2007.

COURT of Justice of the European Union. **Press Realease N° 70/14**: Luxemburgo, 13 de maio de 2014. Disponível em: < <http://curia.europa.eu/jcms / upload / docs / application/pdf/2014-05/cp140070en.pdf>. > Acesso em: 04 jul.2016.

COURT of Appel of California. Disponível em: <<https://casetext.com/case/melvin-v-reid?passage=WiuHIMW9lYhRtbw-iZ2XzQ>>. Acesso em: 04 jun. 2016.

DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed., rev., atual. e ampl. -- São Paulo: Atlas. 2014. p. 41.

DIRETIVA 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995. Disponível em: < [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri= CELEX % 3A31995L0046](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX%3A31995L0046). > Acesso em: 18 ago. 2016.

DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação**. São Paulo: Saraiva, 1980

ENGLARD, Izhak. Human dignity: from antiquity to modern Israel's constitutional framework. **Cardozo Law Review**, New York, n. 21, 1999-2000..p.1903-1904.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Princípios Constitucionais do Direito na Sociedade de Informação: a tutela jurídica do meio ambiente digital**. São Paulo: Saraiva. 2015. p. 17-18.

FLORÊNCIO, Juliana Abrusio. **Direito ao esquecimento na internet**. In: Neto Ana Flávia Messa, NUNCIO Theophilo Neto, ROQUE Theophilo Junior (coords.). **Sustentabilidade ambiental e os novos desafios na era digital: estudos em homenagem a Benedito Guimarães Aguiar** São Paulo: Saraiva, 2011.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Petrópolis: Vozes, 2010, p. 190-191.

HYAMS, Oliver. BARRISTER, Pupil. **The right to be forgotten**. Disponível em: < <https://1essexcourt.wordpress.com/2014/05/15/the-right-to-be-forgotten/> >. Acesso em: 04 jul. 2016.

JESUS, Inês Oliveira Andrade de.; CORREIA, Pedro Miguel Alves. O novo regime de proteção de dados pessoais na União Europeia. **Revista Direitos Fundamentais e Justiça**. Ano 9, n. 30, p. 23-32, jan./mar.2015.

KANT, Immanuel. **Groundwork of the metaphysics of morals**. Trad. Mary Gregor. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. p. 31-38.

LIMA, Erik Noleta Kirk Palma. Direito ao esquecimento – discussão europeia e sua repercussão no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, v. 50, n. 199, p. 271-283, jul./set. 2013. Disponível em: <[https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream / handle / id/502929/000991677.pdf?sequence=](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/502929/000991677.pdf?sequence=) >. Acesso em: 05 jun 2016.

MACEDO, Fausto. **Para Janot, direito ao esquecimento não pode limitar liberdade de expressão** .Jornal Estadão. São Paulo. Disponível em: <[http://politicaestadao.com.br/blogs/fausto-macedo/para-janot-direito-ao esquecimento nao-pode-limitar-liberdade-de-expressao/](http://politicaestadao.com.br/blogs/fausto-macedo/para-janot-direito-ao-esquecimento-nao-pode-limitar-liberdade-de-expressao/)> Acesso em: 01 ago 2016

MAYES, Tessa. **We have no right to be forgotten online**. Disponível em: < <https://www.theguardian.com/commentisfree/libertycentral/2011/mar/18/forgotten-online-european-union-law-internet> >. Acesso em: 5 jun 2016

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártines; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2007. São Paulo: Saraiva

- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 24 ed, São Paulo: Atlas, 2009.
- NERY, Rosa Maria de Andrade. NERY JUNIOR, Nelson. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. São Paulo: RT. 2006. p. 118.
- NEVES, Kelli Priscila Angelini; DOMINGUES, Diego Sigoli. **Direito ao esquecimento – possibilidades e limites na Internet**. Disponível em: < <https://politics.org.br/edicoes/direito-ao-esquecimento-possibilidades-e-limites-na-internet> >. Acesso em: 13 jun. 2016.
- OLIVEIRA, Antônio Cláudio Mariz de. O direito penal e a dignidade humana. A questão criminal: discurso tradicional. In: MIRANDA, Jorge. SILVA, Marco. **Tratado Luso-brasileiro da dignidade humana**, 2. ed. São Paulo: Quartier Latin. 2009. p.816.
- OST, François. **O tempo do direito**. Bauru: EDUSC, 2005, p. 161.
- PINO, Giorgio. The Right to Personal Identity in Italian Private Law: Constitutional Interpretation and Judge-Made Rights. .In: VOGENAUER, Stefan; WEATHERILL, Sthepen. **The Harmonisation of European Private Law: implications for european private laws, business and legal practice** Oxford: Hart, 2000, p. 236.
- RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.536.
- REDE GLOBO. **Aída Curi** Disponível em: <[http:// redeglobo.globo.com /Linhadireta /0,26665,GJ0-5257-215780,00.html](http://redeglobo.globo.com/Linhadireta/0,26665,GJ0-5257-215780,00.html) > Acesso em : 5 maio 2016.
- REDING, Viviane. **The EU data protection reform 2012: making europeu the standart setter for modern data protection rules in digital age**. Disponível em: < http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-26_en.htm >Acesso em 03 jul. 2016.
- RODOTÁ, Stéfano. **A vida na sociedade de vigilância – a privacidade hoje**. Rio de janeiro: Renovar. 2008. p. 234.
- RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Brasil debate direito ao esquecimento desde 1990**. Disponível em:< <http://www.conjur.com.br/2013-nov-27/direito-comparado-brasil-debate-direito-esquecimento-1990> >. Acesso em: 12 abr. 2016.
- ROSEN, Jeffrey. The web means the end of forgetting, **Jornal The New York Times**. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2010/07/25/magazine/25privacyt2.html?pagewanted=all&_r=0 >. Acesso em: 01 jun. 2016
- ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos de expressão e de informação: posição preferencial, biografias desautorizadas e esquecimento. In: Sarlet, Ingo W.; Montilla Martos, José A.; Ruaro, Regina L.. (Org.). **Acesso à informação como direito fundamental e dever estatal**. Porto Alegre (RS): Livraria do Advogado, 2016, v. 01, p. 153-172.

SARMENTO, Daniel. Liberdade de Expressão, pluralismo e o papel promocional do estado. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n 16, maio/jun./jul./ago.. 2007. Disponível em:<http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/liberdade_de_express_o__pluralismo_e_o_papel_promocional_do_estado.pdf>. Acesso em: 05 maio 2016.

SILVA, Alexandre Assunção e. **Liberdade de expressão e crimes de opinião**. São Paulo: Atlas. 2012

SILVA, José. Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28 ed, São Paulo: Malheiros, 2007, p. 206.

SCHONBERGER, Viktor- Mayer. **Delete**: the virtue of forgetting in the digital age. Princeton :Princeton University Press, 2009. p. 4-5.

TOOBIN, Jeffrey. The Solace of Oblivion – in Europe, the right to be forgotten trumps the Internet. **Jornal The New Yorker** Disponível em: < <http://www.newyorker.com/magazine/2014/09/29/solace-oblivion> >. Acesso em: 05 maio 2016.

VIVIANI, Luís. **Quando o direito ao esquecimento vira censura?** Disponível em: < <http://jota.uol.com.br/quando-o-direito-ao-esquecimento-vira-censura>.>

WEBER, Rolf H. **The right to be forgotten: more than a pandora's box?** Göttinger: JIPITEC. 2011. p. 120-130.