



2

DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

(OF THE RIGHT TO FORGET)

José Arthur de Carvalho Pereira Filho¹

RESUMO

Pretende-se apresentar um estudo, ainda que breve, sobre o direito ao esquecimento na jurisprudência tanto no Brasil quanto em Portugal, buscando caracterizar esse direito, bem assim sua natureza jurídica. A importância do assunto avulta-se especialmente no momento em que vivemos, no qual a sociedade reclama a efetividade dos direitos para a proteção da dignidade da pessoa humana, e de outro, clama pela mais ampla liberdade de expressão, havendo nestes casos, sempre a necessidade de uma ponderação para a solução deste conflito de direitos, em cada caso concreto. Far-se-á um cotejo das garantias constitucionais e, mais adiante, do próprio “direito de ser deixado em paz”, bem assim, e como dito acima, o conflito entre esse direito e aquele de informar. Examinar-se-á alguns julgados oriundos do Superior Tribunal de Justiça (Brasil), além de casos vivenciados na Alemanha, França e Estados Unidos da América. Espera-se contribuir para a discussão acerca do direito ao esquecimento e suas nuances e, de outra ponta, também para reflexão crítica sobre a necessidade de promover uma melhor efetivação desse direito.

¹ Desembargador do TJMG. Mestrando em Direito, pela Universidade Autónoma de Lisboa – Portugal. Especialista em Gestão Judiciária pela UNB. Bacharel em Direito, pela Universidade Federal de Minas Gerais.

Palavras-chave: Direito ao esquecimento. Efetividade dos direitos. Proteção da dignidade da pessoa humana. Garantias constitucionais.

ABSTRACT

It intends to present a study, although brief, on the right to oblivion in jurisprudence in both Brazil and Portugal, seeking to characterize this right, as well as its legal nature. The importance of the subject is especially pronounced at the moment in which we live, in which society demands the effectiveness of the rights for the protection of the dignity of the human person, and on the other, calls for the widest freedom of expression, in these cases, always need to be weighed against this conflict of rights in each specific case. A comparison of the constitutional guarantees and, later, of the “right to be left alone” will be made, as well as, as stated above, the conflict between this right and that of informing. It will be examined some judgments from the Superior Court of Justice (Brazil), in addition to cases experienced in Germany, France and the United States of America. It is hoped to contribute to the discussion about the right to oblivion and its nuances and, on the other hand, also for critical reflection on the need to promote a better realization of this right.

Keywords: Right to forgetfulness. Effectiveness of rights. Protection of the dignity of the human person. Constitutional guarantees.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2 Direitos Fundamentais do Ser Humano. 2.1 Direitos de personalidade. 2.1.1 Do direito à proteção da dignidade da pessoa humana. 2.1.2 Do direito à intimidade. 2.2 Do direito à proteção da imagem. 2.3 Liberdade de expressão e direito à informação. 2.4 Do conflito entre direitos. 3. Direito ao esquecimento propriamente dito. 4. O direito ao esquecimento na internet. 5. Direito ao esquecimento nos Tribunais. 5.1 No Brasil. 5.1.1 Chacina da Candelária. 5.1.2 Caso da Aida Curi. 5.1.3 Direito ao esquecimento não tem caráter absoluto. 5.2 Na Europa e nos Estados Unidos da América. 5.2.1 Tribunal de Apelação da Califórnia, nos Estados Unidos da América: caso *Melvin vs. Reid*. 5.2.3 Tribunal de Paris: caso *Marlene Dietrich*. 5.2.4 Tribunal de Justiça europeu: direito ao esquecimento na internet. 6. Considerações finais. 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Neste trabalho, pretende-se apresentar um estudo, ainda que breve, sobre o direito ao esquecimento na jurisprudência tanto no Brasil quanto em Portugal, buscando caracterizar esse direito, bem assim sua natureza jurídica.

Serão examinadas, ainda, as hipóteses de utilização desse instituto no contexto dos direitos fundamentais do ser humano e analisar-se-ão as abordagens doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema.

A importância do assunto avulta-se especialmente no momento em que vivemos, no qual a sociedade reclama a efetividade dos direitos para a proteção da dignidade da pessoa humana, e de outro, clama pela mais ampla liberdade de expressão, havendo nestes casos, sempre a necessidade de uma ponderação para a solução deste conflito de direitos, em cada caso concreto.

Para o desenvolvimento do trabalho, o método utilizado será o dedutivo, com base na pesquisa doutrinária, no exame dos textos constitucionais e legais e precedentes jurisprudenciais.

Por fim, este trabalho será estruturado partindo-se, inicialmente, de uma caracterização dos direitos fundamentais do ser humano, onde estão inseridos os direitos da personalidade, da intimidade, da informação, da liberdade de expressão, da imagem e da dignidade humana.

A seguir, far-se-á um cotejo das garantias constitucionais e, mais adiante, do próprio “direito de ser deixado em paz”, bem assim, e como dito acima, o conflito entre esse direito e aquele de informar.

Em prosseguimento, examinaremos alguns julgados oriundos do Superior Tribunal de Justiça (Brasil), além de casos vivenciados na Alemanha, França e Estados Unidos da América.

Nas considerações finais, procurar-se-á sintetizar o estado atual do tema e o nosso entendimento.

Com a elaboração do trabalho, espera-se contribuir para a discussão acerca do direito ao esquecimento e suas nuances e, de outra ponta, também para reflexão crítica sobre a necessidade de promover uma melhor efetivação desse direito.

Feita a presente introdução, partiremos para a análise desse palpitante tema e que ora é posto em debate.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS DO SER HUMANO

2.1. Direitos de Personalidade

Os direitos de personalidade visam proteger o que é próprio da pessoa, como a vida, a integridade física, a intimidade, a privacidade, a liberdade, dentre outros. Portanto, decorrem da personalidade humana, ou ainda, da condição de ser humano.

Para Roxana Borges:

Com os direitos da personalidade, protege-se o que é próprio da pessoa, como, por exemplo, o direito à vida, o direito à integridade física e psíquica, o direito à integridade intelectual, o direito ao próprio corpo, o direito à intimidade, o direito à privacidade, o direito à liberdade, o direito à honra, o direito à imagem, o direito ao nome, entre outros. Todos esses direitos são expressões da pessoa humana considerada em si mesma. Os bens jurídicos mais fundamentais, primeiros, estão contidos nos direitos da personalidade.²

No Brasil, o chamado “estatuto dos direitos da personalidade” encontra-se estampado no Código Civil/2002, precisamente nos artigos 11 a 21, onde foram inseridos dispositivos de direito material e processual. Alexandre Freitas Câmara³ justifica essa reunião de dispositivos para melhor definir e compreender-se o direito da personalidade e, nesse sentido, afirma:

Por essa razão, os arts. 12, 20 e 21 do Código Civil, que tratam da tutela jurisdicional inibitória relativa aos direitos da personalidade, bem assim da tutela jurisdicional de remoção do ilícito referente aos mesmos direitos, fica nesse diploma muito bem localizada, e formam, com as disposições contidas no art. 461 do CPC (atual 497), um sistema completo, já que este último dispositivo serve como regra geral para esses dois tipos de tutela jurisdicional.

Pois bem.

Dentro do conceito geral do direito da personalidade, encontram-se incrustados o direito à privacidade, à intimidade, à honra e à imagem,

² BORGES, 2006, p. 560.

³ CÂMARA, 2007, p. 128.

os quais, em conjunto, fundamentam a base da tutela do “direito ao esquecimento”.

Sobre os direitos da personalidade, podemos dizer que os mesmos constituem uma “categoria especial de direitos”⁴, que se distinguem daqueles obrigacionais ou reais, exatamente na dimensão de que se voltam para as pessoas, em sua mais profunda essência. Não se tratam, contudo, de direitos “sobre a pessoa”, mas sim, direitos que se irradiam do fato jurídico da personalidade, representando uma categoria especial de direitos, como dito, necessários que são à realização da personalidade e sua completa inserção nas relações jurídicas.

Em outras palavras, são direitos que se prestam a garantir a pessoa sobre uma parte dela que é essencial (a personalidade), visto terem por objeto o modo de ser físico e/ou moral de determinado sujeitos.

Em Portugal, já no Código Civil de Seabra e sob a inspiração do jusnaturalismo, delinearam-se os primeiros instrumentos da tutela dos direitos de personalidade, chegando-se a prever uma categoria a que se chamou de “direitos originários”⁵, posto que derivados da própria natureza humana, tais como o direito de existência (artigo 360°), nos quais se encontram inseridos a integridade pessoal, a reputação, o bom nome, bem assim os direitos à defesa e liberdade.

No campo da história, pode-se dizer que, em Portugal, o direito de personalidade alcançou enorme aceitação, exatamente na medida em que foi estudado e, assim irradiado, pelos Ilustres Professores Capelo de Sousa, Diogo Leite Campos e Orlando de Carvalho, dentre outros.

Não se pode negar, entretanto, que críticas foram lançadas sobre a existência desse direito, especialmente aquelas capitaneadas no âmbito da Universidade de Coimbra pelo Professor Oliveira Ascensão, quando, problematizando a questão, chegou a afirmar que o direito à personalidade nascia dentro de uma “lógica impossível”, visto que o homem aparecia como objeto de si mesmo, o que de todo não seria aceitável dentro da esfera jurídica.

Criticava-se, ainda, a extensão desmesurada que se emprestava àquele direito, o que prejudicava a segurança jurídica, a previsibilidade,

⁴ BOBBIO, 2004, p. 18.

⁵ SOUSA, 1995, p. 75-78.

ou mesmo a tipificação dos mecanismos de intervenção que a ele estariam atrelados.⁶

De todo modo, não se pode, de fato, pela natureza dinâmica dos direitos de personalidade, querer que estes se emoldurem dentro de uma prévia e exaustiva tipificação, dada a perspectiva ampla desse direito, pelo que não se pode negar que, para que se reconheça a necessidade de uma tutela e sua aplicabilidade no caso concreto, não é necessária uma tipificação formal, ou mesmo prévia e específica previsão legal.

No Brasil, o direito de personalidade teve a influência dos códigos italianos (1942) e português (1966), tendo cuidado o legislador no novel Código Civil brasileiro de 2002, de a ele destinar os artigos 11 a 21 daquele “codex”, o que não acontecia no revogado CCB de 1916, onde a proteção da família e da propriedade eram preponderantes.

Voltando ao Código Civil português (artigo 70º), é de se sublinhar que esse trouxe normativa que é exaltada pela doutrina como sendo uma cláusula geral de tutela da personalidade (SOUSA, 1995, p. 104), na medida em que cuidou de estatuir a proteção legal aos indivíduos contra “qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral”.

Vê-se, assim, que no direito português, a questão da defesa dos direitos da personalidade ficou mais facilitada, dada a amplitude que se lhe emprestou o Código português; diferentemente do que ocorreu com o artigo 12, do Código Civil brasileiro, que preferiu, de certa forma, dar dimensão mais estreita a esse direito, optando por afirmar tão só que “pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão a direito de personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções legais previstas em lei”.

Ainda sobre o tema, pode-se afirmar que, embora não se possa desconhecer que a tutela da pessoa humana, ainda que operada dentro da órbita do direito civil, busca legitimar o conceito da dignidade humana, dando-lhe força, enfoque e razão de existir. E isso é fundamental, posto que os direitos da personalidade estão a evoluir a cada instante, dentro da dinâmica de modernidade da própria sociedade.

⁶ CAMPOS, 1991, p. 129-223.

De fato.

Antigamente, um acontecimento constrangedor ocorrido em época da juventude, acabava por esmaecer-se e perder sua força por ser publicado em meio impresso, estando este fadado ao esquecimento. Hoje, diferentemente de outrora, com a integração dos meios de comunicação e com a velocidade, abrangência e facilidade do manejo destes meios em espaço virtual, acaba-se por abrigar uma informação por tempo ilimitado, tornando-se muito mais difícil para a pessoa libertar-se de suas amarras, escolhas e erros do passado, ou mesmo escapar à curiosidade e a sede dos veículos de comunicação em massa, nem sempre interessados em lançar notícia real, verdadeira e, realmente ligada ao interesse público.

Dessa forma, o estudo do direito de personalidade e, com ele, a análise do que venha a ser o “direito ao esquecimento” é matéria que tanto atrai aos estudiosos dos direitos civil e constitucional.

2.1.1. Do direito à proteção da dignidade da pessoa humana

O direito à dignidade da pessoa humana é multidisciplinar, estando presente não apenas no direito, mas também na filosofia, na política, na religião, sendo valor fundamental para a doutrina, que o reconhece como essencial a qualquer regime constitucional democrático.

A dignidade humana representa, de outra ponta, um valor espiritual e moral inerente à pessoa, sendo, assim, idealizado para ser invulnerável e intocável, como se dá com o direito à vida, à intimidade, à honra e à imagem, estes todos decorrentes da dignidade humana.

No Brasil, a Constituição da República (1988) fundou-se nos valores da solidariedade, da liberdade, da cidadania e da dignidade humana, sendo estes pilares essenciais para a compreensão dos direitos de personalidade, ainda que tenham sido, repita-se, fundados no direito civil, ou ainda, no campo do direito privado.

Dando continuidade a este estudo, iremos trabalhar agora, alguns direitos que se entrelaçam e se encontram contidos no próprio conceito da dignidade humana.

2.1.2. Do direito à intimidade

O direito à intimidade, que é espécie do gênero direito de personalidade, deve ser garantido e tutelado pelo sistema jurídico. Quando se fala em direito à intimidade afirma ser um direito a uma vida íntima.

Anote-se que o direito à intimidade surge como uma reação à teoria estatal sobre o indivíduo e encontra guarida em documentos como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948 (art. 12), a 9ª Conferência Internacional Americana de 1948 (art. 5º), a Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 1950 (art. 8º), a Convenção Pan-Americana dos Direitos do Homem, de 1959, a Conferência Nórdica sobre o Direito à Intimidade, de 1967, além de outros documentos internacionais.

No Brasil, o direito à intimidade foi consagrado na Constituição Federal de 1988, onde se previu a proteção à intimidade de homens e mulheres em seu inciso X, art. 5º. Ali se proclamou “serem 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”.

Discorrendo sobre a questão, assevera José Adércio Leite Sampaio:

a intimidade integra a vida privada, porém de uma forma muito mais dinâmica do que comumente apresentada; cuida-se de sua projeção no âmbito das informações pessoais, do relacionamento comunicativo do ser com os demais, enfim, de uma “autodeterminação informativa ou informacional.”⁷

O direito à intimidade pode ser conceituado, ainda, como aquele que visa a resguardar as pessoas dos sentidos alheios, principalmente da vista e dos ouvidos de outrem. Ou seja, é o direito da pessoa de excluir do conhecimento de terceiros tudo aquilo que a ela se relaciona.⁸ (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971)

⁷ SAMPAIO, 1998, p. 351.

⁸ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*, p. 124.

2.2 Do direito à proteção da imagem

Nas palavras de Pablo Stolze⁹, a imagem, em simples definição, “constitui a expressão sensível da individualidade humana, digna de proteção jurídica”.

Destaca Edilson Pereira de Farias, quanto à proteção constitucional, que:

não se limita ao semblante ou a rosto, estende-se a qualquer parte do corpo humano, como a reprodução de um pé, de um braço, de uma mão, de um busto. Em suma, o direito à imagem abrange não só a face da pessoa alcança também a qualquer parte distinta do corpo.¹⁰

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 5º, incisos V e X, prevê e tutela três diferentes aspectos do conceito de imagem: a imagem-retrato, a imagem-atributo e a imagem-voz.

Para melhor compreensão desses conceitos, Nelson Rosenthal¹¹ expõe, em síntese, que: a) imagem retrato representa o aspecto visual da pessoa; b) imagem-atributo corresponde ao conjunto de características particulares de apresentação e da identificação social de uma pessoa; e c) imagem-voz consiste na identificação de uma pessoa por meio do timbre de voz.

Sobre isso, o já citado doutrinador Pablo Stolze¹² esclarece que não existem três diferentes direitos, mas, apenas, três faces do mesmo bem protegido constitucionalmente, qual seja, a imagem.

Nesse ponto, cabe registro jurisprudencial quanto ao uso indevido da imagem de alguém, sendo a afronta, por certo, possível de gerar dano moral indenizável. O Superior Tribunal de Justiça, no REsp n. 267.529/RJ, assim se manifestou:

[...]a obrigação de reparação decorre do próprio uso indevido do direito personalíssimo, não havendo de cogitar-se da prova da existência de prejuízo ou dano. O dano é a própria utilização indevida da imagem, não sendo necessária a demonstração do prejuízo material ou moral.

⁹ STOLZE, 2012, p. 227.

¹⁰ FARIAS, 1996, p. 120.

¹¹ ROSENVALD, 2013, p. 244.

¹² STOLZE, 2012, p. 227.

Com a jurisprudência acima, vê-se enfatizado pelo STJ que, nos casos de afronta do direito de imagem, à honra, dignidade e moralidade, o dano moral deve ser presumido (*In re ipsa*), pelo que não se torna necessária a apresentação de provas que demonstrem essa ofensa moral. Com efeito, o dano moral emergente em casos como o ora em debate decorre do próprio ato antijurídico, havendo claro prejuízo extrapatrimonial, como consequência lógico-jurídica do próprio ato de afronta perpetrado.

2.3. Liberdade de expressão e direito à informação

Está previsto no art. 5º, XIV, da Constituição da República Federativa do Brasil ser “assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”.

A regra acima pode ser complementada com o que dispõe o § 1º do art. 220, da Constituição da República Federativa do Brasil, para quem “nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV”, e também na dicção do §2º ao indicar que “é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”.

Para Luís Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho:

é importante sistematizar, de um lado, o direito de informação, e, de outro, a liberdade de expressão. No primeiro está apenas a divulgação de fatos, dados, qualidades, objetivamente apuradas. No segundo está a livre expressão do pensamento por qualquer meio, seja a criação artística ou literária, que inclui o cinema, o teatro, a novela, a ficção literária, as artes plásticas, a música, até mesmo a opinião publicada em jornal ou em qualquer outro veículo.¹³

O tema liberdade de imprensa, importante destacar, também está previsto em regramentos internacionais, com sua primeira regulamentação, registra-se a história, na Declaração de Direitos de Virgínia de 1776, ao reconhecer a liberdade de imprensa como um direito

¹³ CARVALHO, 1999, p. 25,

humano. Dispunha o art. 12 de tal declaração que “a liberdade de imprensa é um dos grandes baluartes da liberdade e não pode ser restringida jamais, a não ser por governos despóticos.”¹⁴

Observa-se que, na França, também se proclamou acerca dessa liberdade, por meio da Declaração dos Direitos do Homem e dos Cidadãos (art. 11)¹⁵.

No ano de 1791, a Emenda número 1, da Declaração de Direitos dos Estados Unidos, passou a contemplar o seguinte:

Emenda 1. O Congresso não fará lei alguma referente à implantação de uma religião ou proibindo o culto de qualquer uma delas; nem lei que restrinja a liberdade de palavra, ou de imprensa; nem o direito do povo de reunir-se pacificamente; nem o de dirigir-se ao governo em demandas para a reparação de situações consideradas injustas.¹⁶

Durante toda a história, foram editados documentos resguardando esse direito, inclusive em 1948, onde se proclamou a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1948 (art. 19).

Por sua vez, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assinada em 22 de novembro de 1969, em São José da Costa Rica, prelecionou, em seu art. 13, disposições acerca da liberdade de pensamento e de expressão.

De outra ponta, a Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e suas Liberdades Fundamentais, de 1950, completou:

Art. 10, 1º. Toda a pessoa tem direito à liberdade de expressão. Esse direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de comunicar informações ou ideias, sem que possa haver a ingerência da autoridade pública e se consideração de fronteiras. O presente artigo não impede os Estados de submeterem as empresas de radiodifusão, cinema ou televisão a um regime de autorização.

¹⁴ VIEIRA, 2003, p. 35.

¹⁵ Art. 11. A livre comunicação dos pensamentos e das opiniões é um dos direitos mais preciosos do homem; todo cidadão pode, portanto, falar, escrever e imprimir livremente, salvo a responsabilidade que o abuso desta liberdade produza nos casos determinados por lei.

¹⁶ VIEIRA, 2003, p. 35.

O renomado constitucionalista brasileiro José Afonso da Silva, chamado a manifestar-se sobre o tema, assim concluiu:

Nesse sentido, a liberdade de informação compreende a procura, o acesso, o recebimento e a difusão de informações ou ideias, por qualquer meio, e sem dependência de censura, respondendo cada qual pelos abusos que cometer. O acesso de todos à informação é um direito individual consignado na Constituição, que também resguarda o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional (art. 5º, XIV).¹⁷

Enfim, as liberdades de informação e de expressão, bem como a liberdade de informação jornalística, encontram também certos limites previstos diretamente pela Constituição da República Federativa do Brasil, o que viabiliza, de certa forma, o amparo e a tutela ao direito de ser esquecido.

2.4. Do conflito entre direitos

O enfoque do tema direito ao esquecimento, em cotejo com os direitos fundamentais acima declinados, provoca a existência de um conflito, a saber: de um lado, a liberdade de expressão, de informação e de imprensa, e de outro, os direitos da personalidade.

A complexidade e os pluralismos das sociedades modernas, na lição de Luís Roberto Barroso, “levaram ao abrigo da Constituição valores, interesses e direitos variados, que eventualmente entram em choque”. Assim, a resolução, de interesse da sociedade, defende o já citado doutrinador e hoje Ministro do STF, pode ser “de forma mais harmônica e justa possível”.¹⁸

A respeito do tema, Edilson Farias afirma que:

A colisão dos direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem com a liberdade de expressão e de informação significa que as opiniões e fatos relacionados com o âmbito de proteção constitucional desses direitos não podem ser divulgados ao público indiscriminadamente. Por outro lado, conforme exposto, a liberdade de expressão e informação, estimada como um direito fundamental que transcende dimensão de garantia individual por

¹⁷ SILVA, 2005, p. 246.

¹⁸ BARROSO, 2015, p. 368.

contribuir para a formação da opinião pública pluralista, instituição considerada essencial para o funcionamento da sociedade democrática, não deve ser restringida por direitos ou bens constitucionais, de modo que resulte totalmente desnaturalizada.¹⁹

Nesse contexto, resgata-se o conceito de direito ao esquecimento, a fim de se compreender o conflito, que, na verdade, objetiva conceder ao ser humano um tratamento digno e necessário, impedindo fatos ocorridos no passado sejam lembrados, mesmo que tenham alguma dosagem de interesse público.²⁰

Quanto à colisão entre o direito ao esquecimento e a liberdade de expressão, de imprensa e informação, para Milena Felizola, está longe de se tornar pacífica. Confira-se:

A primeira corrente entende que o direito ao esquecimento é infraconstitucional na medida em que viola a liberdade de expressão, manifestação e de imprensa, estabelecendo-se a censura. Sob o argumento de que ‘não se pode apagar a história’, se uma pessoa fez algo errado na vida que hoje a envergonha, tais implicações seriam mera consequência de seus fatos. Em sentido contrário, a outra corrente, sustenta que não se trata de ‘apagar os erros do passado’, mas do direito de ser deixado em paz. Argumentam que pessoas foram condenadas pelo Judiciário e já cumpriram sua pena ou que cometeram um ato no passado pelo qual já sofreram a devida exposição ou sanção social à época não poderiam ser eternamente condenados no mundo virtual ou pela imprensa. [...] Para tal vertente, a liberdade de expressão não pode violar direitos de personalidade, a privacidade ou vida íntima da pessoa, pondo em risco sua integridade física e psíquica.²¹

Consigne-se, na limitada abordagem deste trabalho, que Daniel Sarmiento defende o direito ao esquecimento somente quando se tratar de questões ligadas à esfera privada, quando diz ser “perigoso no direito ao esquecimento é que este tem sido invocado, em geral, por autoridades ou pessoas públicas para tentar apagar fatos desabonadores da sua história”, defende Giselle Souza.

¹⁹ FARIAS, 1996, p. 137.

²⁰ SILVA, 2015, p. 118.

²¹ FELIZOLA, 2015, p. 55.

No que toca aos casos de conflito entre os direitos, observa Manoel de Costa Andrade²² que não há relação de hierarquia entre os direitos da personalidade e a liberdade de imprensa. No entanto, sustenta Edilsom Farias²³ que a liberdade de imprensa possui um limite ditado pela Constituição Federal, que poderá servir de base para a interpretação do juiz.

É certo que, quanto aos julgamentos de casos, em que se conflitam esses direitos, recomenda-se aplicação da técnica da ponderação, justamente para solucionar as hipóteses de colisão entre os direitos fundamentais. O que se buscará é o estabelecimento de solução, em cada caso, e, ainda, em cada hipótese específica de colisão entre o direito ao esquecimento e as liberdades de expressão, informação e de imprensa.

Como defende Luís Roberto Barroso²⁴, a ponderação socorre-se do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade para, exatamente, oportunizar a máxima concordância prática entre os direitos em conflito.

Nas palavras de Dirley da Cunha Júnior, o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade mostra-se como importante ferramenta para a sua resolução:

O princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade consubstancia, em essência, uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; procede e condiciona a positividade jurídica, inclusive a de nível constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico.²⁵

Em conclusão, recomenda-se analisar as situações fáticas decorrentes de cada caso concreto para, assim, sopesar, com a necessária prudência, o constrangimento ao indivíduo em contraposição ao impedimento de que as informações sejam divulgadas.

²² ANDRADE, 1996, p. 168.

²³ FARIAS, 1996, p. 127.

²⁴ BARROSO, 2011, p. 362.

²⁵ CUNHA JÚNIOR, 2010, p. 227.

Destarte, fixadas essas premissas no sentido de aplicação da técnica de ponderação para a resolução dos casos do dia a dia, passa-se a traçar a posição dos Tribunais quanto ao direito ao esquecimento.

3. DO DIREITO AO ESQUECIMENTO PROPRIAMENTE DITO

Feitas as análises até então empreendidas neste texto, é de se ver que o “direito ao esquecimento” encontra-se intimamente imbricado em sua gênese com as concepções de constituição e direitos fundamentais, embora não esteja positivado e regulamentado no Brasil e mesmo em Portugal.

Na Europa, o direito ao esquecimento tem recebido importante atenção pelos estudiosos do direito, e é de lá que vem sua melhor definição: “El derecho al olvido, también llamado derecho a ser olvidado, es el derecho de las personas físicas a hacer que se borre la información sobre ellas después de un período de tiempo determinado” (DE TERWANGNE, 2012, p. 53). E acrescenta, “El desarrollo de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) ha sido determinante en cuanto a la ampliación del alcance de ese derecho. El progreso tecnológico ha tenido un impacto considerable en este campo.”

Nesse mesmo diapasão, vale também a lição de Anderson Schreiber: “o direito ao esquecimento não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a história”. Portanto, esse direito implicaria “a possibilidade de se discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados”.²⁶

O Jurista Paulo Khouri entende que se deve “ponderar caso a caso os valores em jogo e pode ocorrer que o direito ao esquecimento deva ser sacrificado em prol da liberdade de informação”.²⁷

Já para René Ariel Dotti:

O direito ao esquecimento consiste na faculdade de a pessoa não ser molestada por atos ou fatos do passado que não tenham legítimo interesse público. Trata-se do reconhecimento jurídico à

²⁶ SCHREIBER, 2011, p. 164.

²⁷ KHOURI, 2013, p. 463.

proteção da vida pretérita, proibindo-se a revelação do nome, da imagem e de outros dados referentes à personalidade.²⁸

De se salientar, ainda, que, a tese do direito ao esquecimento ganhou força na doutrina jurídica brasileira, com a aprovação do Enunciado n. 531, emergente da VI Jornada de Direito Civil promovida pelo CJF/STJ, cujo teor e justificativa ora se transcrevem:

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

Artigo 11 do Código Civil.

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

Assim, é de se ter em mente que o direito ao esquecimento visa, em realidade, tutelar os danos que porventura possam ser gerados pelo exagero das informações e comunicações, criando um ambiente onde o ser humano possa discutir o uso que se dá aos fatos passados, especialmente levando em conta a razão, o modo e, especialmente, a finalidade de serem resgatados esses fatos pretéritos.

Não se pode negar, por outro lado, que os direitos de personalidade devem ser considerados pluridisciplinares, na medida em que fazem parte do direito civil e do direito constitucional, tendo um ponto comum que é a defesa da dignidade da pessoa humana.

Nessa mesma linha de raciocínio, colhe-se da pena de Paulo Lôbo a seguinte lição:

A pluridisciplinaridade permite rica abordagem da matéria, a depender do ângulo da análise. Na perspectiva do direito constitucional, são espécies do gênero direitos fundamentais. Na perspectiva do direito civil, constituem conjunto de direitos inerentes à pessoa, notadamente da pessoa humana, que prevalecem sobre todos os demais direitos subjetivos privados.²⁹

²⁸ DOTTI, 1998, p. 300.

²⁹ LÔBO, 2015, p. 133.

O Código Civil português de 1966, em seu artigo 70º, trouxe uma normativa que foi considerada por boa parte da doutrina como uma cláusula geral de tutela de personalidade, ao estatuir que a proteção legal alcance os indivíduos contra “qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral”, o que, de fato abarca de forma mais ampliada a defesa da pessoa contra as mais variadas formas de ofensa.

No Direito brasileiro, criou-se uma fórmula mais contida quando da edição do artigo 12 do Código Civil, pois, ali ficou tão só consignado que “pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”.

De outra ponta, conforme observa Simón Castellano “até bem pouco tempo, quando alguém se equivocava, era possível retificar, modificar ou minorar os erros do passado”³⁰; isso porque a capacidade limitada da memória se encarregava de, com o tempo, fazer e esmaecer as más recordações.

Hoje, o direito ao esquecimento ganha força e dimensão, pois, se é correto afirmar que a rede mundial de computadores trouxe modernidade em vários setores, é certo também asseverar que, no tocante à memória, esta ficou quase que eternizada, dada a infinita capacidade expansiva destas máquinas e suas ligações gerais a tudo e a todos. Assim, exacerbaram-se as preocupações com os problemas causados com a perenização e o livre acesso a fatos, referências e acontecimentos individuais não desejados.

Destarte, o direito ao esquecimento, ou ainda, o “direito de ser deixado em paz”, embora não seja novo, acabou por ser potencializado com a “internet”, onde as notícias e referências, nem sempre elogiosas, são inseridas e praticamente perenizadas, o que, por certo, ampliou o desejo de muitos de ser esquecido, ou de não viver assombrado pela desonra do passado.

De tal maneira, identifica-se no livre desenvolvimento da personalidade a pedra de toque e o fundamento para a invocação do direito ao esquecimento, o fazendo como forma de liberdade de escolha e de

³⁰ CASTELLANO, 2013, p. 451.

manutenção real e efetiva da dignidade, à qual passa pelo estabelecimento de limites temporais e por um controle dos meios de utilização de dados e informações pessoais.

Interessante falar, ainda, para finalizar, que o Código de Defesa do Consumidor (art. 43, § 1º, da Lei n. 8.078/90) e a Lei do Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014), que são textos, como se sabe, posteriores à Constituição da República Brasileira (1988) e mesmo o novo Código Civil (2002), cuidaram de fazer inserir em seu bojo questão que, por certo, fora tirada dos conceitos do direito ao esquecimento. Trata-se do dispositivo do Código de Defesa do Consumidor que limita em cinco anos o prazo máximo para manutenção do nome do devedor em cadastros restritivos de crédito. Tal norma implica em constar que o direito ao bom nome, que é um direito de personalidade, deve, necessariamente, estar submetido a um limite temporal razoável; tudo para que não se perenize uma anotação que importe prejuízos ao bom nome do devedor.

Por fim, a mencionada Lei do Marco Civil da Internet, editada com a finalidade de regular a proteção de dados, inovou quando assegurou o direito de exclusão de dados pessoais fornecidos, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros, por imperativo legal. Com isso, mensagens trocadas, páginas visitadas, fotografias e outras tantas informações podem ser eliminadas por expressa disposição legal, o que, mais uma vez, nos leva a crer que o direito de personalidade está sendo mais respeitado dentro da legislação brasileira, sendo possível, ainda que analogicamente, dizer que o direito ao esquecimento se encontra mais amparado atualmente do que em épocas passadas.

4. O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA INTERNET

O debate sobre o direito ao esquecimento, também se aplica ao mundo digital, especialmente aos usuários de Internet.

No âmbito da Internet, o direito ao esquecimento está relacionado com a prerrogativa personalíssima que deve possuir um cidadão de apagar seus dados pessoais mesmo que verdadeiros e independentemente de ilícito penal ou civil.³¹

³¹ FLEISCHER, 2017.

A Lei do Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/14), no Brasil, assegurou, no inciso I do art. 7º, o direito à “inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Há registro, explícito sobre o direito ao esquecimento, no inciso X do mesmo artigo, a saber:

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

[...]

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

Anote-se que, diferentemente da proposta de lei europeia, a legislação brasileira exigiu que somente a vontade do titular do direito seja suficiente para o exercício do direito ao esquecimento. No caso, a relação jurídica entre o usuário e o provedor de aplicações de Internet pode ser rescindida imotivadamente a qualquer momento pelo usuário.³²

No tocante à guarda de dados, a Lei do Marco Civil da Internet no Brasil regulamenta período de tempo para que os registros relativos à conexão dos usuários à Internet fiquem armazenados, o que se dará pelo prazo de um ano, bem como os pertinentes aos acessos dos usuários às aplicações de Internet, os quais devem ser mantidos pelo prazo de seis meses (arts. 13 e 15, da Lei n. 12.965/14). Também há de se respeitar a privacidade, conforme previsão do art. 23, da Lei n. 12.965/2014.

É relevante frisar que, na legislação brasileira, a responsabilidade civil derivada da violação das regras do direito ao esquecimento faz distinção para os provedores de conexão à Internet (art. 18 da Lei n. 12.965/2014) por ilícitos praticados por terceiros e provedores de aplicações de Internet (Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014). Com isso, os provedores de aplicações de Internet que continuarem a disponibilizar os conteúdos vetados pela decisão jurisdicional.

³² PIMENTEL; CARDOSO, 2017.

Partindo para os Estados Unidos da América, podemos dizer que a expressão “eraser law” foi designada para o direito ao esquecimento. A regulamentação está na lei do Estado da Califórnia, de 23 de setembro de 2013 (Lei SB-568) (ESTADOS UNIDOS, 2017), conhecida como “Lei Apagadora”. A lei garante aos menores de idade o direito de apagar informações embaraçosas constantes de sites de Internet, principalmente das redes sociais, tais como Facebook, Twitter e Tumblr. A lei proíbe a publicidade de produtos como armas, álcool, tabaco e produtos de dieta em sites de uso majoritário por adolescentes menores de 18 anos.

Busca a “Lei Apagadora” proteger um grupo de pessoas que são vulneráveis e (in)capazes de tomar decisões que poderiam levar a uma autossabotagem (futura ou presente) tanto do ponto de vista pessoal quanto profissional por meio de fotos comprometedoras de uso abusivo de álcool, de momentos de intimidade com conteúdo sexual explícito e outras tantas possibilidades que, em geral, não são levadas em conta em um primeiro momento.³³

No entanto, no Brasil e no mundo, foi no âmbito da jurisprudência que esse cenário mais se desenvolveu, conforme se verá no tópico seguinte.

5. DIREITO AO ESQUECIMENTO NOS TRIBUNAIS

5.1. No Brasil

No Superior Tribunal de Justiça Brasileiro, o tema, pela primeira vez, foi examinado em 2013, sendo os dois casos mais comentados, aqueles decorrentes da chamada “Chacina da Candelária” e caso “Aída Curi”.

Registre-se, ainda, que, embora tenham sido julgados na mesma data, os membros da Quarta Turma da Corte Superior concluíram, opostamente, sendo que ficou reforçado naquela oportunidade, portanto, a ideia de que o direito ao esquecimento gera colisão entre

³³ MANSON; MCGREEVY, 2017.

importantes direitos fundamentais, que devem ser sopesados, caso a caso.

A seguir, observaremos o posicionamento dos Ministros:

5.1.1. Chacina da Candelária

No REsp n. 1.334.097/RJ, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 28 de maio de 2013, o tribunal julgou *procedente* direito ao esquecimento do caso da “Chacina da Candelária”, em relação ao sujeito que foi absolvido, o fazendo com seguinte conclusão:

Gera dano moral a veiculação de programa televisivo sobre fatos ocorridos *há longa data*, com *ostensiva identificação de pessoa* que tenha sido *investigada, denunciada* e, posteriormente, *inocentada* em processo criminal. O direito ao esquecimento surge na discussão acerca da possibilidade de alguém impedir a divulgação de informações que, apesar de verídicas, *não sejam contemporâneas e lhe causem transtornos das mais diversas ordens*. Sobre o tema, o Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil do CJP preconiza que a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. *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 irreversivelmente consumadas. 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, art. 748 do CPP –, 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. Cabe destacar que, *embora a notícia inverídica seja um obstáculo à liberdade de informação*, a veracidade da notícia não confere a ela inquestionável licitude, nem transforma a liberdade de imprensa em *direito absoluto e ilimitado*. 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 humanitária e cultural da sociedade, confere concretude a um ordenamento jurídico que, entre a memória – conexão do presente com o passado – e a esperança – 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, afirmando-se, na verdade, como um direito à esperança, em absoluta

sintonia com a presunção legal e constitucional *de regenerabilidade da pessoa humana*. Precedentes citados: RMS 15.634-SP, Sexta Turma, DJ 5/2/2007; e REsp 443.927-SP, Quinta Turma, DJ 4/8/2003. (Grifos nossos)

Dessa decisão, verifica-se que o direito ao esquecimento foi acolhido sem desprezar a liberdade de imprensa. Portanto, a liberdade de imprensa deve ser exercida desde que não viole outro direito.

Registre-se, ainda, que houve ponderação entre os direitos colidentes, sendo que maior importância foi creditada ao direito ao esquecimento, pelo reconhecimento de que não se deve eternizar esse estigma gerado pela notícia. Isto porque, ou a pena já foi cumprida, ou porque o denunciado foi absolvido; e tudo com base no “direito de esperança” que implica na efetiva e pretendida perspectiva da regenerabilidade da pessoa humana.

5.1.2. Caso da Aida Curi

De outro modo, no REsp n. 1.335.153/RJ, também de relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão, julgado no mesmo dia e ano, o Superior Tribunal de Justiça julgou *improcedente* o pleito dos familiares da citada Sra. Aída Curi. Naquela assentada, os julgadores definiram que não há como narrar determinado fato sem citar seus sujeitos.

Neste recurso, o Ministro Luís Felipe Salomão, ao proferir seu voto, entendeu que:

[...] 05. 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*. 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 nexo 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 conseqüente indenização, *consubstancia desproporcional corte à liberdade de imprensa, se comparado ao desconforto gerado pela lembrança [...]* (Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.335.153-RJ. Quarta Turma. Relator: Min. Luís Felipe Salomão. Julgado em 10/9/2013). (Grifos nossos)

Dessa forma, ficou sublinhado, que o direito ao esquecimento não visa apagar o passado, mas, sim, evitar que dados pessoais possam circular de forma desproporcional e excessiva. Nesse caso, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a liberdade de imprensa deveria prevalecer, uma vez que a matéria retratava fatos verídicos e a notícia revelava repercussão nacional, além de não poder ser contada a história ocorrida com a ausência de sua protagonista, pelo que nenhuma indenização moral ou material seria devida.

Mais adiante, o Supremo Tribunal Federal, no caso concretamente tratado, reconheceu a existência de repercussão geral (ARE 833.248 RG/RJ, Min. Relator Dias Toffoli, Plenário, julgado em 12/12/2014), o que ocorreu em sede de recurso extraordinário manejado pela família de Aída Curi, sendo que dito recurso, que tem a relatoria do Ministro Dias Toffoli, não foi até o momento examinado em seu mérito, apesar de ali estar tramitando desde 2014.

Assim, delineada a temática – “direito ao esquecimento” e seus reflexos – na doutrina e jurisprudência brasileiras, cuidaremos de, na próxima parte deste trabalho, trazer à baila casos ocorridos na Europa e nos EUA, a partir de julgados de seus Tribunais Constitucionais.

5.1.3. Direito ao esquecimento não tem caráter absoluto

O Superior Tribunal de Justiça, no ano de 2013, ao julgar o HC 256.210/SP, Relatoria do Min. Rogerio Schietti Cruz, esclareceu que o direito ao esquecimento não detém caráter absoluto, havendo de ser balizado pela ponderação dos valores envolvidos.

No voto condutor, o relator ressaltou que:

Toda essa digressão – feita a partir dos substanciosos acórdãos mencionados – não possui alcance suficiente para sustentar o esquecimento completo do passado criminógeno do paciente. Afinal de contas, não foram duas ou três, e, sim, treze condenações por crimes contra o patrimônio alheio. No entanto, a ideia que subjaz ao assim chamado ‘direito ao esquecimento’, como visto, deverá implicar a relativização desses registros penais tão antigos, de modo a não lhes imprimir o excessivo relevo dado pelo tribunal de origem.

Nesse julgado, o STJ, ao optar pelo direito ao esquecimento, o associou ao direito à esperança (*HABEAS CORPUS* N. 256.210 – SP (2012/0211150-0)).

5.2. Na Europa e nos Estados Unidos da América

Sobre o “direito de ser deixado em paz”, ou mesmo “direito de ser esquecido” cuidaremos de analisar três casos decididos por tribunais estrangeiros. São eles: *Melvin vs Reid* (Tribunal de Apelação da Califórnia); *Lebach* (Tribunal Constitucional Federal da Alemanha) e *Marlene Dietrich* (Tribunal de Paris).

Anote-se que esses julgados, mencionados, consideram o direito ao esquecimento imediata decorrência do direito à privacidade. Confira-se a seguir.

5.2.1. Tribunal de Apelação da Califórnia, nos Estados Unidos da América: caso *Melvin vs Reid*

No ano de 1931, nos Estados Unidos da América, foi julgada pelo Tribunal de Apelação da Califórnia, ação envolvendo Gabrielle Darley. Essa jovem, no passado, havia se prostituído e, acusada de homicídio, foi inocentada desse crime em 1918.

Após essa decisão, Gabrielle abandonou a vida licenciosa e constituiu família com Bernard Melvin, readquirindo novamente o prestígio social.

Ocorre que, em 1925, portanto, muitos anos depois, Doroty Davenport Reid produziu o filme chamado “Red Kimono”, no qual retratava, com precisão, a história de vida pregressa de Gabrielle.

O marido Melvin, inconformado, buscou a reparação pela violação à vida privada da esposa e da família.

A Corte Californiana, atendendo ao pedido do marido de Gabrielle, decidiu que fatos passados não devem assombrar eternamente a vida de uma pessoa, de tal forma que impeça o desenvolvimento de sua personalidade e que venha a prejudicar sua reputação e posição social.

O Professor René Ariel Dotti, ao comentar o caso, afirmou que: “O Tribunal de Apelação da Califórnia, sem referi-lo especificamente, reconheceu a existência de um ‘direito ao esquecimento’, que, desasombradamente é um dos importantes aspectos da vida privada.”³⁴

Aqui, nos parece tranquila e acertada a posição tomada pela Corte Americana, vez que não é razoável que, sete anos depois de ocorrido um tropeço na vida de alguém, possa ser gravado um filme que exalte esse momento indesejável na vida daquela pessoa, notadamente se esta mulher já se casou, tem filhos, ou seja, constituiu uma família consolidada que necessita ser preservada em sua moral e história e não mais afrontada com fatos antigos, ocorridos em épocas de juventude, sem que haja, ainda, qualquer interesse histórico ou público que justifique tal intenção.

5.2.2. Tribunal de Paris: caso Marlene Dietrich

O caso aconteceu com a atriz Marlene Dietrich, nascida em Berlim, no ano de 1901. Em 1939, recebeu a cidadania dos Estados Unidos da América. Durante sua carreira, foi protagonista de inúmeros filmes, tendo, em dado período, tido um “affaire” com dado senhor, no qual se viu envolvida, e que foi amplamente divulgado pela imprensa.

Instado a manifestar-se, o Tribunal de Paris, decidiu que, sem autorização expressa, não se pode publicar narrativas pertencentes ao patrimônio moral e vida privada de cada indivíduo, posto que as recordações da vida privada pertencem ao patrimônio moral da pessoa, que não pode ser molestado. Essa decisão representou, no

³⁴ DOTTI, 1980, p. 91.

entendimento de René Ariel Dotti, um dos pilares na construção do direito à privacidade. Veja-se:

Finalmente, no caso Marlene Dietrich – que foi referido como uma das pedras fundamentais da construção do muro da privacidade – o Tribunal de Paris reconheceu expressamente que ‘as recordações da vida privada de cada indivíduo pertencem ao seu patrimônio moral e ninguém tem o direito de publicá-las mesmo sem intenção malévola, sem a autorização expressa e inequívoca daquele de quem se narra a vida’. O direito ao esquecimento como uma das importantes manifestações da vida privada estava então consagrado definitivamente pela jurisprudência, após uma lenta evolução que teve, por marco inicial, a frase lapidar pronunciada pelo advogado Pinard em 1958: ‘O homem célebre, senhores, tem o direito a morrer em paz’!³⁵

Diante do que fora acima analisado, o que se conclui é que é possível a aplicação do direito ao esquecimento, desde que se superem os conflitos entre princípios constitucionais, mediante a ponderação no caso concreto, e, portanto, o uso do princípio da proporcionalidade, sempre preservando a vida privada de cada pessoa.

5.2.3. Tribunal de Justiça europeu: direito ao esquecimento na Internet

Voltando ao tema “Internet”, é de se afirmar que o direito ao esquecimento se refere à tomada de consciência dos usuários de que dispõem de direitos pessoais sobre seus próprios dados e que o compartilhamento é uma opção personalíssima.

No ano de 2014, o Tribunal de Justiça Europeu julgou demanda promovida pela Agência Espanhola de Proteção de Dados (AEPD) contra a Google (Assunto C-131/12)³⁶. O Tribunal entendeu que os “sites” de busca devem “eliminar” de sua lista de resultados os “links” para sítios e páginas publicadas por terceiros que contenham informações relativas à pessoa que solicitar a retirada de informações que lhe digam respeito.

³⁵ DOTTI, 1980, p. 92.

³⁶ Court of Justice of the European Union. PRESS RELEASE No 70/14. Luxembourg, 13 May 2014. Disponível em: <<https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-05/cp140070en.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2017.

Anote-se que a decisão do Tribunal, no caso Google, no parágrafo 97, afirma que os direitos ao respeito pela vida privada e familiar e o direito à proteção de dados de caráter pessoal:

Prevaecem, em princípio, não só sobre o interesse económico do operador do motor de busca, mas também sobre o interesse desse público em encontrar a referida informação durante uma pesquisa sobre o nome dessa pessoa. No entanto, não será esse o caso se se afigurar que, por razões especiais como, por exemplo, o papel desempenhado por essa pessoa na vida pública, a ingerência nos seus direitos fundamentais é justificada pelo interesse preponderante do referido público em ter acesso à informação em questão em virtude dessa inclusão.³⁷

Entretanto, para o Tribunal de Justiça Europeu, o direito ao esquecimento não é absoluto, os pedidos de retirada de informações devem ser justificados e compete aos provedores analisar a procedência ou não do pleito. Mas, se acaso os provedores discordarem das alegações dos usuários de Internet, estes podem recorrer ao Judiciário para tal resolver a questão.³⁸

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, não se pode negar que nossa sociedade saiu da chamada revolução industrial, para inserir-se no campo da “sociedade de informação” – ou das *autoestradas da informação* – como dizem os americanos, havendo aí outra revolução nos costumes, nas formas de comunicação e circulação de informações e imagens, da qual decorrem naturais reflexos nas relações econômicas e interpessoais.

É justamente dentro desta nova leitura constitucional e dos novos horizontes do direito civil, que avulta a relevância e a especial tutela dos direitos de personalidade às pessoas, que passam a ser protegidas dentro de um contexto social novo, que veio embalado por nova malha protetora.

³⁷ INTERNET | Reclamar o «Direito ao esquecimento». Disponível em: <<https://portal.oa.pt/comunicacao/noticias/2016/12/internet-reclamar-o-direito-ao-esquecimento/>>. Acesso em 26 set. 2017.

³⁸ PIMENTEL; CARDOSO, 2017.

Por outro lado, sob o prisma constitucional tem-se imbricado no conceito dos direitos de personalidade o princípio da dignidade humana, que se encontra encartado no artigo 1º, III, da Constituição Federal brasileira, criando, assim, um elo entre a defesa dos direitos de personalidade e aqueles que defendem a dignidade humana, tanto no plano físico, como no moral, psíquico ou intelectual.

Assim, embora o artigo 11 e seguintes do Código Civil brasileiro tracem as linhas mestras do direito de personalidade, trabalhando alguns direitos aí incluídos no conceito de personalidade, não se pode negar que ele se eleva a uma cláusula geral que acolhe em seu bojo todos os direitos dessa natureza previstos no ordenamento jurídico ora em vigor, representando, na verdade, e dentro da esfera infraconstitucional, a mediação normativa de princípios e postulados que a Lei Maior Brasileira descreveu como fundamentais à proteção da dignidade humana.

Assim, quando se fala em “direito ao esquecimento” dentro do campo do direito civil e dos direitos de personalidade, está-se fazendo uma conexão com o direito à proteção da dignidade humana, assegurada, no Brasil, pelo artigo 1º, III, da CF do Brasil.

É a chamada “constitucionalização do direito civil”, que, embora não subtraia do estudo do direito ao esquecimento a característica deste fazer parte do direito privado e, assim, estar regulamentando uma relação privada, importa dizer que, em razão da infiltração em sua base e eixo central de novos valores e novos horizontes, os princípios constitucionais passaram a interpenetrar-se no direito privado, sendo, entre estes, um dos mais importantes, a proteção aos direitos de personalidade.

Dizem-se direitos *de* personalidade e não direitos *da* personalidade, exatamente para criar o sentimento de uma “categórica mais elástica” de direitos inatos e essenciais, voltados que são à integridade física, moral e psicológica da pessoa, cujo reconhecimento faz nascer para os demais atores sociais um imperativo de respeito e abstenção.

Na verdade, o Código Civil brasileiro fala em proteção dos direitos *da* personalidade e não *de* personalidade o que nos parece uma impropriedade terminológica, na medida em que esta (a personalidade) não é titular de direitos, pelo que seria “mais ajustada a expressão *direitos de personalidade*, utilizada em Portugal e Alemanha, para nomear a categoria em estudo, posto que os direitos não seriam da

própria personalidade, mas surgidos em virtude dela, como consequência de sua existência.³⁹

Identificou-se no presente trabalho que a tese do direito ao esquecimento, no julgamento do caso concreto, coloca-se em conflito com vários outros direitos reconhecidos como fundamentais, os quais, conforme doutrina, mais suscitados são: à privacidade, à intimidade, à liberdade de imprensa e à vedação à censura.

Registre-se, por oportuno, que nos julgados pelos Tribunais brasileiros os Ministros atentaram-se para a razoabilidade, proporcionalidade e ponderação, mas, em se tratando de colisão entre mais de um princípio ou direito, evitou-se análise objetiva, ainda que examinados cada caso, em seus contornos específicos.

Por fim, não se pode negar que, diante dos fundamentos colocados nesse estudo, não há dúvidas de que o tema é ainda novo e com viés polêmico, vez que fronteiro com diferentes princípios constitucionais, também protegidos pelo ordenamento jurídico.

Importante frisar, consoante se mostrou durante a pesquisa, que o direito ao esquecimento permitirá reflexões também as áreas de ressocialização, biográficas não autorizadas e direito digital (aplicação à Internet), entre outros, sendo, como se disse ao longo deste texto um “direito elástico” dadas as dimensões que o tema passará a vivenciar ao longo do tempo e na perspectiva da multiplicidade da criação de novas tecnologias que estarão a colocar sempre o ser humano à mostra, com invasão cada vez mais crescente de sua privacidade.

Espera-se, assim, e de todo modo, ter esse trabalho servido como fonte inspiradora para maiores aprofundamentos de estudiosos do direito civil e constitucional, servindo, pelo menos, de ponto de partida para maiores luzes sobre o tema; até porque a memória coletiva dos erros humanos, como esboçado acima, não está mais nos livros de história, na imprensa, no cinema, na televisão, mas, sim, e, de modo especial, na Internet, que atua como uma enciclopédia universal que é atualizada “on line” e a todo instante, com mais fotos, informações e, o que é pior, sem critérios, sem hierarquia ou mesmo controle, pelo que, em instantes, milhões de pessoas podem tomar ciência de um

³⁹ JABUR, 2000, p. 98.

tropeço, de um erro, de uma intimação para depoimento em inquérito, de um delito administrativo, de uma imputação criminosa a alguém, etc., o que torna inesgotável o interesse e a necessidade de se proteger a personalidade cada vez de forma mais vigorosa e inesgotável, sendo o “esquecimento” um direito que se mostra importante de ser resguardado; até porque, o homem erra todos os dias e a divulgação destes tropeços a cada dia se apresenta de forma mais contundente, cabendo ao direito trabalhar formas de coibi-lo, em prol da mais ampla proteção da dignidade humana.

É o que se espera!

REFERÊNCIAS DOCUMENTAIS

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, CDC, art. 43, § 1º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 26 abr. 2017.

BRASIL. Lei n. 12.965 (Lei do Marco Civil da Internet), de 23 de abril de 2014. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em: 26 abr. 2017.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. Brasília, DF, 1998. Disponível em:<<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 31 mar. 2017.

BIBLIOGRAFIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 99-100.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de Expressão versus Direitos da Personalidade. Colisão de Direitos Fundamentais e Critérios de Ponderação. In: SARLET, I. W. (Org.). *Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 19 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direitos da personalidade e dignidade: da responsabilidade civil para a responsabilidade contratual. In: *Novo Código Civil – Questões Controvertidas*. Método, 2006, vol. 5.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Das relações entre o Código Civil e o Direito Processual Civil. In: *Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual*. 2. ed. Podivm, 2007.

CAMPOS, Diogo Leite de. Lições de direitos da personalidade. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra, v. LXVII, 1991.

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

CASTELLANO, Pere Simón. El carácter relativo del derecho al olvido en la red y su relación con otros derechos, garantías e intereses legítimos. In: CORREDORIA, Loreto; HUESO, Lorenzo Cotino (Coords.). *Libertad de expresión e información em internet: amenazas y protección de los derechos personales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013.

COSTA ANDRADE, Manoel da. *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. Bahia: Jus Podivm, 2010.

CURI, Mauricio. Aída Curi – *A jovem heroína de Copacabana*. São Paulo: Edições Paulinas, 1960.

CURI, Mauricio. Aída Curi – *O preço foi a própria vida!* 4. ed. São Paulo: Editora Ave Maria, 1978.

DE TERWANGNE, Cécile (2012). «Privacidad en Internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido». En: «VII Congreso Internacional Internet, Derecho y Política. Neutralidad de la red y otros retos para el futuro de Internet» [monográfico en línea]. IDP. *Revista de Internet, Derecho y Política*. N. 13, pág. 53-66. UOC. Disponível em: <http://idp.uoc.edu/ojs/index.php/idp/article/view/n13-terwangne_esp/n13-terwangne_esp>. Acesso em: 6 mar. 2017.

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

DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação: possibilidades e limites*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.

DOTTI, René Ariel. *Casos criminais célebres*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.

FLEISCHER, Peter. *Right to be forgotten, or how to edit your history*. Disponível em: <<http://peterfleischer.blogspot.com.br/2012/01/right-to-be-forgotten-or-how-to-edit.html>>. Acesso em: 12 set. 2017.

FELIZOLA, Milena Britto. Os direitos humanos e o direito ao esquecimento: a preservação da privacidade no tempo. In: SOUZA, Wilson Alves de; RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo (coords.). *Derechos fundamentales, ambiente y sociedad: estudios en homenaje a la Professora Dra. Marta Biagi*. Salvador: Dois de Julho, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: parte geral*. vol.1, 2. ed. São Paulo: Método, 2012.

JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos de personalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 98.

JORGE, Maykon Cristiano; IOCOHAMA, Celso Hiroshi. A tutela inibitória como meio de efetivação do direito ao esquecimento e proteção da dignidade da pessoa humana. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*. Belo Horizonte, ano 24, n. 95, jul./set. 2016. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=243870>>. Acesso em: 31 mar. 2017.

HOFFMANN, Jorge Eduardo; BORSSATTI, Suelen. Direito ao esquecimento: conflito entre os direitos da personalidade e a liberdade de imprensa. In: *Diálogos sobre direito e justiça: coletânea de artigos do Curso de Direito da Unoesc - Joaçaba / organizadores Cristhian Magnus de*

Marco, Rafaella Zanatta Caon Kravetz. – Joaçaba, SC: Editora Unoesc, 2014.

KHOURI, Paulo R. O direito ao esquecimento na sociedade de informação e o Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 89, p. 463 e ss., set. 2013.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: parte geral*. São Paulo. 5ª. Ed. Saraiva, 2015.

MARTINS, Guilherme Magalhães. *Direito Privado e Internet*. São Paulo: Atlas, 2014.

MITIDIERO, D.; MARINONI, G.; SARLET, I. W. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. T. VII.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SILVA, Tatiana Manna Bellasalma e; SILVA, Ricardo da Silveira e Silva. Direito ao esquecimento na era virtual: a difícil tarefa de preservação do passado. In: CORAZZA, Thais Aline Mazetto; CARVALHO, Gisele Mendes de (orgs.). *Um olhar contemporâneo sobre os direitos da personalidade*. Birigui: Boreal, 2015.

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

SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

JURISPRUDÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *REsp n. 1.334.097/RJ*, Relator Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 28/05/2013. <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1239004&num_registro=201201449107&data=20130910&formato=PDF>. Acesso em: 31 mar. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *REsp 1335.153*, Min Rel. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 28/05/13. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1237428&num_registro=201100574280&data=20130910&formato=PDF>. Acesso em: 31 mar. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ac. 4^aT., *REsp* 267.529/RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j.3.10.00, DJU 18.12.00. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=267.529&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR>. Acesso em: 31 mar. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *ARE* 833.248 *RG/RJ*, Min. Relator Dias Toffoli, Plenário, julgado em 12/12/14. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28833248%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/lbxbusa>>. Acesso em: 31 mar. 2017.

Recebido em 07/08/2018

Aprovado em 09/11/2018