



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO**

BRUNO DE LIMA ACIOLI

**O DIREITO AO ESQUECIMENTO E O LIVRE FLUXO DE INFORMAÇÕES NA
INTERNET: RECONHECIMENTO, APLICAÇÃO E EFETIVIDADE DESTES DIREITOS
NO BRASIL**

Maceió
2018

BRUNO DE LIMA ACIOLI

**O DIREITO AO ESQUECIMENTO E O LIVRE FLUXO DE INFORMAÇÕES NA
INTERNET: RECONHECIMENTO, APLICAÇÃO E EFETIVIDADE DESTE DIREITO
NO BRASIL**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Alagoas como requisito para a colação de grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt Júnior.

Maceió
2018

Catálogo na fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico

Bibliotecária Responsável: Helena Cristina Pimentel do Vale

A181d Acioli, Bruno de Lima.
 O direito ao esquecimento e o livre fluxo de informações na internet :
 reconhecimento, aplicação e efetividade deste direito no Brasil / Bruno de
 Lima Acioli. – 2018.
 156 f.

Orientador: Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt Júnior.
Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade Federal de Alagoas.
Faculdade de Direito de Alagoas. Maceió, 2018.

Bibliografia. f. 148-156.

1. Direito ao esquecimento. 2. Direito a privacidade. 3. Direito a informação.
4. Responsabilidade civil. 5. Internet – Aspectos jurídicos.. I. Título.

CDU: 347.155



UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS - FDA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD
MESTRADO EM DIREITO



BRUNO DE LIMA ACIOLI

**“O DIREITO AO ESQUECIMENTO E O LIVRE FLUXO DE INFORMAÇÕES NA INTERNET:
reconhecimento, aplicação e efetivação deste direito no Brasil.”**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Alagoas – UFAL, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. MARCOS EHRHARDT JÚNIOR

A Banca Examinadora, composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa, em nível de Mestrado, e o julgou nos seguintes termos:

Prof. Dr. Querino Mallmann (UFAL)

Julgamento: APROVADO

Assinatura:

Prof. Dr. José Barros Correia Júnior (UFAL)

Julgamento: APROVADO

Assinatura:

Prof. Dr. Fernando Sérgio Tenório de Amorim (membro externo/Centro Universitário Cesmac)

Julgamento: APROVADO

Assinatura:

Maceió, 08 de março de 2018.

AGRADECIMENTOS

Mesmo em uma obra sobre esquecimento, é necessário prestar um tributo à boa memória daqueles que contribuíram para a sua realização.

Agradeço aos meus pais, Rosalvo e Sorane, por todo o apoio e encorajamento antes, durante e depois de toda a trajetória do mestrado e desta pesquisa. Sem eles, esse trabalho jamais teria sido possível.

Agradeço ao Professor Marcos Ehrhardt Júnior pela orientação presente e atenciosa, e pela inspiração em tornar essa pesquisa um importante contributo para o desenvolvimento da doutrina sobre o direito ao esquecimento no Brasil.

Agradeço aos meus amigos e companheiros de mestrado, com quem compartilhei momentos de alegria e de angústia nestes últimos dois anos, os quais certamente permanecerão preciosos em minha memória.

RESUMO

O direito ao esquecimento tem sido apresentado no Brasil com certo status de direito novo, apesar de a doutrina jurídica brasileira já trabalhar com seu conceito há algum tempo. A doutrina europeia mais recente, por sua vez, trata o direito ao esquecimento como um reflexo contemporâneo do direito à privacidade enquanto direito à autodeterminação informativa. Embora os juristas brasileiros tenham recepcionado teorias europeias sobre direito ao esquecimento nos últimos anos, há ainda na doutrina nacional uma indefinição terminológica sobre este direito. Dito isto, o presente trabalho trata o direito ao esquecimento enquanto um termo guarda-chuva, a partir do qual derivam direitos de conteúdo diversos, especialmente o direito à reabilitação, o direito ao apagamento e o direito à desindexação, tendo este último surgido no debate atual sobre privacidade na internet a partir do notável caso Google Spain na Europa. Ainda, debruça-se neste trabalho sobre o conflito entre os direitos fundamentais ao esquecimento e à informação, sobretudo quando os tribunais superiores do Brasil vieram recentemente a reconhecer a posição preferencial deste último (direito à informação) quando confrontado com os direitos da personalidade. A partir deste novo paradigma, propõe-se, então, a atualização dos parâmetros jurisprudenciais para a aplicação do direito ao esquecimento, sem se descuidar jamais, noutro ponto, dos aspectos práticos das decisões judiciais e do problema recorrente da falta de efetividade deste direito, em especial no dinâmico âmbito da internet.

Palavras-chave: Direito ao Esquecimento. Privacidade. Direito à Informação. Responsabilidade Civil. Internet.

ABSTRACT

The right to be forgotten has been presented in Brazil with a certain status of new right, although the Brazilian legal doctrine has already worked with its concept for a while. The most recent European doctrine, on the other hand, treats the right to be forgotten as a contemporary reflection of the right to privacy as a right to informational self-determination. Although Brazilian jurists have received European theories about the right to be forgotten in recent years, there is still in the National doctrine a terminological confusion about this right. That said, this work deals with the right to be forgotten as an umbrella term, from which it branches other rights, especially the right to rehabilitation, the right to erasure and the right to de-indexing, the latter arose in the debate about privacy on the internet from the remarkable Google Spain case in Europe. Futhermore, this work focuses on the conflict between the fundamental right to be forgotten and the right to information, especially when the higher courts in Brazil have recently recognized the latter's preferential position (right to information) when confronted with personality rights. From this new paradigm, it is proposed to update the jurisprudential parameters for the enforcement of the right to be forgotten, without neglecting at all the practical aspects of these judicial decisions and the recurrent problem on the lack of effectiveness of this right, especially in the dynamic sphere of the Internet.

Keywords: *Right to be Forgotten. Privacy. Right to Information. Civil Liability. Internet.*

SUMÁRIO

Introdução	10
Capítulo 1. Direito à Privacidade: do Direito de ser Deixado em Paz ao Direito ao Esquecimento	
1.1. A privacidade como liberdade dos modernos	14
1.2. As origens do Direito à Privacidade	17
1.3. Os Direitos da Personalidade e a Constitucionalização do Direito Civil	24
1.4. A nova concepção do direito à privacidade: do Direito de Ser Deixado em Paz ao Direito à Autodeterminação Informativa	30
1.4.1. Controle espacial da privacidade	32
1.4.2. Controle contextual da privacidade	33
1.4.3. Controle temporal e decisional da privacidade: o Direito ao Esquecimento	34
Capítulo 2. O Direito ao Esquecimento e o Livre Fluxo de Informações na Internet	
2.1. As origens do Direito ao Esquecimento no mundo ocidental: <i>droit à l'oubli, right to be forgotten</i>	40
2.1.1. A memória humana e a necessidade do esquecimento	42
2.1.2. Comunicação aberta e o livre fluxo de informações: a internet que “nunca esquece”	45
2.2. Reconhecimento e natureza do direito ao esquecimento na dogmática jurídica brasileira	50
2.3. Um exercício de taxonomia: as várias formas jurídicas de Direito ao Esquecimento	54
2.3.1. Direito à Reabilitação	55
2.3.2. Direito ao Apagamento	57
2.3.3. Direito à Desindexação	61
A) O Paradigmático caso <i>Google Spain</i> na União Europeia	62
B) Repercussões e críticas à decisão da Corte Europeia	65
2.3.4. Propostas para o futuro: o direito à obscuridade e o “direito ao esquecimento digital”	67
Capítulo 3. O Direito ao Esquecimento e seus limites na defesa constitucional do Direito à Liberdade de Expressão e de Informação	
3.1. O direito à liberdade de expressão e de informação, em seu sentido amplo e em sentidos restritos: o direito de informar, de se informar e de ser informado	71
3.2. Argumentos contrários ao direito ao esquecimento	76
3.2.1. A liberdade de imprensa e a sua importância para a democracia: liberdade de expressão e de informação e a censura	77
3.2.2. Direito ao esquecimento e memória, individual e coletiva	81
3.2.3. A recente decisão do Supremo Tribunal Federal a respeito das Biografias não autorizadas e a posição preferencial dos direitos de liberdade de expressão	85
3.3. A responsabilidade civil dos provedores no Marco Civil da Internet	88
3.3.1. Responsabilidade civil dos provedores de aplicações por conteúdo gerado por terceiros	89

3.3.2. Responsabilidade civil dos provedores de aplicações nos casos de <i>revenge porn</i>	95
3.3.3. O Marco Civil da Internet e a relação entre direito à desindexação e direito ao apagamento	97

Capítulo 4. Direito ao Esquecimento e Internet no Brasil: Reconhecimento, Aplicação e Efetividade

4.1. Os casos da Chacina da Candelária e Aída Curi	100
4.2. Requisitos legais para o exercício do direito ao esquecimento, <i>offline</i> e <i>online</i>	103
4.3. Parâmetros para a ponderação entre direito ao esquecimento e direito à informação	109
4.3.1. Pessoa pública	114
4.3.2. Lugar público e lugar privado	125
4.3.3. Ato criminoso e evento de relevância histórica	127
4.3.4. Tempo, contexto da informação e noticiabilidade	129
4.4. Projetos de lei para um direito ao esquecimento enquanto direito à desindexação no Marco Civil da Internet	132
4.5. Críticas à efetividade do direito ao esquecimento na internet	134
4.5.1. O efeito <i>Barbra Streisand</i>	137
4.5.2. As soluções possíveis, entre propostas ortodoxas e heterodoxas	139
Conclusão	144
Referências	148

INTRODUÇÃO

Há de se admitir que o direito ao esquecimento é um tema espinhoso. No contexto latinoamericano, que sofreu com uma série de ditaduras ao longo do século XX, e onde ainda se busca, em vários países – como no Brasil – aplicar-se uma justiça de transição, falar em uma forma jurídica de “esquecimento”, decerto, desperta uma série de reações negativas. E bem verdade, mesmo fora da América Latina, reações de desconfiança são comuns.

Embora muitos tratem o direito ao esquecimento no debate público recente como um direito novo, esse tem uma tradição jurídica bastante antiga. A polêmica contemporânea em volta do direito ao esquecimento tem origem, pois, na jurisprudência e nas tratativas diplomáticas dos órgãos e entidades ligados à União Europeia. A Europa tem apresentado avanços muito significativos nas últimas três décadas acerca da proteção de dados pessoais de seus cidadãos desde o início do processo de integração econômica do gigantesco bloco de países europeus, e o reconhecimento de um direito ao esquecimento sobre informações armazenadas ou divulgadas na internet é apenas um reflexo deste processo.

Por outro lado, mesmo que o direito ao esquecimento pareça para juristas e autoridades europeias ser uma conclusão lógica do avanço da proteção jurídica de dados, a sua compreensão não é unânime e, ainda, necessita de maior desenvolvimento e convergência doutrinária na própria Europa e, em especial, no resto do mundo.

Peter Fleischer¹, advogado e conselheiro do Google na Europa, em uma opinião que se tornou bastante repercutida, argumentou que o direito ao esquecimento vem sendo usado como uma espécie de *slogan* político. O advogado chegou a comparar o direito ao esquecimento, com certo exagero, a um teste de *Rorschach*², no qual cada um enxerga o que sua mente deseja ver.

Mas do que se trata o direito ao esquecimento? Para o europeu contemporâneo, trata-se do direito de alguém requerer a um provedor de pesquisas da internet a remoção de determinado dado sobre si que esteja desatualizado ou que seja irrelevante. Historicamente, na Idade Moderna, o direito ao esquecimento, no termo pelo qual se convencionou nomeá-lo, representa um direito subjetivo de que a pessoa, transcorrido um determinado tempo, teria de impedir a lembrança pela imprensa de fatos embaraçosos sobre sua vida ou, ao menos,

1 FLEISCHER, Peter. *The Right to be Forgotten or How to Edit your History*, 29 jan. 2012. Disponível em: <<http://peterfleischer.blogspot.com.br/2012/01/right-to-be-forgotten-or-how-to-edit.html>>. Acesso em: 07 mar. 2017.

2 Teste usado na psicanálise envolvendo a interpretação do paciente sobre uma série de manchas de tinta.

responsabilizar o órgão de imprensa civilmente pelo dano à personalidade provocado pela lembrança.

Em verdade, mais do que isso, há pelo menos cinco sentidos diferentes a que se pode atribuir ao chamado direito ao esquecimento: um direito de reabilitação social, um direito de apagamento de informações antigas, um direito de desindexação de *links* na internet, um direito de obscuridade ou, ainda, uma ferramenta de autocontrole sobre os próprios dados.

Todos estes variados significados, não obstante, convergem para um mesmo propósito: a proteção da personalidade do homem, a partir da separação que é tão cara aos modernos, a delimitação entre aquilo que é do âmbito do privado e aquilo que é assunto público, ou seja, o direito moderno por excelência: a privacidade.

Dito isto, este trabalho desenvolve os contornos iniciais do direito ao esquecimento a partir da evolução histórica e conceitual da proteção jurídica da privacidade: do *direito de ser deixado em paz*, reconhecido na doutrina e jurisprudência americana nos fins de século XIX, até o *direito à autodeterminação informativa*, reconhecido pela doutrina e jurisprudência europeia no início do século XXI, estando ligado, principalmente, à integração da pessoa humana na rede mundial de computadores da internet.

A questão da privacidade na internet é um dos temas mais sensíveis para os juristas na atualidade, especialmente em razão da vasta capacidade que as ferramentas de internet têm de armazenar, replicar e divulgar informações. O problema da memória digital permanente, desta internet que “nunca esquece”, é o panorama para o direito ao esquecimento europeu: o direito à desindexação de resultados de pesquisa nos sites de busca reconhecido pelo Tribunal de Justiça Europeu no caso *Google Spain*.

É a partir da possibilidade de direito ao esquecimento na internet, e como este direito pode ser replicado e aplicado no Brasil, sobretudo após a edição do Marco Civil da Internet, que o cerne deste trabalho se desenvolve.

Se o livre fluxo de informações na internet ameaça a privacidade de seus usuários, ele representa também o maior avanço das liberdades comunicativas na história da humanidade. E é aqui onde se estabelece o maior conflito a ser superado para a aplicação do direito ao esquecimento: seu choque direto com a vasta liberdade que as pessoas têm de buscar e difundir informação na rede.

Portanto, alguém que venha a pesquisar mais a fundo o que a doutrina nacional e estrangeira têm escrito sobre o direito ao esquecimento nestes últimos cinco anos, perceberá que persiste, ainda, relativa indefinição sobre o alcance deste direito. No Brasil, em especial, muito se fala sobre o reconhecimento da compatibilidade do direito ao esquecimento com o

ordenamento jurídico brasileiro, mas, ainda, pouca doutrina foi produzida sobre – as balizas de – sua aplicação.

O Brasil, que recentemente veio a reconhecer, através da doutrina constitucionalista e de julgados no Superior Tribunal Federal, a *posição preferencial* do direito à liberdade de expressão e de informação no ordenamento jurídico brasileiro, precisa ainda avançar bastante no debate sobre o direito ao esquecimento, especialmente em virtude do ainda recente reconhecimento da repercussão geral sobre o tema pelo mesmo STF. Alie-se a isto o fato de que, enquanto Europa e América do Norte hoje discutem sobre a aplicação do direito ao esquecimento na internet, especialmente sob a forma de direito à desindexação, a jurisprudência e a larga maioria da doutrina nacional ainda discute a aplicabilidade ou a aplicação do direito ao esquecimento nas mídias tradicionais, enquanto um direito de reabilitação de pessoas que cometeram crimes ou demais atos ilícitos no passado não terem seu passado lembrado nas crônicas e programas jornalísticos, muitas vezes sensacionalistas.

Além disso, outra dificuldade a ser superada no debate jurídico sobre direito ao esquecimento no Brasil é que o país sofre de reflexos causados pelo descompasso entre a doutrina produzida na Europa, que se concentra muito em função da decisão do Tribunal de Justiça Europeu no caso *Google Spain*, e a doutrina produzida no continente americano, em especial nos Estados Unidos, de defesa preferencial das liberdades de expressão e informação.

Neste choque transatlântico entre tradições jurídicas, o Brasil, que tem o posicionamento histórico de adotar modelos e teorias típicas do *civil law* europeu-continental no que diz respeito aos direitos da personalidade, mostrou-se que vem se aproximando significativamente da tradição americana de defesa das liberdades comunicativas, mesmo quando isso significa sacrifício acentuado do direito à privacidade.

O debate jurídico brasileiro sobre direito ao esquecimento, o qual ainda carece de maior maturidade, basicamente se divide em três grandes correntes: constitucionalistas que negam a existência do direito ao esquecimento, penalistas que afirmam a preponderância do direito ao esquecimento e civilistas que argumentam a necessidade de compatibilização entre direito ao esquecimento e direito à informação através da ponderação.

Este trabalho segue a última linha, o posicionamento dos civilistas de que é necessário haver um sopesamento entre os direitos envolvidos, embora se assuma, ao longo de todo este trabalho, um certo viés liberal, reconhecendo-se a posição preferencial dos direitos à liberdade de expressão e de informação na colisão com outros direitos fundamentais, assim como mantendo-se uma postura crítica em relação à legitimidade do controle de informações exercido através das decisões proferidas pelos órgãos jurisdicionais.

Por último, mas não menos importante, este trabalho se dedica a analisar uma questão que tem sido consideravelmente ignorada na doutrina jurídica brasileira, talvez até pelo estágio de desenvolvimento em que essa doutrina se encontra: o problema da efetividade do direito ao esquecimento. Há de se admitir que nem sempre os institutos jurídicos conseguem alcançar o impacto social previsto, razão pela qual é importante, também, que este trabalho traga outras propostas, inclusive pouco ortodoxas, para a solução do problema da privacidade e do esquecimento na rede.

Enfim, o debate em torno do direito ao esquecimento, pois, surgido a partir de uma evolução doutrinária e jurisprudencial do direito à privacidade, do seu contexto de “direito de ser deixado em paz” até a contemporânea concepção de “direito à autodeterminação informativa”, é extremamente importante para o próprio desenvolvimento da doutrina jurídica e da jurisprudência em relação às delimitações das esferas do público e do privado, vindo a possivelmente formalizar uma nova etapa de compreensão da dogmática jurídica no eterno conflito moderno de direitos fundamentais que se perfaz entre os direitos da personalidade e os direitos às liberdades comunicativas.

Capítulo 1. Direito à Privacidade: do Direito de ser Deixado em Paz ao Direito ao Esquecimento

Em seu famoso discurso no Ateneu Real de Paris, no início do século XIX, Benjamin Constant professou sobre as distinções entre a liberdade dos antigos e a liberdade dos modernos. Para os antigos, a liberdade consistia na possibilidade de participar dos assuntos e debates de interesse público e ter o poder de voto para influenciar as decisões políticas fundamentais de sua comunidade. Tratava-se, especialmente, de uma liberdade republicana, que se expressava na relação da pessoa com o bem comum.

Para os modernos, todavia, a liberdade consiste no gozo dos direitos individuais, “[...] no exercício pacífico da independência privada”³. A liberdade individual, segundo Constant, é a primeira das necessidades modernas, de forma que as liberdades políticas existem em função de garantir, a cada indivíduo, as melhores condições para que este exerça sua autonomia individual.

O pensamento de Constant e de outros juristas iluministas da aurora da modernidade contemplou, pela primeira vez desde a democracia de Atenas, mas com ainda mais pujança nas democracias modernas, a separação entre assuntos públicos e assuntos privados, de forma a garantir a primazia do indivíduo sobre aquilo que só a ele pertence, a sua individualidade.

Inevitavelmente ligada à construção desta individualidade, pela qual a pessoa se torna única e verdadeira, se encontra aquele direito que, em sua perspectiva mais expansiva, reflete o produto mais bem-sucedido do projeto civilizatório da modernidade: o direito à privacidade.

1.1. A privacidade como liberdade dos modernos

A privacidade, ao menos em sua concepção mais atual, é uma conquista social dos modernos. Na Antiguidade, onde se prezava a participação na vida pública acima de qualquer valor individual, “privado” guardava o mesmo sentido de “sofrer privação”, de ser “destituído”. Significava, portanto, não estar envolvido nos assuntos de interesse geral da comunidade⁴. Não participar da vida pública, para os antigos, não era uma questão de pura escolha individual, como quem, hoje, opta por não exercer seu direito de voto, mas, pelo

3 CONSTANT, Benjamin. Da Liberdade dos Antigos comparada a dos Modernos. *Revista Filosofia Política*, São Paulo, n. 2, 1985, p. 3.

4 POSNER, Richard. *A Economia da Justiça*. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 317.

contrário, era um sinal de que aquela pessoa desfrutava de um menor valor-dignidade perante a sociedade.

O próprio conceito de *pessoa*, ademais, guarda um significado para os modernos diferente daquele atribuído pelo Mundo Antigo. A palavra *pessoa* vem do latim *persona*, que por sua vez deriva do grego *prosopon*. *Persona* ou *prosopon* era o nome dado às máscaras usadas pelos atores nas peças de teatro do mundo antigo. No contexto das relações sociais, *persona* indicava o status e a função social que cada homem exercia na comunidade⁵, estando, este conceito, dissociado da ideia de pessoa enquanto indivíduo, posto que as sociedades antigas eram essencialmente coletivistas.

A concepção contemporânea de pessoa enquanto indivíduo foi construída em séculos de filosofia, com notável contribuição da teologia cristã, que buscou justificar a dignidade do homem-indivíduo enquanto semelhança deste com seu Criador e, mais essencialmente, dos movimentos antropocêntricos e humanistas do Renascimento e do Iluminismo, que adaptaram as crenças jusnaturalistas cristãs a um jusnaturalismo moderno, que gradualmente se distanciou de sua base religiosa em direção a uma concepção moral metafísica, porém, secular.

No período moderno, o conceito de pessoa e de individualidade foi fundamentalmente cristalizado no pensamento ocidental através do jusnaturalismo liberal dos primeiros pensadores do Estado moderno, com destaque para Immanuel Kant.

O respeito à dignidade humana, de acordo com Kant, deve se pautar segundo o mandamento de que um indivíduo deve agir sempre “[...] de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim, e nunca simplesmente como meio”⁶. Logo, Kant declara o impedimento de coisificação do ser humano, de forma que nenhuma pessoa pode ser usada como um meio para alcançar um determinado objetivo, seja de outro indivíduo, seja da coletividade. A liberdade do homem é limitada pela ética, pois ele não pode utilizar o outro e nem ele próprio como um simples instrumento para alcançar seus fins.

Kant permanece amplamente influente no Direito ocidental pela sua concepção deontológica de dignidade da pessoa humana. Como afirma Sarlet⁷, é “[...] justamente no pensamento de Kant que a doutrina jurídica mais expressiva [...] ainda hoje parece estar

5 COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 27.

6 KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 69.

7 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 29.

identificando as bases de uma fundamentação e, de certa forma, de uma conceituação da dignidade da pessoa humana”.

As primeiras constituições modernas, influenciadas pelo pensamento liberal e iluminista, tiveram como seu grande legado a demarcação que separa a esfera pública da esfera privada. Depois de vários séculos em que o valor de um homem era medido pela sua participação, ou não, na vida pública, esta ideia de valor – ou, melhor dizendo, dignidade – foi migrando de uma atribuição pública e de um conceito de *algo que se é* dentro de um contexto social, para passar a ser *algo que se tem* em si mesmo, e que floresce através do exercício da autonomia individual⁸.

Associada a esta ideia de autonomia individual e de liberdade, Richard Posner⁹ argumenta que a conquista da privacidade é um valor moderno, um termo, no sentido pelo qual se é utilizado hoje, construído no mundo Ocidental, muito em parte pela forma de desenvolvimento econômico que os povos ocidentais experimentaram desde o século XVII, que concedeu aos indivíduos maior segurança física e autonomia individual. Segundo o jurista americano, a privacidade – falamos de sua conotação moderna – só se tornou possível a partir do momento em que, por motivos de maior estabilidade política e econômica, desfrutar de um espaço privado para si mesmo deixou de ser economicamente dispendioso e psicologicamente perigoso.

Na Antiguidade, e mesmo na Idade Média, frente aos constantes perigos de guerra e de invasão de outras nações ou tribos, era comum que as pessoas vivessem em agrupamentos mais coesos, de forma que mesmo os nobres e os senhores feudais dormiam cercados de soldados e lacaios, todos no mesmo quarto. A privacidade era, portanto, excessivamente onerosa e, ainda, não muito bem vista socialmente.

O primeiro conceito moderno de privacidade, datado da Europa do século XVII, dizia respeito ao ato do indivíduo se alhear de suas obrigações da vida pública ao viajar para uma casa de campo ou, mais simplesmente, adentrar um jardim privado de sua residência. Ou seja, privacidade consistia em um ato espontâneo de reclusão ou retiro¹⁰.

Esta ideia de privacidade como uma conquista civilizatória ocidental, como destacada por Posner, é endossada pelo jurista japonês Hiroshi Miyashita¹¹, quem explica que os países

8 Entenda-se por “autonomia individual” o conceito clássico *kantiano* do exercício autônomo de determinação da própria vontade do homem livre, sem prejuízo dos vários conceitos jurídicos desenvolvidos a posterior, como “autonomia da vontade”, “autonomia da vontade privada”, “autorregramento da vontade” etc.

9 POSNER, Richard. *Op. cit.*, p. 318.

10 POSNER, Richard. *Op. cit.*, p. 318.

11 MIYASHITA, Hiroshi. The Envolving Concept of Data Privacy in Japanese Law. *International Data Privacy Law*. Oxford, v. 1, n. 4, 2011, p. 230.

da Ásia – ao menos a maioria deles – sempre resguardaram uma mentalidade bastante comunitária e fechada em seus próprios valores coletivos de grupo, de forma que a privacidade, embora inicialmente vista como puramente egoísta pela cultura japonesa tradicional, foi sendo aceita a partir do momento em que os japoneses, desde a abertura econômica, política e cultural de fins de século XIX, passaram a internalizar valores ocidentais.

Embora as constituições do Ocidente de fins de século XVIII já reconhecessem a importância das liberdades individuais e da conquista do espaço privado, somente de meados para o fim do século XIX que surgiram as primeiras obras jurídicas sobre o direito à privacidade publicadas nos Estados Unidos. Ante, pois, a ausência de uma concepção jurídica de privacidade, por algum tempo, a defesa, nos EUA, do que hoje se entende por direito à privacidade se confundia com a defesa da propriedade privada ou da honra¹².

Extremamente importante para estabelecer um conceito jurídico de privacidade foi, pois, o clássico artigo “*The Right to Privacy*” dos juristas Warren e Brandeis¹³, originalmente publicado em 1890, o qual sedimentou a discussão sobre o direito à privacidade nos EUA – e com repercussão considerável no resto do mundo – sob a égide da *common law*, sendo posteriormente refinada por juristas como William Prosser e Edward Bloustein.

Nos países de *civil law*, por sua vez, o debate sobre a defesa da privacidade conformou-se em torno de uma categoria jurídica muito mais ampla, reconhecida pelo nome de “direitos da personalidade”, tendo como trabalhos seminais nesta disciplina as obras de juristas europeus como o italiano Adriano de Cupis, o francês Raymond Lindon e o alemão Otto von Gierke.

1.2. As origens do Direito à Privacidade

Há quem diga, por razões históricas ou culturais, que Europa e Estados Unidos guardam ideias diferentes sobre o âmbito e grau de respeito do espaço pessoal de cada indivíduo. Um exemplo prático desta constatação seria não só o fato dos europeus serem mais “fechados” no contato com pessoas estranhas, mas também na forma como americanos e europeus diferem em suas habitações: nos EUA prevalecem as casas de jardins vastos e pequenas cercas, sem

12 ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. O Surgimento e o Desenvolvimento do Right of Privacy nos Estados Unidos. *Revista Brasileira de Direito Civil*. Rio de Janeiro, v. 3, jan./mar. 2015, p. 15.

13 WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. The Right to Privacy. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 2, n. 3, jul.-set./2013.

muros; na Europa, as casas são mais fechadas, com jardins menores ou ausentes, e com grandes muros separando uma morada da outra¹⁴.

No campo linguístico, as diferenças culturais se refletiram, principalmente, em torno do uso da palavra “privacidade”, que apesar de ter origem no idioma *latim*, acabou se tornando um termo amplamente associado à cultura americana e à língua inglesa – *privacy* –, em razão do notável uso desta palavra por escritores, filósofos e juristas americanos e britânicos desde o início da era moderna¹⁵. Por outro lado, o uso do termo privacidade apenas se popularizou no campo do jurídico dos países da Europa continental mais recentemente, com a globalização ocorrida a partir das últimas décadas do século XX. Esta questão será retomada ao fim deste capítulo.

Sobre o direito à privacidade, Paulo Lôbo¹⁶ observa que sua conceituação nos países anglófonos se tornou demasiadamente ampla, pouco precisa. O conceito americano de privacidade “[...] cresceu dentro de uma nebulosa noção de propriedade, de liberdade (com a qual é frequentemente igualado) ou de autonomia (com a qual é frequentemente confundido)”.

Richard Posner compartilha, em certo ponto, da observação crítica de Lôbo à amplitude de significados que o *right to privacy* americano ganhou ao longo dos séculos. No entanto, a perspectiva de Posner é muito mais conservadora: o jurista americano reclama que o direito à privacidade deixou de se fundamentar apenas na defesa daqueles que buscam não serem importunados em seu espaço privado para servir de expediente legal para fins de controle da reputação pessoal¹⁷ frente à sociedade.

De qualquer modo, a questão da privacidade para os americanos veio a se tornar um assunto de considerável interesse jurídico apenas no final do século XIX, a partir do momento em que pessoas passaram a se incomodar com a coleta ou a divulgação de informações acerca de fatos pessoais indesejáveis sobre elas, um fenômeno tipicamente atrelado à expansão urbana das sociedades industriais e ao crescimento da imprensa, sobretudo dos tabloides de fofoca¹⁸.

Este é, ademais, um dos principais temas tratados por Warren e Brandeis¹⁹ em seu seminal artigo, no qual os autores alertam para o emergente mercado editorial das grandes

14 Neste entendimento: ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A Proteção Constitucional da Própria Imagem: Pessoa Física, Pessoa Jurídica e Produto*. São Paulo: Verbatim, 2013, p. 33.

15 DONEDA, Danilo. *Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 107.

16 LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Parte Geral*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 138.

17 POSNER, Richard. *Op. cit.*, p. 322.

18 POSNER, Richard. *Op. cit.*, p. 296.

19 WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. *Op. cit.*, p. 2-4.

idades que desnudava informações pessoais de pessoas públicas para vendê-las às pessoas comuns nas colunas sociais dos jornais e nos tabloides.

Posner²⁰ acredita que esta perda da privacidade informacional nas sociedades industriais acontece em decorrência do alto desenvolvimento econômico que tornou as cidades grandiosamente abertas, causando maior distanciamento entre as pessoas e seus “vizinhos”, de forma que o ato de conseguir informações sobre a vida das outras pessoas se transferiu, em grande parte, da conversa na vizinhança para a imprensa escrita e falada.

Segundo ele, o hábito de bisbilhotar e de fofocar é natural do ser humano, que procura conseguir informações sobre terceiros com quem ele deseja se relacionar. Mesmo o interesse de acessar dados de pessoas públicas revela uma necessidade de se obter informações sobre valores e estilo de vida e consumo cultivados pelos famosos, os quais, historicamente, servem de modelo de escolha pessoal para as pessoas comuns.

O artigo de Warren e Brandeis, que basicamente tratava desta invasão de privacidade sentida pelos cidadãos americanos aos fins de século XIX com a invenção da fotografia e o crescimento do jornalismo sensacionalista, acabou por tornar a expressão *right to be let alone* mundialmente conhecida entre os juristas que lidam com a questão do direito à privacidade.

No entanto, ao contrário do que se restou difundido em várias obras posteriores, Warren e Brandeis jamais definiram o direito à privacidade como – tão somente – um *right to be let alone*. Aliás, sequer os referidos autores delimitaram um conceito para a privacidade. Tampouco, explica Doneda²¹, estes criaram o termo: a expressão *right to be let alone* foi retirada por Warren e Brandeis da obra do magistrado americano Thomas Cooley.

Dito isto, outra confusão a ser esclarecida diz respeito à tradução do termo *right to be let alone* para o idioma português. Juristas brasileiros e portugueses costumam traduzi-lo, quase literalmente, como “direito de ser deixado só” ou o “direito de estar só”²². A tradução mais adequada, contudo, deve ser o “direito de ser deixado em paz”²³, especialmente por questões semânticas.

20 POSNER, Richard. *Op. cit.*, p. 274-275; 282-283.

21 DONEDA, Danilo. *Op. cit.*, p. 105.

22 É esta a tradução utilizada no hoje clássico e influente trabalho: COSTA JR., Paulo José da. *O Direito de Estar Só: Tutela Penal da Intimidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

23 *Alone*, adjetivo do inglês, normalmente tem o significado de “sozinho”, “isolado” ou, até mesmo, “abandonado”. Porém, quando utilizado acompanhado de verbo *let* ou *leave* – ambos traduzidos ao português como “deixar” –, torna-se uma expressão de novo significado: “*let alone*” ou “*leave alone*” traduz-se para “deixar em paz”. Portanto, a tradução mais adequada para a expressão *right to be let alone* é “direito de ser deixado em paz”.

É que, quando parte dos juristas de língua portuguesa se referem ao “direito de estar só”²⁴, comumente o fazem de tal modo que reduzem esta perspectiva ao nível de um suposto individualismo atomista, atribuindo uma conotação puramente egocêntrica ao âmbito de proteção pretendido por este direito. É sempre bom lembrar que a privacidade, mesmo em seu sentido mais histórico ou, inclusive, mais recente, sempre se identificou, em sua essência, pelo individualismo. A escolha individualista, por si só, não deve ser considerada como inferior ou egoísta, como se, de repente, agir pensando no próprio bem-estar tivesse por condão desligar uma pessoa do resto da humanidade.

Muito provavelmente, este tipo de interpretação se formalizou em uma leitura equivocada de obras clássicas como a do jurista Paulo José da Costa Júnior²⁵, a partir de trechos em que alerta sobre “[...] a necessidade de encontrar na solidão aquela paz e aquele equilíbrio, continuamente comprometidos pelo ritmo da vida moderna”, razão pela qual ele defende o direito da pessoa, ao se *isolar*, subtrair-se “[...] ao alarde e à publicidade, fechada na sua intimidade, resguardada da curiosidade dos olhares e ouvidos ávidos”.

Algumas pessoas, pois, por razões de personalidade, estado de espírito ou afazeres mais peculiares, precisam se alhear, eventualmente, do contato com a sociedade para se encontrarem “em paz” – não necessariamente a sós, pois podem estar acompanhadas de mais algumas pessoas de seu círculo íntimo –, fato que não caracteriza que o direito de privacidade destas pessoas seja valorativamente inferior ao tipo de privacidade que se almejada quando, por exemplo, se objetiva a defesa da imagem de uma pessoa injustamente acusada de algum fato desabonador por órgãos da imprensa.

Exatamente neste sentido, Costa Júnior²⁶ fala do “direito de estar só” como a expressão de uma “solidão autêntica”, a qual não nasce da aversão ou repulsa à convivência humana, mas como o “[...] único momento que nos oferece a possibilidade de uma visualização crítica das relações sociais”.

Um significado de privacidade, pois, não exclui o outro. Embora, decerto, deve-se reconhecer que algumas noções de privacidade sejam notavelmente mais complexas e refinadas sob o aspecto jurídico, visto que costumam lidar com mais de um interesse jurídico fundamental em conflito.

24 Por exemplo, Ascensão, ao afirmar: “O individualismo deixou também uma marca muito forte nos direitos de personalidade que se apresentam. Culmina na *privacy* norte-americana, que se traduz como o “direito de estar só”. Entendido nestes termos é um direito associal, que em si nada tem que ver com o desenvolvimento da pessoa humana. [...] a solidariedade está de todo ausente. O indivíduo vira-se contra a sociedade”. ASCENSÃO, José de Oliveira. Pessoa, Direitos Fundamentais e Pessoa Humana. *Revista Mestrado em Direito da Unifiteo*. Osasco, v. 6, n. 1, jan./jun., 2006, p. 157.

25 COSTA JR., Paulo José da. *Op. cit.*, p. 12.

26 COSTA JR., Paulo José da. *Op. cit.*, p. 29-30.

Por isto, em sentido completamente oposto à parte dos civilistas luso-brasileiros, Posner aceita de bom grado a legitimidade da privacidade como o *direito de ser deixado em paz*, no sentido de se resguardar um direito de não perturbação, mas, pelo contrário, é crítico do significado de privacidade em sua noção mais ampla de sigilo, mesmo em desacordo com outros juristas americanos, por considerar que o controle de uma pessoa sobre sua imagem externa – sua reputação – não seria, propriamente, um direito²⁷.

A posição de Posner, contudo, é minoritária, mesmo no direito americano. Décadas depois da publicação histórica de Warren e Brandeis, a jurisprudência e a doutrina americana sofreram notável evolução, consubstanciada na obra de juristas como William Prosser²⁸, que, ao analisar o desenvolvimento jurisprudencial do conceito americano de *right of privacy*, dividiu este direito em quatro modalidades de proteção a partir do ponto de vista da responsabilidade civil pelos danos causados à pessoa:

- a) *Intrusion* (intrusão), sendo este o ato de invadir o espaço privado de reclusão de alguém ou invasão nos interesses ou negócios privados;
- b) *Public disclosure of private facts* (revelação pública de fatos da vida privada), principalmente se expõem casos embaraçosos sobre alguém;
- c) *False light* (falsa exposição)²⁹, sendo este o ato de tornar público determinado fato sobre alguma pessoa fora de seu contexto verdadeiro;
- d) *Appropriation* (apropriação), significando o abuso do nome ou da imagem de alguém, especialmente de pessoas públicas.

Edward Bloustein³⁰, contudo, entende que a base teórica de Prosser é limitada, por se furtar apenas à questão do direito de danos e não sustentar a fundamentação do direito à privacidade na proteção constitucional da dignidade da pessoa humana, como um verdadeiro direito subjetivo, tal como o fazem os juristas dos países de tradição *civil law*.

Em suma, apesar da doutrina jurídica americana sobre a privacidade ter avançado relativamente bem, de forma que o *right of privacy* é considerado um componente importante da própria identidade do direito americano, a privacidade é com frequência relativizada

27 “A reputação é aquilo que os outros pensam de nós, e não temos o direito de controlar o pensamento dos outros. Da mesma forma, não temos o direito de, controlando as informações que temos de nós, manipular a opinião de outras pessoas sobre nós. E é justamente esse controle que se busca em nome da privacidade”. POSNER, Richard. *Op. cit.*, p. 299.

28 PROSSER, William. *Privacy*. *California Law Review*. Berkeley, v. 48, n. 3, 1960, p. 389.

29 Sobre a questão da *false light*, Zanini comenta que esta está muito mais ligado à ideia de informação fora de contexto – sob “falsa luz” – do que, propriamente, uma questão de difamação da reputação de uma pessoa. Para mais comentários, ver: ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Op. cit.*, p. 21.

30 BLOUSTEIN, Edward. *Privacy as an Aspect of Human Dignity: An Answer to Dean Prosser*. *New York University Law Review*. Nova York, v. 39, 1964.

quando entra em colisão com os direitos relativos à liberdade de imprensa, de expressão e demais liberdades comunicativas³¹, os quais possuem proteção especial na Primeira Emenda da Constituição Americana.

O direito à privacidade nos EUA ainda permanece, pois, a despeito da crítica de Bloustein, extremamente atrelado aos conceitos de liberdade e de autonomia, ao passo que a doutrina jurídica da Europa continental já há um bom tempo fundamenta o direito à privacidade na tutela da dignidade da pessoa humana³².

Esta diferença de base de fundamentação do direito à privacidade vai além de uma oposição de tradições entre *common law* e *civil law*, estando a privacidade europeia fundada no argumento da dignidade humana, especialmente, em razão do grande número de abusos e crimes contra a humanidade cometidos por regimes autoritários e totalitários europeus durante o século XX³³. Por isso, a proteção jurídica da privacidade encontra muito menor resistência na legislação, na doutrina e na jurisprudência europeia quando em conflito com outros interesses fundamentais como a liberdade de expressão e de imprensa.

De qualquer forma, a imprecisão conceitual que envolve a privacidade não é uma característica apenas da doutrina e jurisprudência americana, mas um fenômeno global, de forma que juristas de diversos países, explica Doneda³⁴, têm simplesmente afirmado que é impossível se conceber um conceito “definitivo” de privacidade.

Some-se a isto o fato de que, na tradição jurídica da maior parte dos países europeus, especialmente os de língua latina, os juristas se habituaram a usar expressões como “direito à intimidade” – *derecho a la intimidad*, no espanhol –, “direito ao respeito à vida privada” – *droit au respect de la vie piveé*, no francês – ou “direito à reserva” – *diritto alla riservatezza*, no italiano –, para se referir àquilo que se nomeia, neste trabalho, de direito à privacidade³⁵. Os termos múltiplos utilizados em vários idiomas e culturas para se referir a, basicamente, um mesmo direito, causou uma imprecisão terminológica significativa na doutrina jurídica de diversos países, sobretudo no Brasil.

31 WERRO, Franz. The Right to Inform v. The Right to be Forgotten: A Transatlantic Clash. In: CIACCHI, Aurelia Colombi *et al* (orgs.) *Liability in the Third Millennium: Liber Amicorum Gert Bruggemeier*. Baden-Bade: Nomos Verlagsgesellschaft, 2009, p. 292.

32 PEIXOTO, Erick Lucena. *O Conteúdo do Direito à Privacidade no Direito Brasileiro Contemporâneo*. Universidade Federal de Alagoas: Maceió, 2017, p. 98. Dissertação (Mestrado em Direito).

33 Os EUA e o Reino Unido, por outro lado, mesmo com o lamentável *apartheid* racial americano, conheceram um período democrático bem mais longo e estável em seus territórios.

34 DONEDA, Danilo. *Op. cit.*, p. 104.

35 CARO, María Alvares. *Derecho al Olvido en Internet: El Nuevo Paradigma de la Privacidad en la Internet*. Madrid: Editorial Reus, 2015, p. 27.

Esta multiplicidade de termos influenciou a profusão de um amplo conjunto de expressões na doutrina civil e constitucional brasileira, tornando o problema conceitual de privacidade ainda mais acentuado por aqui. Ao longo das décadas, juristas brasileiros têm se utilizado de termos como vida privada, intimidade, segredo, sigilo, recato, reserva, intimidade da vida privada, além de variações de tradução da palavra inglesa *privacy*, como “privatividade” e “privaticidade”³⁶.

A própria Constituição Federal Brasileira de 1988, em seu artigo 5º, inciso X, parece incorrer, a princípio, em certa confusão terminológica, ao reconhecer ambas a inviolabilidade da vida privada e da intimidade, além da inviolabilidade da honra e da imagem³⁷. A menção a ambas, vida privada e intimidade, levou os juristas a se perguntarem se o legislador constituinte entende o direito à vida privada e o direito à intimidade como direitos distintos ou se, como comenta Doneda³⁸, o legislador optou por pecar pelo excesso, utilizando-se de dois termos distintos para indicar um mesmo direito: o direito à privacidade.

Erick Peixoto³⁹ afirma que esta indicação expressa de proteção da vida privada e da intimidade no texto constitucional é um reflexo da influência que a teoria das esferas de Heinrich Hubmann – tese majoritária sobre a privacidade durante décadas na jurisprudência alemã – provocou no desenvolvimento do direito à privacidade na doutrina e no ordenamento jurídico brasileiro.

A teoria das esferas concêntricas de Hubmann distingue a proteção da privacidade do indivíduo em três diferentes camadas, assim denominadas, da mais externa a mais interna: esfera individual (*Individualsphäre*), esfera privada (*Privatsphäre*) e esfera secreta (*Geheimsphäre*)⁴⁰.

A esfera individual protege o indivíduo em sua relação com a sociedade e com o mundo, protegendo o indivíduo em suas relações cotidianas com pessoas estranhas, com simples conhecidos, com os poderes públicos e nos atos negociais da vida civil.

Já a esfera privada protege o indivíduo em suas relações de trabalho, de amizade e de família, protegendo-o naqueles relacionamentos em a pessoa normalmente se sente mais a vontade para expressar traços marcantes de sua individualidade, sem o decoro e as formalidades dos atos sociais enquadrados na esfera anterior.

36 DONEDA, Danilo. *Op.cit.*, p. 101.

37 Art. 5º [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

38 DONEDA, Danilo. *Op. cit.*, p. 110.

39 “As reverberações da teoria das esferas de Hubmann chegaram até a Constituição brasileira e influenciaram boa parte da doutrina”. PEIXOTO, Erick Lucena. *Op. cit.*, p. 24.

40 COSTA JR., Paulo. *Op. cit.*, p. 36-37.

Por sua vez, a esfera secreta, a qual se relaciona diretamente com o conceito de intimidade, é o núcleo central de proteção da privacidade do indivíduo, aquela que diz respeito ao convívio com as pessoas mais próximas a ele, com as quais compartilha seus segredos e momentos mais íntimos ou, ainda, aquela que diz respeito a determinadas informações que a própria pessoa deseja guarda apenas para ela mesma.

Hoje, a teoria das esferas tem sido preterida pela doutrina e jurisprudência alemã em favor da concepção mais contemporânea de direito à privacidade enquanto possibilidade do controle pessoal de dados, de tal modo que a teoria de Hubmann passou a ser referida, com certo tom jocoso, como a “teoria da pessoa como uma cebola passiva”⁴¹.

Ainda assim, Peixoto⁴² identifica que a sistematização do direito à privacidade em civilistas brasileiros de renome, como Paulo Lôbo e o próprio Doneda, bebe da fonte da teoria de Hubmann. Segundo Erick, o conceito de vida privada para Paulo Lôbo e para Doneda corresponderia à esfera privada (*Privatsphäre*) de Hubmann, ao passo que a intimidade corresponderia à esfera do segredo (*Geheimsphäre*).

Ademais, a amplitude e complexidade da dimensão que a privacidade ganha no Direito contemporâneo dá sentido que dela se trate, hoje, como uma verdadeira categoria de “direitos de privacidade”⁴³ – no plural –, não apenas no âmbito do Direito Americano, onde o *right of privacy* faz as vezes de um direito geral da personalidade, mas também na tradição *civil law*, mesmo que a privacidade seja considerada, em si, uma espécie dentro de uma categoria mais ampla de direitos subjetivos da pessoa, destinados a proteger todas as manifestações possíveis da individualidade da pessoa humana: os direitos da personalidade.

1.3. Os Direitos da personalidade e a constitucionalização do Direito Civil

Os direitos da personalidade são uma categoria jurídica do Direito Civil reconhecida amplamente nos países de tradição *civil law*, e que dizem respeito aos direitos essenciais da pessoa humana, acrescentando-se, também, que estes mesmos direitos são extensíveis às pessoas jurídicas – ficções do direito – quando assim for cabível.

41 BURKERT, Herbert. Privacy: Data Protection, A German/European Perspective. In: ENGEL, Christoph; KELLER, Kenneth (orgs.). *Governance of Global Networks in the Light of Differing Local Values*. Bader-Bade: Nomos, 2000, p. 54.

42 PEIXOTO, Erick Lucena. *Op. cit.*, p. 21-22.

43 PEIXOTO, Erick Lucena. *Op. cit.*, p. 31.

Marcos Ehrhardt⁴⁴ explica que a tutela jurídica da personalidade humana por meio dos direitos da personalidade tem por objetivo resguardar “[...] um espaço dedicado ao que é inerente à pessoa humana, pois ligado a ela de maneira perpétua e permanente, que permite exigir dos demais um comportamento negativo [...], visando à sua proteção”.

O reconhecimento de uma categoria jurídica dos direitos da personalidade no campo do Direito Privado, porém, foi um fenômeno relativamente tardio aos avanços humanistas do constitucionalismo moderno. Como explica Tepedino⁴⁵, “[...] não se considerava a proteção jurídica da personalidade revestida dos característicos do direito subjetivo, limitando-se à reação do ordenamento contra a lesão – o dano injusto –, através do mecanismo de responsabilidade civil”.

Houve muita resistência de juristas clássicos em reconhecer direitos subjetivos da pessoa humana, inclusive entre pensadores de renome como Carl von Savigny⁴⁶, o qual questionava o reconhecimento pelo direito positivo da existência de direitos inatos do homem sobre si mesmo, sob pena de, segundo ele, se legitimar juridicamente o suicídio.

Orlando Gomes⁴⁷ comenta que o conceito de direitos da personalidade, para alguns desses juristas, parecia misturar o sujeito e o objeto de proteção da norma jurídica em um mesmo corpo e um mesmo direito. Esta confusão tornava a ideia de que alguém poderia ter algum tipo de direito originário sobre si próprio, tal como defendiam os jusnaturalistas liberais – Locke, Kant e Rousseau –, absurda do ponto de vista do positivismo científico ou, ainda, absolutamente desnecessária de ser reconhecido pelo direito positivo, tal como argumentava Savigny⁴⁸.

Gomes⁴⁹ afirma, pois, que este desprezo inicial pelos direitos da personalidade foi produto, principalmente, da obra de juristas positivistas que se ocupavam demasiadamente como “preocupações sociológicas oriundas da filosofia de Augusto Comte”.

44 EHRHARDT JR., Marcos. *Direito Civil: LINDB e Parte Geral*, Vol. 1. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 208.

45 TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 26.

46 SAVIGNY, Carl von. *Sistema del Derecho Romano Actual*, Vol. 1. Trad. Jacinto Mesía e Manuel Poley. Madrid: Centro Editorial de Gongora, 1878, p. 260.

47 GOMES, Orlando. Direitos de Personalidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 3, n. 11, set. 1966, p. 41.

48 Neste sentido, Savigny argumenta: “[...] esta posesión de nosotros mismos no tiene en modo alguno necesidad de ser reconocida y definida por el derecho positivo, y confundir este poder natural com sus extensiones artificiales poniéndolas al mismo nível y tratándolo de igual manera, es un error que que no tiene justificación alguna. Además, aunque muchas instituciones del derecho positivo examinadas em su principio estén, en efecto, destinadas á proteger este poder natural del hombre sobre su própria persona contra las agresiones de sus semejantes [...]; aunque cada uno de estos derechos tiene por objeto final la inviolabilidad de la persona, no so les debe considerar como simples consecuencias de esta inviolabilidad, sino como instituciones enteramente positivas, cuyo especial contenido difiere de la sanción de la personalidad; represetarse las de otra manera sería obscurecer su verdadero carácter”. SAVIGNY, Carl von. *Op. cit.*, p. 260.

49 GOMES, Orlando. *Op. cit.*, p. 39.

Tal resistência de juristas tradicionais em reconhecer os direitos subjetivos da pessoa no campo do privado é de certo intrigante, levando-se em conta que direitos da personalidade têm origem nas liberdades civis, primeiramente reconhecidas na fase inaugural do constitucionalismo moderno, influenciado pela ética liberal, o contratualismo social e a tese dos direitos naturais.

De qualquer modo, entre os primeiros juristas modernos que aceitaram a existência de direitos subjetivos da personalidade humana no campo da teoria geral do direito positivo, muito se discutiu qual denominação seria a mais correta para se nomear estes direitos, principalmente quando, tradicionalmente, termos como “direitos inatos” ou “direitos originários” fora utilizada pelos adeptos do jusnaturalismo⁵⁰ para designar os direitos que uma pessoa tem sobre si mesma. Sendo esta discussão travada, principalmente, entre positivistas, outras nomenclaturas diversas foram sugeridas, como: direitos pessoais, direitos sobre a própria pessoa, direitos fundamentais da pessoa, direitos de estado, direitos personalíssimos etc. Ao fim, acabou-se por se acolher, nos países de *civil law*, a expressão cunhada pelo jurista alemão Otto von Gierke: *direitos da personalidade*⁵¹.

Interessante mencionar, mesmo entre os primeiros juristas que se debruçaram a fundo sobre os direitos da personalidade enquanto categoria jurídica, a forte influência juspositivista se mostrava presente, como dificilmente poderia deixar de ser. A personalidade juridicamente conhecida é, nas palavras de Adriano de Cupis⁵², “[...] um produto do direito positivo, e não uma realidade que este encontre já constituída na natureza e que se limite a registrar tal como a encontra”.

Os direitos da personalidade, afirma De Cupis⁵³, são direitos essenciais e inatos. Mas não são inatos por existirem em uma hipotética condição humana pré-social, como no paradigma jusnaturalista liberal. São inatos por serem exigências de ordem ética-histórica, mas não natural. Os direitos da personalidade são direitos subjetivos atribuídos pelo ordenamento jurídico-positivo, conhecidos ao homem pelo fato deste possuir personalidade humana.

De Cupis nega, portanto, a perspectiva jusnaturalista dos direitos da personalidade, pela qual, em contrário, ainda que não existisse um Direito positivo ou Estado para dar reconhecimento a esses direitos – reconhecimento porque eles existiriam previamente a

50 MATTIA, Fabio Maria. Direitos da Personalidade: Aspectos Gerais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 14, n. 56, out./dez., 1977, p. 249.

51 GOMES, Orlando. *Op. cit.*, p. 40-41.

52 DE CUPIS, Adriano. *Os Direitos da Personalidade*. Trad. Afonso Celso Furtado Rezende. São Paulo: Quorum, 2008, p. 19.

53 DE CUPIS, Adriano. *Op. cit.*, p. 26-27.

qualquer comunidade político-estatal, no estado da natureza – eles existiriam por si mesmos, como produtos da condição natural do homem.

Diogo Leite de Campos⁵⁴ tratando da concepção dos direitos da personalidade como direitos naturais, sustenta que:

[...] o direito tem um fundamento axiológico (que é sua justificação, e sem o qual se transforma em opressão) que é imposto pela pessoa humana – o Direito é produto do homem e feito para o homem. A primeira e principal tarefa do jurista é reconhecer e descrever os direitos da pessoa. A pessoa humana é ‘anterior’ e superior à sociedade. Impõe-se, portanto, ao Direito.

Esta questão quanto à fonte dos direitos da personalidade, se direito natural ou direito positivo, tem uma densidade filosófica bastante instigante, embora optar-se-á de pronto, neste trabalho, pela concepção positiva por ter melhores efeitos práticos dentro da ciência do Direito.

Dito isto, é importante destacar a explicação de Gomes⁵⁵ de que a *personalidade* humana não é o objeto – bem jurídico – tutelado pelos direitos da personalidade. O que é protegido pelo Direito positivo são as manifestações da personalidade humana, estas expressões que transformam o homem e o afirmam como indivíduo.

Essa é uma observação fundamental porque afasta o argumento de alguns clássicos juristas que afirmavam que reconhecer direitos da personalidade seria tornar a personalidade, um dado da pessoa humana, em sujeito e objeto de um mesmo direito, o que seria impossível dentro de uma lógica positivista do Direito. A tutela jurídica da personalidade humana no Direito positivo, contudo, recai sobre as manifestações da personalidade, e não sobre a personalidade – pessoa – do homem por si própria.

Deste modo, entende-se hoje que, em sendo ligados à pessoa humana de forma perpétua e permanente, os direitos da personalidade têm como características essenciais, ensina Gustavo Tepedino⁵⁶, a sua generalidade, inalienabilidade, imprescritibilidade e intransmissibilidade, consagrando-se como verdadeiros direitos pessoais, ou seja, de natureza não-patrimonial.

Aliás, recaindo estes direitos sobre as manifestações da personalidade humana, que podem ser inúmeras, a doutrina jurídica brasileira entende que a disciplina legal dos direitos da personalidade não é *numerus clausus*, mesmo que o Código Civil Brasileiro de 2002, ao listar direitos da personalidade em seu capítulo II, se limite a prever expressamente os direitos à vida, ao próprio corpo, ao nome, à imagem, à honra e à vida privada.

54 CAMPOS, Diogo Leite de. *Nós: Estudo sobre os Direitos das Pessoas*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 54.

55 GOMES, Orlando. *Op. cit.*, p. 42.

56 TEPEDINO, Gustavo. *Op. cit.*, p. 30.

Ou seja, é plenamente possível reconhecer novos direitos da personalidade que não estejam previstos em legislação. É justamente neste sentido que juristas como Tepedino⁵⁷ argumentam a existência de uma *cláusula geral de tutela* de proteção da pessoa humana, de forma que os direitos da personalidade protegidos pelo ordenamento jurídico brasileiro não se limitam àqueles expressamente previstos na lei ou na Constituição.

É, ademais, o que afirma, buscando pacificar a doutrina civilista, o enunciado nº 274 da IV Jornada de Direito Civil⁵⁸, segundo o qual “os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana”, fazendo referência ao artigo 1º, inciso III da Constituição Federal⁵⁹, que estabelece a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Brasileiro.

A fundamentação dos direitos da personalidade em uma cláusula geral de tutela da pessoa humana – prevista de forma expressa na legislação de outros sistemas jurídicos⁶⁰ – é resultado do reconhecimento da dignidade humana como vértice valorativo da Constituição Federal, o que marca, pois, a partir da influência das normas e princípios constitucionais no Direito Privado, a passagem de uma perspectiva civil contrualista para a perspectiva personalista⁶¹. Pelo personalismo, o Direito deixa de conceber a pessoa segundo concepções objetivistas típicas de um positivismo inflexível, e passa a considerar “[...] a pessoa concreta, com as suas características e especificidades reais”⁶².

Esta – nova – razão personalista do Direito Civil decorre de um “[...] processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do direito civil”⁶³, a qual é normalmente entendida dentro de uma etapa histórica de superação do Estado Liberal pelo Estado Social, mas que, em verdade, é o produto de um amplo resgate de princípios deontológicos da moral iluminista – especialmente *kantiana* – dentro das ciências do Direito,

57 TEPEDINO, Gustavo. *Op. cit.*, p. 48.

58 CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *IV Jornada de Direito Civil*. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, 2007, p. 60.

59 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.

60 Embora não exista na Constituição ou na legislação brasileira a previsão expressa de uma cláusula geral de tutela da pessoa humana ou, ainda, de um “direito geral da personalidade”, esta se encontra expressamente prevista no Código Civil português, do qual a doutrina brasileira sofre bastante influência. Veja-se o artigo 70º do referido diploma legal: Artigo 70.º (Tutela Geral da Personalidade) 1. A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral. 2. Independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar, a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida.

61 MOREIRA, Rodrigo Pereira. *O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade: Proteção e Promoção da Pessoa Humana*. Curitiba: Juruá Editora, 2016, p. 38.

62 MOREIRA, Rodrigo Pereira. *Op. cit.*, p. 21.

63 LÔBO, Paulo. *Op. cit.*, p. 49.

os quais, associados à idéia do Estado-providência contemporâneo, promovem uma maleabilidade no antes rígido positivismo da dogmática jurídica infraconstitucional, de forma a condicionar o próprio Direito, seja ele público ou privado, ao respeito e à consecução do supra princípio da dignidade da pessoa humana.

O reflexo deste processo de constitucionalização do Direito Civil nos direitos subjetivos da pessoa, pois, implica que a listagem de direito da personalidade, seja na Constituição⁶⁴, seja no Código Civil e no resto da legislação ordinária, não incorra em prejuízo para que sejam reconhecidos novos direitos da pessoa. Diante, pois, das várias possibilidades de manifestação da personalidade humana nas relações com o outro e com a sociedade, o rol de direitos da personalidade deve permanecer aberto ao reconhecimento de novos direitos.

Isto significa ser possível que, além dos quatro direitos normalmente elencados no escopo do chamado direito à privacidade – vida privada, sigilo, intimidade, imagem e honra subjetiva –, sejam reconhecidos outros direitos de privacidade, dentre eles, em especial, aquele que dá título a este trabalho: *o direito ao esquecimento*.

A privacidade é, aliás, um dos direitos da personalidade que mais está sujeito a sofrer variações em sua amplitude conceitual e campo de proteção, sobretudo diante dos novos e cada vez mais rápidos avanços tecnológicos e econômicos nos meios públicos e privados de comunicação e no mercado informacional, o que torna a pessoa humana vulnerável a certas invasões em sua esfera pessoal as quais não estaria sujeita em um passado bem pouco remoto.

Não por outro motivo, o avanço destas novas tecnologias foi o pano de fundo para que Warren e Brandeis⁶⁵ escrevessem seu clássico artigo sobre privacidade, uma vez que perceberam a necessidade dos cidadãos americanos de protegerem sua vida privada de atos invasivos dos veículos jornalísticos da época. Hoje, o âmbito de maior violação da privacidade acontece na internet, por vezes com os usuários pouco atentos aos perigos que estão expostos na rede.

64 Os direitos da personalidade reconhecidos de forma expressa na Constituição Federal Brasileira são, segundo Paulo Lôbo: o direito à vida; direito à liberdade (ou direito geral de liberdade); direito à intimidade, direito à vida privada, direito à imagem e direito ao sigilo, quatro direitos que compõem o escopo de proteção do direito à privacidade; direito à honra; direito moral do autor; direito à identificação pessoal; direito à integridade física e psíquica. LÔBO, Paulo. *Op. cit.*, p. 150.

65 “Recent inventions and business methods call attention to the next step which must be taken for the protection of the person, and for securing to the individual what Judge Cooley calls the *right to be let alone*. Instantaneous photographs and newspaper enterprise have invaded the sacred precincts of private and domestic life; and numerous mechanical devices threaten to make good the prediction that ‘*what is whispered in the closet shall be proclaimed from the house-tops*’. For years there has been a feeling that the law must afford some remedy for the unauthorized circulation of portraits of private persons”. WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. *Op. cit.*, p. 2-3.

O conceito de privacidade evolui e, por isto, juristas contemporâneos concebem a defesa da esfera privada individual em um conceito jurídico bem mais propositivo: o *direito à autodeterminação informativa*.

O conceito de direito à privacidade enquanto direito à autodeterminação informativa surge, exatamente, neste contexto atual de “[...] sociedade da informação, [...] onde a informação é um bem em si mesmo, é parte integrante da vida humana, onde as novas tecnologias surgem para atuar sobre esta mesma informação”⁶⁶.

De tal forma, hoje, ter direito à privacidade significa, pois, “[...] a possibilidade de controle dos nossos próprios dados, informações e construção de nossa própria esfera privada”⁶⁷.

1.4. A nova concepção do direito à privacidade: do Direito de Ser Deixado em Paz ao Direito à Autodeterminação Informativa

A jurista canadense Lisa Austin⁶⁸ afirma que o direito à privacidade no mundo contemporâneo não deve mais ser analisado apenas no sentido de se constatar se houve consentimento ou não para a exposição de determinada informação privada, ou se esta exposição resultou em algum tipo de dano à pessoa. Privacidade, em sua razão contemporânea, diz ela, significa ter o poder de autonomia sobre suas informações.

Neste sentido, desde a década de 1980, em toda a Europa – especialmente na Alemanha –, as novas legislações nacionais e regionais europeias apresentaram uma evolução no sentido de consolidar o conceito de privacidade enquanto direito à autodeterminação informativa⁶⁹.

O entendimento contemporâneo dos civilistas da tradição *civil law*, e também parte considerável dos juristas da tradição *common law*, é de que, “além da garantia à inviolabilidade de seu domicílio, ao sigilo de sua correspondência e ao segredo profissional” ou de outros tipos de controle informacional relativos a questões mais estritas ao espaço de consentimento privado, “[...] deve-se assegurar ao indivíduo a possibilidade de controlar

66 PEIXOTO, Erick Lucena. *Op. cit.*, p. 62-63.

67 EHRHARDT JR., Marcos Augusto de Albuquerque; LOUREIRO, Karina. O Direito ao Esquecimento no Direito Comparado: Análise de Precedentes Internacionais. In: CORREIA JR., José Barros; GALVÃO, Vivianny (orgs.). *Direito à Memória e Direito ao Esquecimento*. Maceió: Edufal, 2015, p. 151.

68 AUSTIN, Lisa. Enough About Me: Why Privacy is About Power, not Consent (or Harm). In: SARAT, Austin (org.). *A World without Privacy: What Law Can and Should Do?*. Nova York: Cambridge University Press, 2015, p. 135 e ss.

69 MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. *Delete: The Virtue of Forgetting in the Digital Age*. New Jersey: Princeton University Press, 2009, p. 137.

aquilo que diz respeito ao seu modo de ser no âmbito mais íntimo de vida privada [...], excluindo do conhecimento de terceiros”⁷⁰.

Na sociedade contemporânea, pois, o direito à privacidade passa a significar não só o ato de reclusão, de recato ou de proteção do sigilo, mas também a possibilidade de o indivíduo exercer o controle autônomo do uso que é dado às informações que dizem respeito à sua pessoa⁷¹.

No Brasil, a doutrina do direito à privacidade enquanto direito à autodeterminação informativa foi referendada pelo Conselho da Justiça Federal em enunciado de número 404, proposto por Daniel Bucar durante a V Jornada de Direito Civil⁷², que assim confere nova interpretação ao artigo 21 do Código Civil⁷³:

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

Daniel Bucar⁷⁴, pois, divide o direito à autodeterminação informativa em três formas de controle: espacial, contextual e temporal, decorrendo-se, deste último, o *direito ao esquecimento*.

A privacidade enquanto direito à autodeterminação informativa é uma doutrina majoritária entre os civilistas europeus, tendo como grande ponto de novidade a expansão do conceito jurídico de privacidade para além das tradicionais ferramentas legais de responsabilidade civil e de proteção do espaço privado.

A partir deste novo paradigma, o jurista italiano Stefano Rodotà⁷⁵ concebe a privacidade como uma forma do indivíduo determinar “[...] as modalidades de construção da esfera privada em sua totalidade”, indo além do âmbito de proteção do espaço individual, considerando, pelo exercício da autonomia informacional, que a pessoa será capaz de determinar, além de seu espaço de consentimento, a sua participação cidadã em sociedade.

70 EHRHARDT JR., Marcos. *Op. cit.*, p. 246.

71 DONEDA, Danilo. *Op. cit.*, p. 120.

72 CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *V Jornada de Direito Civil*. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, 2012, p. 69.

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

74 BUCAR, Daniel. Controle Temporal de Dados: o Direito ao Esquecimento. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 2, n. 3, jul.-set./2013, p. 7.

75 RODOTÀ, Stefano. *A Vida na Sociedade de Vigilância: A Privacidade Hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 129.

1.4.1. Controle espacial da privacidade

A primeira forma de controle reconhecida pelo enunciado 404 da VI Jornada de Direito Civil, o controle espacial, não se restringe ao sentido mais *tradicional* da palavra privacidade, o de privacidade física ou, ainda, aquele que os juristas geralmente identificam com o *direito de ser deixado em paz*.

Na classificação da privacidade segundo os estudos de Posner referenciados ao longo deste capítulo, o controle espacial de dados diria respeito, principalmente, à ideia de sigilo, lidando com a questão do consenso no oferecimento de dados ou, alternativamente, da relevância para a sociedade que determinadas informações sobre uma pessoa possui, interesse este que justificaria a mitigação do direito à privacidade.

Pode-se dizer, essa é a concepção de privacidade típica do direito do século XX, pela qual o indivíduo exerce um tipo de controle sobre as informações que devem ou não ser sabidas sobre ele, uma delimitação daquilo que pertence ao seu espaço privado e não deve se tornar do conhecimento do público.

A privacidade espacial, afirma Erick Lucena⁷⁶, está inegavelmente ligada à metáfora da contraposição entre a *casa de vidro* e o *castelo*. Nos regimes em que o Estado ou a sociedade observam todos os atos e preferências dos indivíduos, ou seja, a “casa de vidro”, não há um espaço real para a construção da individualidade. Na ideia de “castelo” pela qual se protege o homem em sua vida doméstica, ele se encontra resguardado na autenticidade do seu modo íntimo de viver das intromissões de terceiros e do Estado.

O controle espacial da privacidade em seu sentido mais contemporâneo deve ser tido, explica Daniel Bucar⁷⁷, como “[...] a possibilidade de a pessoa conhecer, controlar, endereçar e interromper o fluxo de informações pessoais que dela tratam, possibilitando-lhe ter exata e prévia ciência do espaço informacional sobre o qual desenvolverá a sua personalidade”.

De tal modo, a ideia de privacidade espacial no Direito contemporâneo deve ser expansiva o suficiente para se estender para além do espaço do corpo ou da morada do indivíduo, prolongando-se, inclusive, aos objetos que esta pessoa descarta no lixo.

Embora aquilo que é jogado fora deva ser considerado coisa abandonada, de forma que não é mais propriedade de ninguém, o lixo residencial de uma pessoa ou de uma família pode

⁷⁶ PEIXOTO, Erick Lucena. *Op. cit.*, p. 111.

⁷⁷ BUCAR, Daniel. *Op. cit.*, p. 8.

revelar muitas informações de natureza pessoal sobre elas⁷⁸, desde hábitos de consumo até mesmo os hábitos sexuais⁷⁹.

Portanto, como Stefano Rodotà⁸⁰ identificou, a noção de direito à privacidade passou do eixo da “pessoa-informação-segreto” para o eixo da “pessoa-informação-circulação-controle”, de forma que o titular do direito à privacidade “[...] pode exigir formas de *circulação controlada*, e não somente interromper o fluxo das informações que lhe digam respeito”.

Esta transformação é caracterizada, especialmente, pela mudança da fundamentação jurídica principal da privacidade, antes tida como um reflexo apenas dos valores da autonomia e da liberdade, e que agora se fundamenta, acima de tudo, no princípio da dignidade da pessoa humana⁸¹. A privacidade, então, deixa de se pautar “por meio de um pêndulo entre recolhimento e divulgação”⁸² para contemplar a construção da individualidade como um todo⁸³.

1.4.2. Controle contextual da privacidade

O controle contextual da privacidade, diz Bucar⁸⁴, lida com a possibilidade do conhecimento da exatidão da informação, de poder se revelar o contexto correto e original pelo qual determinado dado foi recebido ou processado.

Assim, com a evolução das formas de controle jurídico da privacidade, há de ser necessário que os processadores de dados também se adaptem para, conclama Mayer-

78 “O abandono extingue um direito específico, de natureza patrimonial, real: o direito de propriedade. A eficácia jurídica extintiva do abandono não alcança direitos da personalidade que podem ser acessados por meio do que compõe o lixo. Aliás, o direito à privacidade e demais direitos da personalidade são considerados irrenunciáveis”. BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direito à Privacidade e Lixo – Abandono de Coisa e Irrenunciabilidade a Direitos de Personalidade. *Revista Fórum de Direito Civil - RFDC*. Belo Horizonte, a. 2, n.3, maio/ago. 2013, p. 14.

79 “O lixo de uma casa normalmente contém indícios dos hábitos das pessoas que nela moram: É possível identificar que tipo de alimentos se consome, quais produtos novos foram comprados (através das embalagens), nomes e dados pessoais (em caso de documentos descartados), informações sobre a saúde dos moradores (curativos descartados, embalagens de medicamentos, seringas, absorventes etc), incluindo-se também o comportamento sexual (preservativos, testes de gravidez, cartelas de pílulas anticoncepcionais e a chamada pílula do dia seguinte)”. PEIXOTO, Erick Lucena Campos. *Op. cit.*, p. 34-35.

80 RODOTÀ, Stefano. *Op. cit.*, p. 93.

81 Sobre as diferenças de fundamentação jurídica da privacidade, entre liberdade e dignidade, ver: PEIXOTO, Erick Lucena. *Op. cit.*, p. 98-99.

82 RODOTÀ, Stefano. *Op. cit.*, p. 25.

83 Além disso, Rodotà concebe o direito à privacidade dentro de um contexto comunitário-social, de modo que, para o jurista italiano, a defesa dos dados sensíveis de um indivíduo serve, em última análise, como resguarda dos grupos minoritários dos quais esse indivíduo pertence. RODOTÀ, Stefano. *Op. cit.*, p. 96.

84 BUCAR, Daniel. *Op. cit.*, p. 8-9.

Schönberger⁸⁵, observar o contexto e o propósito do recolhimento e processamento das informações.

A principal diferença no alcance da privacidade contextual em relação à privacidade espacial é que, explica Bucar⁸⁶, a lesão causada por uma informação divulgada fora de contexto costuma ser bem mais gravosa do que a simples invasão de privacidade, visto que o indivíduo afetado terá que se expor, ainda mais, para corrigir os enganos resultantes de erro contextual, de modo que este:

[...] será obrigado a revelar outras informações privadas, aumentando significativamente o número de dados que a circulação original destes pretendia fornecer. Trata-se, portanto, de uma maior projeção de caracteres da pessoa para corrigir uma situação mal posta em determinado contexto.

Tradicionalmente, o controle contextual da privacidade tem sido exercido através do direito de resposta, previsto no inciso V do artigo 5º da Constituição Federal Brasileira⁸⁷ e disciplinado em recente lei ordinária⁸⁸. David Araújo⁸⁹ situa o direito de resposta “[...] no campo dos instrumentos de defesa do indivíduo contra o direito à informação”, sendo, principalmente, argumenta o jurista, “[...] uma forma constitucional de reparar a desigualdade de forças existentes no binômio imprensa-indivíduo”.

Todavia, a expansão do fluxo de informações na atual era digital, onde se destaca a possibilidade de amplo acesso de dados pretéritos na internet, reclama não só o direito de se exercer o controle espacial ou contextual da privacidade, mas, também, o direito de exercício de um controle temporal sobre informações passadas, protegendo a esfera privada do indivíduo em sua capacidade de decidir e mudar suas escolhas de vida: o direito ao esquecimento.

1.4.3. Controle temporal e decisional da privacidade: o Direito ao Esquecimento

A última modalidade de controle de dados defendida por Bucar⁹⁰ lida com a “[...] proteção das escolhas pessoais após certo período de tempo, em que o indivíduo já não mais pretende ser lembrado, rememorado por dados passados”.

85 MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. *Op. cit.*, p. 137.

86 BUCAR, Daniel. *Op. cit.*, p. 9.

87 Art. 5º [...] V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

88 BRASIL. *Lei nº 13.188, de 11 de Novembro de 2015*. Dispõe sobre o direito de resposta ou retificação do ofendido em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social.

89 ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A Proteção Constitucional da Própria Imagem: Pessoa Física, Pessoa Jurídica e Produto*. São Paulo: Verbatim, 2013, p. 102.

90 BUCAR, Daniel. *Op. cit.*, p. 9.

Em seu clássico trabalho sobre o tempo e o direito, François Ost⁹¹ defende o direito ao esquecimento como um instituto jurídico necessário para o desenvolvimento livre do indivíduo em sua relação com a sociedade, conforme se lê:

Uma vez que, personagem pública ou não, fomos lançados diante da cena e colocados sob os projetores da atualidade – muitas vezes, é preciso dizer, uma atualidade penal –, temos o direito, depois de determinado tempo, de sermos deixados em paz e a recair no esquecimento e no anonimato, do qual jamais queríamos ter saído.

A necessidade atual de estabelecer ferramentas jurídicas para o controle temporal sobre as próprias informações tem uma ligação direta com o rápido crescimento econômico e expansão tecnológica experimentados pela humanidade nas últimas décadas do século XX e início de século XXI, cuja maior invenção, pode-se assumir, é o acesso a uma massiva quantidade de informações disponível em uma rede mundial de computadores interligados por um sistema global de protocolos denominado de *internet*.

Se os louros dos recentes avanços tecnológicos para a humanidade são amplamente notáveis, apesar dos seus reveses, não raro este progresso tecnoeconômico é recebido com gigantesca desconfiança na perspectiva crítica de pensadores contemporâneos como Zygmunt Bauman⁹², que alerta para a grande ameaça que a internet apresenta à privacidade, assim como, também, à própria solidez das relações interpessoais para além do mundo digital.

O aviso de Bauman, apesar de se enraizar em uma perspectiva pessimista de mundo⁹³, não deve ser ignorado em sua essência: a privacidade, de fato, corre perigo real de sofrer sérias mitigações frente às novas tecnologias.

Aliás, o jurista Ivan Szekely⁹⁴ comenta sobre o novo paradigma de arquivamento estabelecido pela internet: os dados pessoais não apenas são coletados em maior número e com maior eficiência através da rede mundial de computadores como, também, estas informações coletadas podem ser facilmente relacionadas a uma pessoa conhecida ou identificável, trazendo grandes riscos de danos à privacidade.

91 OST, François. *O Tempo do Direito*. Trad. Élcio Fernandes. Bauru: Editora Edusc, 2005, p. 161.

92 BAUMAN, Zygmunt. *Danos Colaterais: Desigualdades Sociais em uma Sociedade Global*. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, p. 116-120.

93 Bauman, sociólogo marxista de formação, se enquadraria na categoria dos intelectuais elitistas a que os filósofos como Pierre Lévy pretende fazer um contraponto. Lévy comenta que este pessimismo dos sociólogos com relação aos perigos da internet e das relações estabelecidas em rede se assemelha ao mal-estar sentido nas primeiras décadas de existência comercial do cinema, no início de século XX, o qual era visto pelos intelectuais da época com desdém, como um tipo inferior de entretenimento de massa. Hoje dificilmente alguém se oporia à idéia de que o cinema – em si mesmo – é uma forma legítima de manifestação cultural e artística. LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. São Paulo: Editora 34, 1999, p. 11.

94 SZEKELY, Ivan. The Right to be Forgotten and the New Archival Paradigm. In: GHEZZI, Alessia *et al* (orgs.). *The Ethics of Memory in a Digital Age: Interrogating the Right to be Forgotten*. Basingstoke: Palgrave Macmillan Memory Studies, 2014, p. 32.

Antes da internet, a coleta e, principalmente, o intercruzamento de informações sobre as identidades e preferências de consumo das pessoas eram bastante limitados, de modo que a disciplina jurídica do controle temporal de dados pessoais ficava restrita ao apagamento, depois de algum tempo, dos antecedentes criminais do ex-condenado e dos registros de crédito do inadimplente⁹⁵.

Guilherme Martins⁹⁶ explica que o avanço tecnológico atual, em especial da internet, implica em uma perda sensível da capacidade de se proteger a própria identidade e as escolhas de vida, afetando substancialmente a autonomia informacional. Ante a esta constatação, Martins defende que o direito ao esquecimento faz-se necessário como forma de garantia do direito à autodeterminação informativa.

Assim, neste sentido de proteção das escolhas de vida, o direito ao esquecimento se coloca não apenas como uma forma de controle temporal de informações no seu sentido mais estrito – relativo à passagem do tempo –, mas, também, atua como uma forma de controle da pessoa sobre suas decisões de caráter estritamente pessoal. Logo, o direito ao esquecimento se reveste de uma dimensão decisional da privacidade que protege, em seu sentido amplo, “[...] o modo de vida do indivíduo, incluindo aí suas escolhas, seus gostos, seus projetos, suas características”⁹⁷.

Claro, a dimensão decisional da privacidade implica em uma noção bem abrangente acerca do controle sobre as escolhas de vida, remontando à jurisprudência americana a respeito das liberdades reprodutivas como exercício da autonomia individual, incluindo aí o ainda controverso direito ao aborto⁹⁸.

De qualquer forma, esta possibilidade de uma pessoa reordenar ou revisar as suas escolhas de vida depende, por muitas vezes, que determinadas informações sobre seu passado não sejam novamente reveladas a público. Ou seja, em algumas medidas, a proteção sobre as escolhas de vida pode carecer do exercício de um controle temporal de dados, de forma a

95 CORREIA JR., José Barros; GALVÃO, Luís Holanda. Direito Civil: Da Memória ao Esquecimento. In: CORREIA JR., José Barros; GALVÃO, Vivianny (orgs.). *Direito à Memória e Direito ao Esquecimento*. Maceió: Edufal, 2015, p. 25.

96 “As tecnologias implicam, portanto, uma perda na capacidade de controlar a própria identidade, de realizar escolhas de estilo de vida e mesmo começar de novo e superar os fatos pregressos, afetando, portanto, a autodeterminação informativa. O direito ao esquecimento, enquanto garantia da autodeterminação informativa, insere-se no controle temporal de dados”. MARTINS, Guilherme Magalhães. O Direito ao Esquecimento na Internet In: MARTINS, Guilherme Magalhães (org.). *Direito Privado e Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 12.

97 PEIXOTO, Erick Lucena. *Op. cit.*, p. 102.

98 DWORKIN, Ronald. *Domínio da Vida: Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 74.

possibilitar ao indivíduo a maior liberdade possível para, inclusive, poder repensar e mudar suas escolhas sem a pressão externa de terceiros.

Neste sentido, o exemplo mais evidente e simples de direito ao esquecimento, pois, corrobora com os comentários anteriores: a possibilidade de uma pessoa, uma vez tendo cumprido sua pena pelo cometimento de crime, não venha mais a ser confrontada com os fatos de sua condenação, de forma que possa se reintegrar com maior facilidade à sociedade.

Logo, o objeto jurídico do direito ao esquecimento é muito maior do que simplesmente ocultar determinadas informações pessoais do restante da coletividade, como no paradigma clássico de sigilo da privacidade, mas, de forma muito mais propositiva, permitir que a pessoa revele-se ao mundo em sua realidade existencial atual⁹⁹, sem os estigmas do passado.

O direito ao esquecimento, portanto, está “[...] intrinsecamente ligado ao livre desenvolvimento da personalidade e à dignidade da pessoa humana”¹⁰⁰. De tal maneira, o direito ao esquecimento se apresenta como uma forma de controle da privacidade que “[...] demanda uma proteção das escolhas pessoais após certo período de tempo, em que o indivíduo já não mais pretende ser lembrado, rememorado por dados passados”¹⁰¹.

Por força do direito ao esquecimento, então, determinadas informações deverão ser apagadas uma vez que atinjam a finalidade para a qual foram coletadas ou, ainda, depois de transcorrido algum tempo após estes dados serem originalmente coletados e divulgados¹⁰².

A questão da finalidade para a qual os dados foram coletados – ou seja, o contexto original da informação – é um dos pontos principais levantados por Anderson Schreiber¹⁰³ para a defesa do direito ao esquecimento, especialmente neste século onde a tecnologia tem-se convertido massivamente do analógico para o digital, de modo que, “[...] ao contrário dos jornais e revistas de outrora, cujas edições antigas se perdiam no tempo, [...] as informações que circulam na rede ali permanecem indefinidamente”.

Não se deve ignorar, portanto, dentro deste paradigma contemporâneo da privacidade como direito à autodeterminação informativa, que há uma maior possibilidade fática de revisitação de fatos passados – os quais já perderam sua relevância original – em razão dos arquivos facilmente acessíveis pela rede mundial de computadores. Logo, a aplicação do

99 COSTA, André Nery Brandão. Direito ao Esquecimento na Internet: a Scarlet Letter Digital. In: SCHREIBER, Anderson (org.). *Direito e mídia*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 197.

100 MOREIRA, Rodrigo Pereira. *Op. cit.*, p. 239.

101 LINS, Karina Loureiro Ribeiro. *Direito ao Esquecimento como Reflexo da Dignidade da Pessoa Humana*. Dissertação em Mestrado em Direito. Faculdade de Direito de Alagoas. Universidade Federal de Alagoas. 2016, p. 127-128.

102 RODOTÁ, Stefano. *Op. cit.*, p. 134-135.

103 SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 170.

direito ao esquecimento no âmbito da internet, em especial, é um problema jurídico notavelmente delicado a ser solucionado nestas próximas décadas.

Mesmo Daniel Sarmiento, reticente quanto ao exercício do controle temporal sobre a lembrança de acontecimentos passados de relevo pelas mídias tradicionais, se mostra bastante compreensível ao admitir que o direito ao esquecimento na internet possa ser necessário¹⁰⁴, tendo em vista as singularidades de como a informação se comporta na rede.

Dito isto, os adeptos do direito ao esquecimento defendem a criação e utilização de mecanismos legais para que se possa contestar a permanência de dados antigos na internet, assim como para restringir a transmigração de informações do meio analógico para os arquivos digitais em rede, visto que “[...] não caberia ao indivíduo ver novamente fatos, que já havia há muito superados, trazidos à tona por uma mera atualização de arquivos para o sistema digital, gerando um dano à sua personalidade”¹⁰⁵.

Posto o advento da internet e seu novo paradigma de arquivamento de dados, o direito ao esquecimento na era da internet se propõe, principalmente, a oferecer a possibilidade jurídica de uma pessoa requerer às páginas de internet que retirem de seus arquivos ou sistemas determinadas informações de caráter pessoal que se encontram publicamente acessíveis na rede¹⁰⁶.

O direito ao esquecimento, nos fins das contas, seja aplicado aos meios de comunicação tradicionais ou à internet, se apresenta como uma das principais ferramentas jurídicas para o exercício da autonomia informacional na sociedade contemporânea, especialmente por elevar o conceito de direito à privacidade para além de sua dimensão espacial e contextual em sentido estrito.

Por óbvio, considerando-se o outro lado da moeda, também não se pode, de forma alguma, ignorar que o direito ao esquecimento se apresenta, de alguma forma, como uma ameaça às liberdades comunicativas. De modo inevitável, o direito ao esquecimento irá colidir com os direitos de liberdade de imprensa e de informação. Por isso, os capítulos seguintes desta dissertação lidarão com o direito ao esquecimento sempre tendo em vista a existência de uma tensão inevitável entre privacidade da pessoa humana e o direito à informação na sociedade tecnológica deste século XXI, a qual deve ser solucionada da melhor forma a harmonizar os direitos e interesses legítimos em conflito.

104SARMENTO, Daniel. Liberdades Comunicativas e “Direito ao Esquecimento” na ordem constitucional brasileira. *Revista Brasileira de Direito Civil*. Rio de Janeiro, v. 7, jan.-mar./2016, p. 215.

105CORREIA JR., José Barros; GALVÃO, Luís Holanda. *Op. cit.*, p. 40.

106CASTELLANO, Pére Simon. El Régimen Constitucional del Derecho al Olvido Digital. In: PEÑA-LOPEZ, Ismael *et al.* (orgs.). *La Neutralidad de la Red y otros Retos para El Futuro de Internet*. Barcelona: Hyugens Editorial, 2011, p. 395.

Capítulo 2. O Direito ao Esquecimento e o Livre Fluxo de Informações na Internet

No livro de Viktor Mayer-Schönberger¹⁰⁷ sobre a virtude do esquecimento na internet, o jurista apresenta dois grandes casos envolvendo a rememoração de fatos passados através da internet, convidando o leitor a refletir sobre a necessidade de implantação de um direito ao esquecimento na rede.

No primeiro caso, Stacy Snyder é uma aspirante a professora do ensino secundário que teve seu emprego negado, ainda que tenha passado por todos os exames de admissão, devido a foto publicada na rede social *MySpace*, em que ela, em uma festa a fantasia, segurava um copo de cerveja na mão, com a seguinte legenda escrita logo abaixo: “*the drunk pirate*” (a pirata bêbada). A foto em questão foi encontrada na internet pelos diretores da instituição educacional que ela se candidatava, os quais alegaram que, em razão do comportamento apresentado na foto, a mulher não teria aptidão moral para ser professora de crianças e adolescentes¹⁰⁸.

No segundo caso, Andrew Feldmar é um psicoterapeuta canadense que, em viagem do Canadá com destino aos Estados Unidos, teve sua entrada negada por funcionário da fronteira americana em razão de um artigo científico publicado nos anos 1960, disponível na internet, em que ele admitia ter feito, naquela época, uso de LSD em alguma de suas pesquisas¹⁰⁹.

Os dois exemplos acima mostram o risco que a memória digital apresenta por ser capaz de trazer de volta fatos passados que venham, de algum modo, prejudicar o julgamento de terceiros sobre o indivíduo ao qual recai a informação lembrada.

A internet, com sua característica de memória extremamente abrangente e perfeita, em contraste com a memória humana limitada, projetada para esquecer, abre a possibilidade para um efeito de “eternidade” sobre os erros e as más lembranças do passado nunca antes experimentado pela humanidade¹¹⁰.

Daniel Solove¹¹¹ compara o possível estigma que a pessoa terá de carregar pelos seus erros na rede com as práticas pré-modernas e as vitorianas de punição moral àqueles que cometeram crimes ou outros desvios de conduta, fazendo alusão ao romance de Nathaniel

107MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. *Delete: The Virtue of Forgetting in the Digital Age*. Nova Jérsei: Princenton University Press, 2009.

108*Ibid.*, p. 1-2.

109*Ibid.*, p. 3-4.

110DE TERWANGNE, Cécile. The Right to be Forgotten and Informational Autonomy in the Digital Environment. In: GHEZZI, Alessia *et al* (orgs.). *The Ethics of Memory in a Digital Age: Interrogating the Right to be Forgotten*. Basingstoke: Palgrave Macmillan Memory Studies, 2014, p. 84.

111SOLOVE, Daniel J. *The Future of Reputation: Gossip, Rumor and Privacy on the Internet*. New Haven: Yale University Press, 2007, p. 91-94.

Hawthorne, de 1850, “*The Scarlet Letter*” (a letra escarlate), no qual uma das personagens é obrigada a carregar em suas roupas uma letra A, indicando a todos da comunidade que ela havia cometido adultério. Sofrer de humilhação e condenação moral na internet seria comparável a usar uma *digital scarlet letter*, ser permanentemente tatuado em seu corpo com as marcas de seus equívocos passados.

O debate contemporâneo em torno do direito ao esquecimento, pois, se apresenta como a busca pela melhor solução técnica e jurídica para que se devolva aos indivíduos, principalmente os usuários de internet, o senso de controle e de autonomia sobre suas informações pessoais que foi perdido nessa era tecnológica, permitindo que eles possam almejar as melhores condições possíveis para o desenvolvimento livre e pleno de suas personalidades.

2.1. As origens do Direito ao Esquecimento no mundo ocidental: *droit à l’oubli*, *right to be forgotten*

Como já foi comentado anteriormente, o direito ao esquecimento não surgiu em razão da internet ou das tecnologias de mídia digital. Juristas europeus como Giorgio Pino¹¹² e Alessandro Mantelero¹¹³ costumam afirmar que a origem do direito ao esquecimento na Europa está no *droit à l’oubli*¹¹⁴ reconhecido pela doutrina e tribunais franceses na primeira metade do século XX, especialmente dizendo respeito ao direito de uma pessoa que cumpriu pena por algum delito não ser sujeita a publicações na imprensa sobre as razões de sua condenação, de forma que se possa facilitar a sua reinserção na sociedade.

Por sua vez, as origens americanas do *right to be forgotten*, afirma René Ariel Dotti¹¹⁵, estão no notável caso *Melvin vs. Reid*, da década de 1930, quando a Suprema Corte da Califórnia reconheceu algum tipo de “direito ao esquecimento” de uma ex-prostituta e ex-ré em caso de homicídio de não ter seu passado de crime ou de prostituição lembrados no roteiro do filme *Red Kimono*, o qual contava a história de sua vida pregressa.

112PINO, Giorgio. The Right to Personal Identity in Italian Private Law: Constitutional Interpretation and Judge-Made Right. In: VAN HOECKE, Mark; OST, François (orgs.). *The Harmonization of Private Law in Europe*. Oxford: Hart Publishing, 2000, p. 237.

113MANTELETO, Alessandro. The EU Proposal for a General Data Protection Regulation and the Roots of the ‘Right to be Forgotten’. *Computer Law and Security Review*, Amsterdã, v. 29, n. 3, 2013. 2013, p. 229.

114Traduzindo-se, literalmente, “direito ao esquecimento”.

115DOTTI, René Ariel. *Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 90.

Em verdade, as origens do *esquecimento* no mundo do direito são mais antigas do que muitos possam imaginar: remontam à antiguidade grega, de acordo com François Ost¹¹⁶. O esquecimento é, pois, uma categoria inerente ao próprio direito, apresentando-se ora sob a forma de direito objetivo, nas figuras da prescrição extintiva e do desuso, ora sob a forma de direito subjetivo, no que se convencionou por chamar, no francês, de *droit à l'oubli*¹¹⁷, ou, recentemente, no inglês, de *right to be forgotten*. Este trabalho, portanto, como o primeiro capítulo deve ter deixado bem claro, lida com o direito ao esquecimento enquanto direito subjetivo da personalidade, especialmente no que diz respeito ao seu debate mais atual.

Aliás, sobre o uso da expressão “direito ao esquecimento” na atualidade, George Brock¹¹⁸ comenta que uma vez que este termo foi trazido ao conhecimento do grande público neste século XXI, adentrou o imaginário popular com uma aura muito mais de ficção do que de realidade. De fato, o termo tal como estabelecido, *direito ao esquecimento*, apesar de seu uso histórico, tem um aspecto consideravelmente vago e, igualmente, carente de maior precisão terminológica.

Como se comenta, a escolha da expressão não é muito feliz e costuma causar bastante confusão. A primeira impressão, especialmente de pessoas não versadas nas ciências jurídicas, é de que o direito ao esquecimento teria por objetivo a manipulação da memória social, o que não é, de forma alguma, a sua intenção legítima.

Há também quem argumente que a distinção entre os termos *droit à l'oubli* e *right to be forgotten* são mais do que apenas reflexos de preferências linguísticas distintas entre latinos e anglo-saxões, de forma que esses seriam, então, dois direitos de conteúdos diferentes¹¹⁹.

A jurista brasileira Renata Steiner¹²⁰, pois, declara que o *droit à l'oubli* – traduzindo-se, “direito ao esquecimento” – diria respeito ao direito à retirada de notícias, enquanto que o *right to be forgotten* – traduzindo-se, literalmente, “direito a ser esquecido” – diria respeito ao direito de se proibir a revisitada de determinados fatos. A autora se baseia na distinção feita

116“A Grécia de século 5º antes de nossa era, ao inventar, entre outras coisas, a democracia e a tragédia, permitiu pensar como desligar o tempo, liberar a memória, e assim, dar uma segunda chance ao passado”. OST, François. *O Tempo do Direito*. Trad. Élcio Fernandes. Bauru: Editora Edusc, 2005, p. 144.

117OST, François. *O Tempo do Direito*. Trad. Élcio Fernandes. Bauru: Editora Edusc, 2005, p. 145.

118BROCK, George. *The Right to Be Forgotten: Privacy and the Media in the Digital Age*. Londres: I.B. Tauris, 2016, p. 11.

119BERNAL, Paul. The EU, the US and Right to be Forgotten. In: GUTWIRTH, Serge; LEENES, Ronald; DE HERT, Paul (orgs.). *Reloading Data Protection: Multidisciplinary Insights and Contemporary Challenges*. Nova York: Springer, 2014, p. 61-62.

120STEINER, Renata. Breves Notas sobre o Direito ao Esquecimento. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski et. al. (orgs.). *Direito Civil Constitucional: A Ressignificação da Função dos Institutos Fundamentais do Direito Civil Contemporâneo e suas Consequências*. Florianópolis: Editora Conceito, 2014, p. 88.

pelo jurista suíço Rolf H. Weber¹²¹ entre *right to forget*, que seria derivado do *droit à l'oubli* francês e das leis de proteção de dados europeias, e o *right to be forgotten*, que expressaria um direito semelhante àquele proferido no caso *Melvin v. Reid* ou, ainda, no famoso caso alemão *Lebach*.

Para Pereira Moreira¹²², por sua vez, o *direito a ser esquecido* “[...] assume uma perspectiva dirigida a terceiros, ou seja, quem deveria esquecer o seu passado”, enquanto que o *direito de esquecer* é tido a partir de uma visão de primeira pessoa, sendo o direito de a própria pessoa esquecer o seu passado e começar um novo projeto de vida.

Barros e Galvão¹²³, no entanto, preferem unir os dois conceitos em um só, argumentando que o direito ao esquecimento – enquanto um direito subjetivo de personalidade – pode ser compreendido “[...] como o direito de uma determinada pessoa não ser obrigada a se recordar, ou ter recordado certos acontecimentos de sua vida”.

Em razão desta certa incongruência quanto ao uso terminológico das expressões elencadas acima, opta-se por, simplesmente, assim como Barros e Galvão e François Ost, adotar neste trabalho o uso da expressão *direito ao esquecimento* no sentido mais amplo possível que se possa atribuir a esta categoria dos direitos subjetivos da personalidade.

Mais adiante, no tópico destinado às várias manifestações e formas de direito ao esquecimento, o problema da nomenclatura jurídica deste direito será revisitado a partir do uso de uma classificação taxonômica bastante refinada, apta a satisfazer as dúvidas quanto aos múltiplos significados possíveis que se possa atribuir ao direito ao esquecimento enquanto direito subjetivo.

2.1.1. A memória humana e a necessidade do esquecimento

A forma como a sociedade humana lida com a memória mudou. A possibilidade de fácil rememoração de informações do passado, sobretudo com o acesso facilitado a uma amplitude grandiosa de dados através das novas tecnologias da informação, é atualmente a maior ameaça real à privacidade.

121WEBER, Rolf H. The Right to be Forgotten: More than a Pandora's Box?. *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*. Karlsruhe, v. 2, n. 2, 2011, p. 120-121.

122MOREIRA, Rodrigo Pereira. *Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade: Proteção e Promoção da Pessoa Humana*. Curitiba: Editora Juruá, 2016, p. 235.

123CORREIA JR., José Barros; GALVÃO, Luís Holanda. Direito Civil: Da Memória ao Esquecimento. In: CORREIA JR., José Barros; GALVÃO, Vivianny (orgs.). *Direito à Memória e Direito ao Esquecimento*. Maceió: Edefal, 2015, p. 22.

O jurista austríaco Viktor Mayer-Schönberger¹²⁴ afirma que, se uma vez a humanidade batalhou para conseguir guardar toda informação possível na própria memória ou em uma fonte de memória externa, daqui por diante a luta será pelo esquecimento.

A idéia de um “fim do esquecimento” como alardeado por alguns juristas, sociólogos e especialistas, apesar de parecer carregar um acentuado fatalismo, significa que as formas de memorização artificialmente criadas pelo homem para compensar a falibilidade da memória humana podem resultar em significativa erosão da forma de privacidade que foi conquistada nos últimos séculos.

Bem, ao contrário do que se difundiu popularmente, a memória da pessoa humana não funciona como uma espécie de computador¹²⁵. A memória humana armazena e relembra informações de modo completamente diferente da forma de memorização perfeita dos computadores.

Uma das principais características que distingue a memória biológica da memória de um computador é que o cérebro humano é biologicamente projetado para esquecer¹²⁶. Por isso, ainda que a mente humana tenha a capacidade de internalizar memórias de longo termo de acontecimentos passados significativos, uma memória antiga pode ficar perdida para sempre se não for lembrada com frequência, ou pode sofrer de sugestionamento que faça com que a memória pessoal não corresponda com o evento natural originalmente memorizado¹²⁷.

A humanidade percorreu um longo caminho no desenvolvimento da linguagem e dos meios de comunicação como ferramenta para compensar a falibilidade da memória humana¹²⁸: da comunicação oral à comunicação escrita, do livro escrito à mão ao livro impresso, dos livros e jornais impressos às formas modernas de guarda da memória, como a fotografia e a gravação de áudio e vídeo. A possibilidade de se comunicar e registrar a memória interior em fontes externas ao cérebro humano foi o que tornou possível a passagem, de geração em geração, de uma memória humana compartilhada ou, em outras palavras, uma memória coletiva¹²⁹.

124MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. *Op. cit.*, p. 14-15.

125TALLIS, Raymond. *Aping Mankind: Neuromania, Darwinists and the Misrepresentation of Humanity*. Nova York: Routledge Classics, 2016, p. 186-187.

126BADDELEY, Alan. *Human Memory: Theory and Practice*. Hove: Psychology Press, 1997, p. 5-6.

127SCHACTER, Daniel L. *The Seven Sins of Memory: How the Mind Forgets and Remembers*. Nova York: Houghton Mifflin Company, 2002, p. 134.

128MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. *Op. cit.*, p. 22 e ss.

129O sociólogo e filósofo francês Maurice Halbwachs foi um dos primeiros pensadores a desenvolver um estudo sociológico sobre este tipo de memória compartilhada por todos os membros de uma comunidade, a qual ele veio chamar de “memória coletiva”. HALBWACHS, Maurice. *A Memória Coletiva*. São Paulo: Edições Vértice, 1990.

O ato de preservar uma memória compartilhada para a posteridade foi uma luta humana constante contra a natureza. A normalidade do esquecimento e a adaptabilidade natural da memória humana revelam, pois, que ela é falha. Este fato justificou, por muito tempo, esta obsessão dos homens em guardar o máximo possível de informações úteis em uma fonte de memória externa, desde as pinturas nas cavernas¹³⁰ até o armazenamento de mídia em meio digital¹³¹.

Contudo, o caráter falho da memória humana não é, necessariamente, ruim. Pelo contrário, esquecer é um recurso obrigatório para a existência plena do indivíduo, pois só assim esse pode superar os traumas do passado e planejar melhor seu futuro¹³². Como comenta Ost¹³³, de certo modo poético, “o esquecimento é necessário para o repouso do corpo e a respiração do espírito”.

Antes da era digital, lembrar sempre foi mais difícil do que esquecer, sendo que o esforço humano se concentrou, nos séculos anteriores, apenas em desenvolver novas e mais aprimoradas formas de guarda e memorização artificial de informações.

Na época da informação difundida e armazenada por meio analógico, havia um grande problema em se replicar uma informação pelas mídias até então criadas pelo homem: a cópia sempre tinha alguma queda de qualidade em relação à informação original¹³⁴, ao passo que a cópia da cópia perdia um pouco mais ainda de qualidade, até que, neste processo de copiar a cópia, a informação se deteriorava e se perdia totalmente.

A era digital marcou uma profunda mudança nos resultados do ato de se copiar uma informação, pois hoje é possível que esta seja copiada sem prejuízos na sua qualidade original, e que, inclusive, as cópias das cópias mantenham a mesma qualidade, sem deterioração.

Viktor Mayer-Schönberger¹³⁵ afirma que a era digital, com seu armazenamento barato e acesso global facilitado, mudou a lógica humana entre esquecimento e memória: se antes a humanidade lutava para não esquecer, lembrar hoje é fácil e barato, enquanto esquecer se tornou difícil e caro.

Atualmente, é relativamente simples se copiar arquivos de um computador para outro computador, inclusive arquivos de som e de imagem de alta definição, sem que haja qualquer

130MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. *Op. cit.*, p. 29.

131MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. *Op. cit.*, p. 65-66.

132MARTÍNEZ, Pablo Dominguez. *Direito ao Esquecimento: A Proteção da Memória Individual na Sociedade de Informação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p 62-63.

133OST, François. *Op. cit.*, p. 153.

134No caso, por exemplo, das fotocópias obtidas nas máquinas de Xerox ou na regravação de um filme de uma fita de VHS para outra fita de VHS.

135MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. *Op. cit.*, p. 66-67.

perda de qualidade da cópia em relação ao original. A memorização perfeita tornou-se possível graças ao grande avanço da tecnologia.

Nesse novo paradigma, a internet tem função primordial. Pela rede, qualquer informação em formato digital pode ser transportada de um local para o outro com incrível velocidade e copiada a baixo custo, o que contribuiu imensamente para o aumento da quantidade de informações copiadas e trocadas entre as pessoas, formando uma grande memória coletiva global compartilhada e acessível para qualquer um com conexão à internet.

Como resultado deste grande processo de expansão do livre fluxo de informações na internet, os custos econômicos de apagamento de informações passaram a superar os custos necessários para se manter esses mesmos dados na rede. Contribui também para este atual panorama o fato de que o atual modelo econômico adotado pelas grandes corporações da internet faz proveito comercial dos dados pessoais de seus usuários¹³⁶, em troca do oferecimento de serviços *gratuitos* de uso de buscadores, de redes sociais ou de hospedagem de fóruns e blogs.

2.1.2. Comunicação aberta e o livre fluxo de informações: a internet que “nunca esquece”

A Internet foi aberta comercialmente ao público em geral no início dos anos 1990, após a criação do sistema informacional *world wide web* (no português, rede mundial de computadores) por Tim Berners-Lee e outros pesquisadores do Centro Europeu para Física Nuclear¹³⁷, sediado na Suíça.

Durante alguns anos, no período em que a conexão de banda larga era muito cara para ser utilizada domesticamente, prevaleceu na internet comercial um modelo de portais de comunicação que produziam e difundiam conteúdo para os usuários. Havia, naquela época, pouca diversidade em ferramentas comunicativas que pudessem colocar os usuários da rede como agentes na produção de conteúdo.

Nos primeiros anos do início do presente século, com a ampliação da cobertura e barateamento das conexões de banda larga, o número de usuários da rede aumentou sensivelmente, ao mesmo tempo em que foram incrementadas significativamente as possibilidades de uso da rede, com a melhor qualidade de conexão, velocidade, e com a

136DE TERWANGNE, Cécile. *Op. cit.*, p. 85.

137CASTELLS, Manuel. *A Galáxia da Internet: Reflexões sobre a Internet, os Negócios e a Sociedade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2003, p. 13.

disponibilização gratuita de novas ferramentas de comunicação, entre as quais se destacam as redes sociais.

Para assinalar este momento de crescimento da participação dos usuários de maneira mais ativa na construção do conhecimento na internet, pesquisadores e entusiastas da tecnologia decidiram nomear estas transformações e novas possibilidades da rede para o século XXI sob o termo *Web 2.0* (literalmente, “rede 2.0”).

A *Web 2.0* foi batizada por Tim O’Reilly¹³⁸, da *O’Rilley Media*, conjuntamente com Dale Dougherty, da *Media Live International*, no contexto de uma série de encontros e conferências, em meados dos anos 2000, envolvendo pesquisadores e empresas do ramo em debates sobre o futuro da internet. A previsão destes especialistas, que se tornou realidade em grande parte, era a de que os usuários da rede passariam a atuar de forma mais ativa na produção de conteúdo, passando de simples consumidores de informações para produtores.

Símbolos deste período, algumas das grandes redes sociais como *Facebook*, *Orkut*, *Instagram* e *Twitter* foram criadas por pesquisadores independentes, ativistas e universitários, inicialmente, sem maiores fins lucrativos, mas posteriormente transformando-se em grandes corporações econômicas. Aplicativos de mensagem instantânea de texto ou de voz como *Skype* e *Whatsapp* também se tornaram expressivamente populares, sendo incorporados por grandes empresas do ramo da computação, *Microsoft* e *Facebook*, respectivamente.

O uso das redes sociais popularizou-se em razão da facilidade de compartilhamento de publicações escritas por pessoas comuns para outras pessoas comuns, forma a fomentar, assim, a comunicação simples e veloz entre usuários que estão em patamar de recursos relativamente aproximados dentro da rede, sendo esta a maior vitória do projeto da *Web 2.0*. Hoje, o uso da internet e o mercado de informações que se formou na rede se beneficiam largamente desse modelo de participação dos usuários na criação, modificação e compartilhamento de conteúdo¹³⁹.

O *Google*, empresa pioneira no ramo da internet, expandiu seus serviços para além do correio eletrônico, da hospedagem de *blogs* e dos motores de busca, a fim de oferecer uma ampla gama de serviços, que vão desde o principal site de compartilhamento de vídeos, o *Youtube*, até os avançados serviços de geolocalização, através do *Google Maps*, com boa parte do planeta Terra mapeado por fotografia pela gigante companhia americana, que hoje praticamente domina este mercado de informações e de publicidade dirigida dentro da rede.

138O'REILLY, Tim. What's the Web 2.0. *O'Reilly Media*, Sebastopol, 30 jun. 2005. Disponível em: <<http://www.oreilly.com/pub/a/web2/archive/what-is-web-20.html>>. Acesso em: 12 set. 2016.

139BENKLEY, Yochai. *The Wealth of Networks: How Social Production Transform Markets and Freedom*. New Haven: Yale University Press, 2006, p. 59 e ss.

Paralelamente à sensível expansão das empresas e dos governos na rede desde o início dos anos 2000, foram publicados os primeiros grandes trabalhos sobre a necessidade de regulamentação da internet, com especial destaque para os estudos do jurista americano Lawrence Lessig¹⁴⁰, hoje considerado uma das maiores referências em Direito e internet.

Historicamente, pois, a internet, dada sua característica naturalmente aberta e quase anárquica, se apresentou como um campo da tecnologia bastante resistente e, de certo modo, avesso à regulamentação legislativa, sendo que as atividades no ciberespaço aconteciam, e até certo ponto ainda acontecem – em menor escala, é verdade –, totalmente à margem da atuação dos governos nacionais¹⁴¹.

Por algum tempo, o argumento libertário e radicalmente contrário à intervenção estatal no âmbito interno da internet – que se convencionou chamar de *ciberespaço* – foi uma bandeira levantada por ativistas da rede, que sustentavam que os institutos jurídicos que atuam no mundo físico não se aplicariam ao mundo virtual¹⁴².

O ciberespaço, afirma Levy¹⁴³, é “[...] o espaço de comunicação aberto pela interconexão mundial dos computadores e das memórias dos computadores”. É neste campo etéreo do ciberespaço onde as interações pessoais entre usuários ou entre usuário e empresas de internet e, mesmo, governo e instituições públicas nacionais e globais acontece.

Juridicamente falando, o ciberespaço pode, à primeira vista, se apresentar como um ambiente extremamente *sui generis*, mesmo quando comparado a outras tecnologias digitais. No entanto, a associação do ciberespaço como uma ideia ordinária de “espaço” (lugar) físico, semelhante àquela que as pessoas normalmente concebem sobre a internet, é um conceito errado, de acordo com Mark A. Lemley¹⁴⁴. Segundo ele, não há maiores diferenças entre o acesso a um *website* pela internet e o acesso a um canal de TV paga via satélite. Não existe, de fato, um “espaço” na rede. A sensação de deslocamento que os usuários percebem é puramente sensorial.

No fim das contas, portanto, relações que ocorrem no mundo do ciberespaço não estão, nem de longe, à margem dos efeitos dos institutos jurídicos, mesmo que tradicionais, de forma que eles podem ser devidamente conformados e aplicados às relações existentes na internet.

140LESSIG, Lawrence. *Code and the Other Laws of the Cyberspace*. Nova York: Basic Books, 1999.

141ARNAUD, André-Jean. *O Direito entre a Modernidade e a Globalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 176-177.

142BARLOW, John Perry. A Declaration of the Independence of Cyberspace. *Electronic Frontier Foundation*, Davos, 8 fev. 1996. Disponível em: <<http://www.eff.org/pt-br/cyberspace-independence>>. Acesso em: 12 set. 2016.

143LEVY, Pierre. *Cibercultura*. São Paulo: Editora 34, 1999, p. 82.

144LEMLEY, Mark A. Place and Cyberspace. *California Law Review*. Berkeley, v. 91, n. 2, 2003, p. 524.

De acordo com Lessig¹⁴⁵, se a liberdade extrema da arquitetura original da rede, desregulada tal como defendem os libertários, formou o ambiente adequado para que numerosas inovações pudessem ser experimentadas e amplamente difundidas entre os internautas, desde que as empresas de internet tiveram acentuado crescimento de poder em restringir a ação de seus usuários através da arquitetura da rede, há algum tipo de controle privado sendo exercido no espaço virtual.

A preocupação com o futuro da internet incentivou a proposta de vários projetos nacionais e internacionais para a regulamentação da internet por meio de legislação, principalmente para se manter a sua neutralidade operacional, mesmo que suscitando considerável discordância entre os juristas, que se dividiram, basicamente, entre apoiadores e opositores da regulamentação segundo o princípio de neutralidade da rede, representados, respectivamente, nas figuras dos americanos Tim Wu e Christopher Yoo¹⁴⁶.

Se a questão da regulamentação da arquitetura em si da internet por meio de leis incita numerosos debates, de um modo ou de outro, absolutamente nenhum jurista vai negar que há um problema notável de privacidade nas relações existentes na rede. O livre e rápido fluxo de informações que é, diga-se, a razão de ser da internet, mesmo sendo responsável por inúmeros avanços no campo do desenvolvimento humano, também se apresenta como um potencial causador de danos para as liberdades individuais dos internautas.

Como diria o ditado popular, “*a internet não esquece*”. As informações que fluem livremente pelo ciberespaço e nele “habitam”, têm a característica de permanecerem por lá, *ad eternum*. Isto porque, hoje, os custos para se apagar dados são bem maiores do que os custos de mantê-los na rede. Em um arquivo ou acervo coletado e armazenado no mundo físico, a questão do espaço de armazenamento é uma preocupação recorrente. Enquanto isso, na rede mundial de computadores não há uma preocupação real – ao menos atualmente – de que a internet venha a ficar “sem espaço” algum dia.

Daniel Solove¹⁴⁷ expõe esta ironia no fato de que o grande e livre fluxo de informações na internet, que concede aos usuários a capacidade de acesso fácil a tanto conhecimento, venha logo a ser, ao seu revés, a grande ameaça de restrição da liberdade dos internautas.

Ademais, como argumentam John Palfrey e Urs Gasser¹⁴⁸, os mais jovens – chamados de *nativos digitais*, pois já nasceram em um mundo habituado com o uso cotidiano da

145LESSIG, Lawrence. *Cyberspace's Constitution*. Harvard Law School, Cambridge, Massachusetts, 2000, p. 7-9.

146WU, Tim; YOO, Christopher. Keeping the Internet Neutral? Tim Wu and Christopher Yoo Debate. *Federal Communications Law Journal*, Bloomington, v. 59, n. 3, 2007, p. 575 e ss.

147SOLOVE, Daniel J. *Op. cit.*, p. 4.

tecnologia – estão mais sujeitos a sofrerem os efeitos negativos da exposição de suas vidas em rede, posto que eles, muito mais provavelmente, compartilharão algum tipo de informação pessoal da qual se arrependarão no futuro. Os jovens, dizem os autores, pensam que suas conversas privadas na rede estão muito mais protegidas de se tornarem de conhecimento do público do que realmente estão.

Este descuido ou, mesmo, desconhecimento dos jovens sobre como suas ações na internet podem repercutir de forma gravosa em seus futuros, pode ser inequivocamente ilustrado pelo recente caso em que adolescentes calouros de Harvard tiveram suas admissões canceladas pela tradicional universidade em razão da reitoria ter descoberto que eles compartilhavam entre si, em grupo privado no *Facebook*, *memes* ofensivos à moralidade sexual, com “conteúdo apologético” ao suicídio, ao estupro e com insultos raciais às minorias¹⁴⁹.

Muitas pessoas não percebem, pois, afirmam Mayer-Schönberger¹⁵⁰, Castells¹⁵¹ e Rodotà¹⁵², que estão vivendo em uma sociedade de vigilância, sendo constantemente monitorados, controlados e classificados por uma espécie de panóptico digital, que se espalha de modo tentacular por toda a rede.

Bem, se a existência, de fato, de uma sociedade de vigilância panóptica pode ser questionada¹⁵³, não é razoável negar que a forma como as informações são armazenadas, perpetuadas e acessadas na internet justifica, totalmente, que haja uma discussão séria de juristas e especialistas da rede sobre o direito ao esquecimento, principalmente ao se considerar que a internet aberta, veloz e globalizada é ainda um instrumento relativamente recente, tipicamente deste início de século XXI, e que demandará, certamente, ainda mais reflexões sobre a sensível perda da privacidade de seus usuários no futuro próximo.

148PALFREY, John; GASSER, Urs. *Born Digital: Understanding the First Generation of Digital Natives*. Nova York: Basic Books, 2008, p. 53-54.

149PEINADO, Mari Luz. Harvard Cancela a Admissão de Futuros Alunos por Compartilharem Memes Ofensivos no Facebook. *El País*. Madrid, 6 jun. 2017. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/06/06/internacional/1496743519_040682.html>. Acesso em: 03 ago. 2017.

150MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. *Op. cit.*, p. 11-12.

151CASTELLS, Manuel. *Op. cit.*, p. 148.

152RODOTÀ, Stefano. *Op. cit.*, p. 145-146.

153O sociólogo Raymond Aron há muito já comentava a tendência dos intelectuais de enfrentarem a crescente racionalização da vida social através dos avanços tecnológicos com um grande temor pessimista de futuro, recaindo em certo lugar comum de frequente citação aos perigos de uma sociedade tecnocrática distópica, tal como descrita no célebre romance *1984*, de George Orwell. ARON, Raymond. *A Era da Tecnologia*. Rio de Janeiro: Cadernos Brasileiros, 1965, p. 73-75.

2.2. Reconhecimento e natureza do direito ao esquecimento na dogmática jurídica brasileira

Como visto nos tópicos anteriores, apesar de haver certa tradição histórica do direito ao esquecimento nos sistemas jurídicos de países ocidentais, sobretudo na França, há ainda alguma deficiência no desenvolvimento da dogmática desse direito, sobretudo no que diz respeito ao seu significado e à sua extensão, principalmente em razão da questionável terminologia adotada.

No Brasil, embora haja menção expressa ao direito ao esquecimento em uma série de trabalhos lançados no país por juristas de renome nas décadas de 1980, 1990 e início dos anos 2000¹⁵⁴, o desenvolvimento mais significativo sobre o direito ao esquecimento na doutrina e na jurisprudência brasileira se deu na atual década.

A partir de 2013, com a edição do enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal e do julgamento dos Resp 1.334.097/RJ (caso da Chacina da Candelária) e Resp 1.335.153/RJ (caso Aida Curi) pelo Superior Tribunal de Justiça, o direito ao esquecimento adentrou de vez o debate jurídico brasileiro.

O enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil¹⁵⁵, proposto por Guilherme Magalhães Martins, em leitura atual do artigo 11 do Código Civil¹⁵⁶, veio a afirmar que “a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”.

Logo em seguida, em sua justificativa, o enunciado deixa bem claro que o direito ao esquecimento “[...] não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados”.

Bem, apesar de parte dos juristas brasileiros abordarem o direito ao esquecimento como um direito completamente novo no ordenamento jurídico pátrio, outros juristas afirmam que é possível encontrar fundamentações normativas para o direito ao esquecimento no artigo 43, §

154Otávio Luiz Rodrigues cita, entre os juristas com trabalhos publicados com referências ao direito ao esquecimento nas décadas passadas, nomes como Edson Ferreira da Silva, Luiz Alberto David Araújo, Sidnei Agostinho Beneti, Francisco Rezek, Têmis Limberger, Carlos Affonso Pereira de Souza e René Ariel Dotti. RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Direito Comparado: Brasil debate Direito ao Esquecimento desde 1990. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 27 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-27/direito-comparado-brasil-debate-direito-esquecimento-1990>>. Acesso em: 01 abr. 2017.

155CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *VI Jornada de Direito Civil*. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, 2015, p. 17.

156Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

1º do Código de Defesa do Consumidor¹⁵⁷, nos artigos 63, *caput* e 64, inciso I e II do Código Penal¹⁵⁸, além do artigo 748 do Código de Processo Penal¹⁵⁹, de forma que o esquecimento jurídico não é, de forma alguma, uma figura estranha ao direito brasileiro¹⁶⁰.

Os artigos mencionados acima, assim como as disposições legais da recuperação judicial de sociedade empresarial ou de empresário individual¹⁶¹ ou, ainda, da reabilitação do advogado presente no Estatuto da Advocacia¹⁶² compõem o escopo do instituto jurídico do esquecimento no direito brasileiro, sendo estes exemplos de esquecimento enquanto prescrição extintiva no ordenamento jurídico nacional.

Por outro lado, o direito ao esquecimento, em sentido estrito – sobre o qual se debruça este trabalho – é o direito subjetivo de personalidade que permite à pessoa se insurgir contra a lembrança de fatos passados sobre ela, um direito fundamental que Barros e Galvão¹⁶³ entendem estar “[...] implícito no ordenamento jurídico brasileiro, possuindo assento no direito à proteção da intimidade, imagem, vida privada e no princípio da dignidade da pessoa humana”.

O conceito de direitos fundamentais implícitos consiste no reconhecimento de que há direitos fundamentais constitucionais que não estão expressamente previstos na Constituição, mas que são depreendidos e extraídos do texto constitucional a partir de uma leitura dos princípios e direitos fundamentais textualmente expressos.

Esta ideia do direito ao esquecimento como direito fundamental implícito e, logo, um direito que não necessita estar previsto em lei infraconstitucional expressa para ser

157Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.

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

158Art. 63. Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

Art. 64. Para efeito de reincidência:

I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação;
II - não se consideram os crimes militares próprios e políticos.

159Art. 748. A condenação ou condenações anteriores não serão mencionadas na folha de antecedentes do reabilitado, nem em certidão extraída dos livros do juízo, salvo quando requisitadas por juiz criminal.

160Nesse sentido: TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; BARLETTA, Fabiana Rodrigues. O Direito ao Esquecimento: Uma Expressão Possível do Direito à Privacidade. TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (orgs.). *O Direito Civil entre o Sujeito e a Pessoa: Estudos em Homenagem ao Professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 271.

161Ver Lei nº 11.101/2005.

162Art. 41. É permitido ao que tenha sofrido qualquer sanção disciplinar requerer, um ano após seu cumprimento, a reabilitação, em face de provas efetivas de bom comportamento.

Parágrafo único. Quando a sanção disciplinar resultar da prática de crime, o pedido de reabilitação depende também da correspondente reabilitação criminal.

163CORREIA JR., José Barros; GALVÃO, Luís Holanda. *Op. cit.*, p. 29.

reconhecido ou aplicado pelos tribunais, vai ao encontro do posicionamento da doutrina civilista de que há no ordenamento brasileiro uma cláusula geral de tutela da pessoa humana.

Em razão do reconhecimento normativo da dignidade da pessoa humana como vértice valorativo de todo o ordenamento jurídico brasileiro, direitos da personalidade podem existir segundo um tipo definido em lei ou serem simplesmente direitos atípicos¹⁶⁴.

Dito isto, para os civilistas, o reconhecimento do direito ao esquecimento se sustenta no argumento de que esse é um direito da personalidade, independentemente de expresso ou não, visto que a tutela jurídica das manifestações da personalidade humana não se encerra em algum tipo de lista pré-determinada de direitos.

O desacordo significativo existente na doutrina civilista brasileira diria respeito, então, à natureza jurídica do direito ao esquecimento. Discute-se se o direito ao esquecimento é um direito autônomo ou se, ao contrário, é um direito decorrente de algum outro direito da personalidade expressamente previsto no ordenamento jurídico.

Pablo Dominguez Martinez¹⁶⁵ é o principal defensor da corrente que entende o direito ao esquecimento como um direito da personalidade autônomo, um novo direito no âmbito privado voltado exclusivamente à proteção da memória individual:

Em razão de apresentar caracterizadores próprios, dentre os mais marcantes o da efetiva utilidade da informação e de sua atualidade, o direito ao esquecimento [...] retiraria seu fundamento de proteção diretamente do princípio geral da dignidade humana.

Alguns outros juristas brasileiros que entendem o direito ao esquecimento como direito autônomo da personalidade, pode-se citar, são Maria Helena Diniz¹⁶⁶, Cíntia Rosa Pereira de Lima¹⁶⁷, Hian Silva Colaço¹⁶⁸, Giancarlos Coutinho do Rego¹⁶⁹, Spencer Toth Sydow¹⁷⁰,

164BODIN DE MORAES, Marina Celina. *Danos à Pessoa Humana: uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 117-118.

165MARTINEZ, Pablo Dominguez. *Direito ao Esquecimento: A Proteção da Memória Individual na Sociedade de Informação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 82.

166DINIZ, Maria Helena. Efetividade do Direito a Ser Esquecido. *Revista Argumentum*. Marília/SP, v. 18, n. 1, jan./fev. 2017, p. 20.

167LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. Direito ao Esquecimento e Internet: O Fundamento Legal no Direito Comunitário Europeu, no Direito Italiano e no Direito Brasileiro. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 103, n. 946, ago. 2014.

168COLAÇO, Hian Silva. Dimensão Internacional do Direito Humano ao Esquecimento Digital: Diálogo entre Experiência Brasileira e Estrangeira. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, a. 2, n. 3, 2016, p. 710.

169REGO, Giancarlos Coutinho do. Direito ao Esquecimento: Resguardando a Memória Individual na Era da Informação. *Jus Navigandi*, Teresina, abri. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/48468/direito-ao-esquecimento>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

170SYDOW, Spencer Toth. Limites e Parâmetros ao Direito ao Esquecimento. *Jus Navigandi*. Teresina, a. 21, n. 4837, 28 set. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/52378>>. Acesso em: 30 abr. 2017.

Jordana Maria dos Reis e Antônio Isidoro Piacentin¹⁷¹ e, bem provavelmente, não muitos outros além destes.

A posição que defende o direito ao esquecimento como um direito da personalidade autônomo é, pois, minoritária no direito brasileiro. A maioria dos juristas brasileiros trabalha com uma ideia bastante similar àquela defendida por Daniel Bucar e, por consequência, próxima da concepção europeia de direito ao esquecimento decorrente do direito à privacidade enquanto direito à autodeterminação informativa.

Martínez¹⁷², ao contrário do que apregoa a corrente majoritária, afirma que o direito ao esquecimento e o direito à privacidade “[...] têm objetos jurídicos de proteção distintos”, pois “[...] a privacidade visa à proteção de dados pessoais e íntimos contemporâneos”, enquanto que o direito ao esquecimento “[...] objetiva a proteção dos dados pretéritos, ou seja, a rememoração indevida de fatos passados e consolidados, que não tenham qualquer utilidade (interesse público) ou atualidade”.

Contudo, em que pese o bom desenvolvimento argumentativo do posicionamento de Martínez, a questão do esquecimento enquanto direito subjetivo deve ser vista a partir de uma evolução conceitual, de forma que, como explica De Terwagne¹⁷³, o direito ao esquecimento, o qual uma vez já foi estritamente associado à ideia da passagem do tempo, significa, hoje, uma parte importante do direito de um indivíduo à sua autodeterminação informativa. Ou seja, trata-se de muito mais do que a quebra de um elo entre passado e presente, mas da possibilidade do exercício pessoal de autonomia sobre suas informações.

Logo, o elemento *tempo*, no sentido de decurso de um determinado lapso de dias, meses ou anos, é um quesito incidental dentro da triplicidade do controle de dados pessoais, de forma que espaço, contexto ou tempo de uma informação são, em última instância, critérios objetivos para o exercício do direito subjetivo de privacidade enquanto autodeterminação informacional, ou seja, eles são argumentos a serem sopesados em face das liberdades comunicativas que se colocam inevitavelmente em choque com o direito à privacidade.

Por tais razões, é desnecessário considerar o direito ao esquecimento como um direito autônomo, visto que a ideia elástica de direito à privacidade é capaz de guardar em seu conceito as mais amplas manifestações possíveis da esfera privativa do homem em relação àquilo que ele deseja que seja sabido – ou não sabido – sobre si por terceiros.

171 REIS, Jordana Maria Mathias dos; PIACENTIN, Antônio Isidoro. Direito ao Esquecimento como um Direito Fundamental. *Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL*, Maceió, v. 8, n. 1, 2017, p. 83.

172 MARTÍNEZ, Pablo Dominguez. *Op. cit.*, p. 83.

173 DE TERWANGNE, Cécile. *Op. cit.*, p. 87-88.

Outrossim, tendo em vista que a doutrina civilista em peso reconhece a existência de direitos da personalidade atípicos, uma das principais conseqüências de se assumir o direito ao esquecimento como um direito autônomo é o fato de que este, sendo dissociado do direito à privacidade, poderia ser mais facilmente estendido às pessoas jurídicas.

Não obstante, os enunciados 404¹⁷⁴ e 531¹⁷⁵ das Jornadas de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, ao enfatizarem objetivo de tutela da *pessoa humana*, e não tão simplesmente tutela da “personalidade”, em um sentido mais genérico, indicam que o direito ao esquecimento se destina exclusivamente às pessoas naturais.

Como diria Costa Júnior¹⁷⁶, é difícil “[...] individuar uma vida privada da pessoa jurídica que não seja a soma das vidas privadas de seus vários componentes”. Ainda que os civilistas entendam que a pessoa jurídica possa ser atingida em sua honra objetiva – no sentido de reputação social –, falta às pessoas jurídicas, pois, a forma de proteção da subjetividade que justifique lhes aplicar o direito ao esquecimento.

2.3. Um exercício de taxonomia: as várias formas jurídicas de direito ao esquecimento

É preciso começar esse subtópico com o alerta de que, o direito ao esquecimento tem sido equivocadamente, por muitas vezes, tratado na doutrina nacional e estrangeira como uma espécie de direito único. Dois professores da Universidade de Toulouse, Gregory Voss e Céline Castets-Renard, desenvolveram um trabalho pelo qual subdividem e classificam o direito ao esquecimento em outras categorias jurídicas menores, afastando a ideia de que há um conteúdo unitário nesse direito.

Realizando este exercício de taxonomia a partir de variações no objeto almejado, diferenças na dimensão de proteção ou, mesmo, do campo de aplicação, Voss e Castets-Renard¹⁷⁷ afirmam que o *right to be forgotten* é uma espécie de termo “guarda-chuva”, que pode se referir a mais de um direito:

- a) *right to rehabilitation* (direito à reabilitação);
- b) *right to deletion/erasure* (direito ao apagamento);
- c) *right to delisting/delinking/de-indexing* (direito à desindexação).

174“A tutela da privacidade da pessoa humana compreende os controles espacial, contextual e temporal dos próprios dados [...]”.

175“A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”.

176COSTA JR., Paulo José da. *O Direito de Estar Só: Tutela Penal da Intimidade*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 61.

177VOSS, W. Gregory; CASTETS-RENARD, Céline. Proporsal for an International Taxonomy on the various forms of the “Right to be Forgotten”: A study on the convergence of norms. *Colorado Technology Law*. Boulder, v. 14, n. 2, 2016, p. 298-299.

- d) *right to obscurity* (direito à obscuridade);
- e) *right to digital oblivion* (direito ao esquecimento digital).

Tendo-se em vista, pois, a amplitude e a complexidade com que Voss e Castets-Renard lidam com as várias categorias do direito ao esquecimento, do seu significado amplo aos seus significados mais restritos, a classificação sugerida pelos autores será utilizada ao longo desta dissertação.

2.3.1. Direito à Reabilitação

O direito à reabilitação, de acordo com Voss e Castets-Renard¹⁷⁸, é o direito de uma pessoa que cumpriu sua pena perante a Justiça ou que foi absolvida em processo penal ter seu passado criminal esquecido.

Este direito é melhor reconhecido no âmbito das legislações penais que determinam o apagamento do nome do ex condenado dos cadastros criminais, em uma relação típica entre indivíduo e Estado persecutor.

Como comentado por José Barros e Holanda Galvão¹⁷⁹, as ciências criminais, há algum considerável tempo, “[...] têm trabalhado com certa facilidade com o trânsito entre a memória e o esquecimento”.

Por sua vez, no campo das relações de Direito Privado, o histórico de aplicação de um “direito à reabilitação” é mais recente e, também, mais controvertida. Além do *droit à l’oubli* francês, mencionado em tópicos anteriores, há dois casos extremamente icônicos que merecem alguns comentários: o caso *Melvin v. Reid*, nos EUA, e o caso *Lebach*, na Alemanha.

Embora Voss e Castets-Renard sequer citem estes casos em seu trabalho, a associação entre estes dois e o conceito de direito à reabilitação proposto pelos autores é quase imediata, de forma que é válido traçar algumas linhas sobre eles.

O caso *Melvin v. Reid*, julgado pela Suprema Corte da Califórnia no início dos anos 1930, enfrentou a questão da lembrança do passado criminal de uma ex prostituta no filme *Red Kimono*, de 1929.

A prostituta Gabrielle Darley foi notícia nos principais jornais americanos no início dos anos 1910 ao responder pelo crime de matar seu alcoviteiro, sendo absolvida em júri desta acusação em 1915. Anos mais tarde, ela abandonaria a prostituição e se casaria, passando a

178 VOSS, W. Gregory; CASTETS-RENARD, Céline. *Op. cit.*, p. 300.

179 CORREIA JR., José Barros; GALVÃO, Luís Holanda. *Op. cit.*, p. 22.

viver uma vida comum e anônima como a senhora Melvin. Sua sorte mudou novamente quando, em 1929, a produtora hollywoodiana *Wallace Reid Productions* redescobriu um relato jornalístico de seu passado e resolveu transformá-lo em filme, usando, inclusive, o nome real de Gabrielle, lançando a película sob o título de *Red Kimono*. O sucesso de público da obra cinematográfica reacendeu o interesse sobre a antiga vida “vulgar” de Gabrielle Darley Melvin, causando-lhe, por óbvio, constrangimentos com a lembrança de um passado esquecido e vexatório para os padrões sociais da época¹⁸⁰.

A Corte californiano decidiu em favor da senhora Melvin, reconhecendo seu *direito à busca pela felicidade*¹⁸¹, contemplando a possibilidade de uma pessoa mudar seu projeto de vida e estar protegida de ataques desnecessários à sua personalidade e reputação sobre aspectos de seu passado, reputando o dano estar consubstanciado, especialmente, no fato da produção de Reid utilizar o nome verdadeiro de Gabrielle no filme, sem pensar nas consequências adversas de sua escolha para a vida da pessoa retratada no longa.

Veja-se, o tribunal não reconheceu, literalmente, um *right to be forgotten*, mas fundamentou o julgado em leitura do “direito à felicidade” como um exercício de mudança existencial que pressupõe um direito de esquecimento dos erros do passado, o esquecimento como ponto fulcral para um novo começo.

Outro caso interessante aconteceu na Alemanha, sendo, também, reconhecido pelos juristas como um precedente histórico do direito ao esquecimento: o caso *Lebach*.

Em 1969, um crime de latrocínio chocou a opinião pública alemã. Dois homens invadiram um depósito de armas na pequena cidade de *Lebach*, assassinando quatro soldados que guardavam o local, deixando um quinto soldado gravemente ferido. Os dois homicidas foram condenados à prisão perpétua, enquanto que um terceiro, partícipe que teria auxiliado os outros dois na preparação do crime, foi condenado a seis anos de reclusão.

O canal de televisão *ZDF* produziu um documentário sobre o caso, no qual identificava por nome e por foto os dois autores do crime e o terceiro partícipe, contando várias particularidades do caso, inclusive com detalhes sobre a relação homossexual que existia entre os homens que participaram do crime. O documentário iria ao ar poucos dias antes da soltura do partícipe.

O partícipe tentou junto às instâncias ordinárias, sem sucesso, conseguir uma medida judicial liminar para impedir a veiculação deste documentário. A questão eventualmente

180FRIEDMAN, Lawrence. *Guarding Life's Dark Secrets: Legal and Social Controls over Reputation, Property, and Privacy*. Palo Alto: Stanford University Press, 2007, p. 216-217.

181MANTELERO, Alessandro. *Op. cit.*, p. 230.

chegou ao Tribunal Constitucional Alemão, que julgou procedente a reclamação constitucional do partícipe, entendendo haver, no caso, uma violação ao seu *direito ao livre desenvolvimento da personalidade*.

A Suprema Corte Alemã entendeu que o exercício da liberdade de informação e de imprensa pelas instituições de radiodifusão está limitada a uma ponderação frente à proteção dos direitos da personalidade, devendo o julgador questionar o interesse concreto do público sobre estas informações e como, se possível, estas podem ser transmitidas sem que acarretem em dano aos direitos da personalidade. Neste ponto, é preciso refletir, por exemplo, se a exposição dos nomes verdadeiros e fotos dos acusados é de todo necessária, ou se implica em intervenção muito grave à esfera de privacidade destas pessoas¹⁸².

No Brasil, o caso mais notável de direito ao esquecimento enquanto direito à reabilitação diz respeito ao Recurso Especial nº 1.334.097/RJ¹⁸³, tendo como partes litigantes um ex-policial militar do Estado de São Paulo e a Rede Globo. O recurso foi movido em razão de a emissora de televisão ter exibido matéria em programa policial lembrando da acusação criminal do ex-militar por participação na *chacina da candelária*. Maiores detalhes sobre esse caso serão abordados no capítulo 4 deste trabalho, momento em que se fará análise jurisprudencial de alguns casos de direito ao esquecimento no país.

2.3.2. Direito ao Apagamento

No exercício de taxonomia de Voss e Castets-Renard, o direito ao apagamento aparece como mais uma das subclassificações do direito ao esquecimento.

Na história recente do direito, a questão do direito ao apagamento costuma aparecer conjuntamente com o conceito de direito à privacidade como direito à autodeterminação informativa. Trata-se do direito de uma pessoa retomar e exercer o controle sobre suas informações pessoais que estão em mãos do governo ou de particulares – empresas, instituições, etc.

Aliás, este problema da perda do controle sobre dados pessoais não é um fenômeno típico do século XXI, da era digital. A preocupação com o uso e o destino das informações sobre pessoas naturais existe desde a formação do *Welfare State* nas democracias ocidentais, o

182SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta Anos Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Berlin: Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., 2005, p. 487-492.

183 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.334.097/RJ*, Relator: Min. Luis Felipe Salomão, Data de julgamento: 28 mai. 2013. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj.pdf>>. Acesso em: 01 abr. 2017.

qual, em razão de suas políticas sociais, ampliou maciçamente a coleta e a abrangência dos cadastros dos usuários de serviços públicos¹⁸⁴.

É sempre interessante lembrar que o acesso e o controle de informações pessoais por governos totalitários europeus, como na Alemanha Nazista e no leste europeu soviético serviram amplamente para que o Estado pudesse controlar a população, perseguir dissidentes políticos e, no caso dos nazistas, identificar, prender e exterminar judeus e outras pessoas de etnias indesejadas pelo projeto eugênico de Hitler¹⁸⁵.

Não se trata, com isto, de fazer um *argumentum ad hitlerum* como um exercício persuasivo de convencimento sobre o mal do Estado em guardar dados minuciosos sobre seus nacionais. Não há nada de errado, *a priori*, que o governo ou empresas públicas ou privadas mantenham cadastro de seus cidadãos, usuários ou consumidores. Questiona-se, especialmente, o contexto e a duração que essas informações necessitariam permanecer armazenadas. Trata-se de um argumento pertinente que parte da defesa do direito pessoal de controle contextual e temporal dos próprios dados.

Não por outro motivo, ante o passado de totalitarismo enfrentado em todo o continente europeu – fascismo, nacional-socialismo, franquismo, socialismo-soviético, etc – a Europa tem sido, desde meados da década de 1990, o continente que mais promoveu avanços nas legislações do direito à privacidade sobre dados pessoais¹⁸⁶.

A Diretiva Europeia de Proteção de Dados nº 95/46/CE, uma legislação comunitária que trata sobre a transmissão de dados entre os países-membros da União Europeia e as formas como os cidadãos europeus podem se proteger ou controlar este fluxo de informações, não só estabeleceu formas de apagamento de informações de consumo após elas se tornarem obsoletas¹⁸⁷ como, também, em uma interpretação ousada e original do Tribunal de Justiça da União Europeia, serviu de fundamentação para a aplicabilidade do direito à desindexação em território europeu¹⁸⁸.

Esta diretiva, a propósito, passou por uma ampla revisão pela Comissão Europeia que trouxe à luz uma nova legislação em matéria de proteção de dados e da privacidade, o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados 2016/679¹⁸⁹, a qual irá revogar e substituir a

184MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. *Op. cit.*, p. 100.

185BROCK, George. *Op. cit.*, p. 27.

186VOSS, W. Gregory; CASTETS-RENARD, Céline. *Op. cit.*, p. 141.

187VOSS, W. Gregory; CASTETS-RENARD, Céline. *Op. cit.*, p. 302.

188CARO, María Álvarez. *Derecho al Olvido en Internet: El Nuevo Paradigma de la Privacidad en la Era Digital*. Madrid: Editorial Reus, 2015, p. 75.

189EUROPA. Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016. Relativo o à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados).

antiga diretiva nº 95/46/CE a partir de 25 de maio de 2018¹⁹⁰. Uma das grandes novidades deste novo regulamento é que, além de tratar das habituais hipóteses de direito ao apagamento, esta vem a tratar – pela primeira vez na legislação europeia – do direito à desindexação de forma expressa.

Fora do continente europeu, nos Estados Unidos, Voss e Castets-Renard¹⁹¹ destacam o *Children's Online Privacy Protection Act* (Ato de Proteção da Privacidade Online das Crianças)¹⁹², uma lei federal americana de 1998, posteriormente atualizada pela *Children's Online Privacy Rule* (Lei de Privacidade Online das Crianças), que possibilita que os pais ou responsáveis de crianças com idade inferior a treze anos possam requerer o apagamento de informações pessoais recolhidas sobre seus filhos ou protegidos aos sites e aplicações de internet.

Lei em sentido semelhante, a *Erase Law*¹⁹³ (literalmente, lei de apagamento), aplicável no estado americano da Califórnia, permite que os menores de idade possam requisitar aos provedores de internet o apagamento de seus dados compartilhados na rede.

Enquanto isso, no Brasil, Voss e Castets-Renard¹⁹⁴ reconhecem haver um direito ao apagamento previsto no artigo 7º, inciso X do Marco Civil da Internet, que determina o apagamento de dados cadastrais de um usuário após o termo de sua relação de consumo com o provedor:

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.

Apesar de ser comum que alguns juristas brasileiros limitem o âmbito de aplicação do direito ao esquecimento no Brasil à disciplina deste inciso X do artigo 7º do MCI, Ingo

Jornal Oficial da União Europeia, Bruxelas, n. 119, 04 mai. 2016. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=EN>>. Acesso em: 16 nov. 2017.

190 VOSS, W. Gregory. European Union Data Privacy Law Reform: General Data Protection Regulation, Privacy Shield, and the Right to Delisting. *The Business Lawyer*, Chicago, v. 72, 2017, p. 221-222.

191 VOSS, W. Gregory; CASTETS-RENARD, Céline. *Op. cit.*, p. 311.

192 UNITED STATES OF AMERICA. *Children's Online Privacy Protection Act of 1998*. Disponível em: <<https://www.ftc.gov/enforcement/rules/rulemaking-regulatory-reform-proceedings/childrens-online-privacy-protection-rule>>. Acesso em: 07 abr. 2017.

193 CALIFORNIA. *Senate Bill n° 568*, Chapter 336, 23 set. 2013. Disponível em: <http://leginfo.ca.gov/faces/billNavClient.xhtml?bill_id=201320140SB568>. Acesso em: 07 abr. 2017.

194 VOSS, W. Gregory; CASTETS-RENARD, Céline. *Op. cit.*, p. 317-318.

Sarlet¹⁹⁵ bem explica que o direito ao esquecimento no ordenamento brasileiro não se limita a este direito ao apagamento expressamente previsto na legislação do Marco Civil.

Sérgio Branco¹⁹⁶, por sua vez, veio a afirmar que o direito disciplinado no artigo 7º, inciso X do MCI não se trata de uma forma de direito ao esquecimento, sendo, segundo ele, uma forma simples de controle de dados pessoais dentro de uma relação de natureza contratual. Não há, neste dispositivo, necessariamente, a cogitação sobre um dano potencial aos direitos da personalidade do usuário, de modo que a tutela ofertada implica “[...] tão somente que este não tem mais interesse nos serviços oferecidos pelo site e pede para seus dados serem excluídos de forma definitiva”.

De mesmo modo, Branco afirma que o apagamento de dados pessoais determinados pelo artigo 43, § 5º, do Código de Defesa do Consumidor¹⁹⁷ ou pelos institutos penais da reincidência e correlatos não se caracterizariam como direito ao esquecimento.

Branco acaba restringindo o conceito jurídico de direito ao esquecimento ao (completo) apagamento de informações de caráter pessoal que se mostram incompletas ou obsoletas, sobretudo no âmbito da internet. A partir dessas razões, Branco chega a não considerar o direito à desindexação, proposto pelo Tribunal da Justiça da União Europeia, como sendo uma forma de direito ao esquecimento.

Segundo Branco¹⁹⁸, “o pedido relativo ao exercício de direito ao esquecimento deve ter como destinatário o meio de comunicação onde o dado se encontra”, de modo que, não sendo os provedores de pesquisa os responsáveis diretos pela publicação do dado na internet, responsabilizá-los pela desindexação de determinada informação não se caracterizaria como exercício do direito ao esquecimento. Nesse sentido, Branco expressa um entendimento contrário àquele sustentado pela doutrina estrangeira majoritária e adotado neste trabalho.

Dito isto, o direito à desindexação pode parecer, para alguns, um expediente estranho ao que se convencionou chamar de direito ao esquecimento, mas sua origem tem uma razão de ser que coloca o direito à desindexação como a forma mais atualíssima e bem arquitetada de direito ao esquecimento na contemporaneidade.

195SARLET, Ingo Wolfgang. Tema da moda, direito ao esquecimento é anterior à internet. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 22 mai. 2015. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-mai-22/direitos-fundamentais-tema-moda-direito-esquecimento-anterior-internet>>. Acesso em: 13 nov. 2017

196BRANCO, Sérgio. *Op. cit.*, p. 179.

197Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes. [...]

§ 5º Consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores.

198BRANCO, Sérgio. *Op. cit.*, p. 179.

2.3.3. Direito à Desindexação

O direito à desindexação, uma das expressões contemporâneas do direito ao esquecimento, diz respeito à possibilidade de um indivíduo requisitar dos provedores de pesquisa na internet a retirada de *hyperlinks* que levem os demais usuários a sites contendo informações irrelevantes ou desatualizadas sobre sua pessoa.

Pesquisa científica recente realizada por Robert Epstein e Ronald E. Robertson e publicada pela Academia Nacional de Ciências dos Estados Unidos demonstra que as pessoas são extremamente influenciadas em suas opiniões pelos textos contidos nos *hyperlinks* apresentados entre os primeiros resultados das buscas pelos provedores de pesquisa. Tal efeito foi batizado pelos pesquisadores de *Search Engine Manipulation Effect*¹⁹⁹ – em tradução aproximada, “efeito de manipulação dos provedores de busca” – pelo possível efeito altamente influenciador na formação da opinião do usuário de internet que o modo como estes resultados de pesquisa são apresentados pode causar.

Apesar de a pesquisa ter como foco de estudo a influência que as manipulações de informação podem ter no resultado de eleições políticas, as conclusões deste estudo podem ser bastante aproveitadas para o debate sobre o direito à desindexação.

Segundo o estudo, pois, as pessoas tendem a formar suas convicções sobre alguém sob forte influência da maneira como os motores de busca arranjam as informações sobre este alguém nos resultados.

A razão para o caso *Google Spain*, ademais, parte desta premissa. O que motivou o cidadão espanhol Mario Corteja Gonzalez a pedir seu direito ao esquecimento foi o fato de que os internautas, ao inserirem o nome de Mario Corteja Gonzalez nos motores de busca do *Google (Google Search)*, eram direcionados pelos *hyperlinks* para duas publicações na internet do jornal *La Vanguardia*, de 19 de janeiro e de 19 de março de 1998, que continham anúncio com seu nome acerca de venda de imóveis em hasta pública em decorrência de arresto que sofrera por dívida com a seguridade social.

A gigantesca repercussão mundial do caso *Google Spain*, julgado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia no ano de 2014, movimenta, pois, uma boa parte dos trabalhos acadêmicos publicados sobre direito ao esquecimento nos últimos anos, no Brasil e no

199EPSTEIN, Robert; ROBERTSON, Ronald E. The Search Engine Manipulation Effect (SEME) and Its Possible Impact on the Outcome of Elections. *Proceedings of the National Academy of Sciences*, Washington D.C., v. 112, n. 33, ago. 2015.

Disponível em: <<http://www.pnas.org/content/112/33/E4512.full.pdf>>. Acesso em: 04 jan. 2018.

exterior. Por tal motivo, o conhecimento de detalhes desse caso é de grande relevância para este trabalho.

A) O Paradigmático caso *Google Spain* na União Europeia

Em 5 de março de 2010, o cidadão espanhol Mario Corteja Gonzalez apresentou reclamação à Agência Espanhola de Proteção de Dados (AEPD) contra *La Vanguardia Ediciones SL*, que publicou originalmente as informações sobre sua dívida com o fisco, e contra o *Google Spain* e o *Google Inc*, que deu publicidade a estas informações através de seu motor de buscas.

O reclamante pediu à AEPD que ordenasse o jornal *La Vanguardia* a supressão de seus dados pessoais da página de internet – na prática, que apagasse estes dados –, e que o Google deixasse de exibir as informações publicados pela *La Vanguardia* entre os resultados das buscas do *Google Search*, pois a dívida com o fisco já havia sido quitada há anos, de forma que a informação já não mais possuía relevância atual.

Em decisão de 30 de julho de 2010, a AEPD indeferiu o pedido no que dizia respeito ao jornal *La Vanguardia*, argumentando que a publicação havia sido legalmente justificada, tendo sido efetuada por ordem do Ministério do Trabalho da Espanha para dar o máximo de publicidade ao ato de hasta pública.

Noutro ponto, a AEPD acolheu o pedido quanto ao *Google Spain* e o *Google Inc.*, alegando a responsabilidade das provedoras de *search engine* (motor de busca) pelo tratamento de dados e pelos resultados apresentados em suas pesquisas, estando sujeitas à legislação espanhola e europeia sobre proteção de dados.

Então, argumentando a defesa da dignidade da pessoa humana e o direito fundamental de proteção dos dados pessoais, a AEPD reconheceu a obrigação do *Google Inc.* e do *Google Spain* de retirada dos dados do reclamante dos resultados de pesquisa em suas páginas de motores de busca, por atuarem, nesta atual sociedade de informação, como intermediários entre as informações publicadas nos sites e os usuários da internet.

O *Google Spain* e o *Google Inc.* recorreram à Audiência Nacional da Espanha que resolveu submeter a controvérsia ao Tribunal de Justiça da União Europeia para que este analisasse questões prejudiciais referentes à interpretação da Diretiva Europeia de Proteção de Dados nº 95/46/CE, entre as quais se pode destacar: a competência territorial da diretiva, a responsabilidade civil dos provedores de busca sobre os conteúdos apresentados nos resultados de pesquisa e o âmbito de aplicação do direito ao esquecimento.

Sobre a questão da competência e âmbito de aplicação territorial da diretiva, a corte entendeu que basta haver a simples instalação de uma filial ou sucursal da empresa provedora de aplicações de internet em território da União Europeia para que a diretiva de proteção de dados seja aplicável ao caso, independentemente de a atividade de tratamento de dados, em si, estar sob responsabilidade comercial de sede em país não membro da União Europeia.

Quanto à questão da responsabilidade civil dos provedores de busca, entre os argumentos do *Google* para se eximir da responsabilidade pelos resultados apresentados, a empresa suscitou que a atividade dos motores de busca não pode ser considerada no conceito de atividade de tratamento de dados presente na diretiva europeia e que, ainda que seja considerada, a atividade dos motores de busca não deveria implicar em responsabilidade por seu tratamento, alegando não exercer controle prévio sobre os dados que exhibe nos resultados de busca.

Segundo o artigo 2º, alínea *b* da diretiva nº 95/46²⁰⁰, considera-se como atividade de tratamento de dados:

Qualquer operação ou conjunto de operações efetuadas sobre dados pessoais, com ou sem meios automatizados, tais como a recolha, registro, organização, conservação, adaptação ou alteração, recuperação, consulta, utilização, comunicação por transmissão, difusão ou qualquer outra forma de colocação à disposição, com comparação ou interconexão, bem como o bloqueio, apagamento ou destruição.

O artigo 2º, alínea *d*, por sua vez, determina quem é o responsável civil pelo tratamento de dados:

A pessoa singular ou colectiva, a autoridade pública, o serviço ou qualquer outro organismo que, individualmente ou em conjunto com outrem, determine as finalidades e os meios de tratamento dos dados pessoais; sempre que as finalidades e os meios do tratamento sejam determinadas por disposições legislativas ou regulamentares nacionais ou comunitárias, o responsável pelo tratamento ou os critérios específicos para a sua nomeação podem ser indicados pelo direito nacional ou comunitário.

A Corte Europeia rebateu os argumentos do *Google* ao afirmar a aplicabilidade do art. 2º, alínea *b*, aos provedores de busca, posto estes realizarem atividade de *recolher, recuperar, organizar e conservar* dados ao fazer a indexação de links e, ao submeter estes links indexados nos resultados de pesquisa, comunicam e colocam a disposição aos seus usuários.

200EUROPA. Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995. Relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, Bruxelas, n. 281, 23 nov. 1995. Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/95-46-ce/dir1995-46_part1_pt.pdf>. Acesso em: 08 abr. 2017.

A corte também considerou que os provedores de busca são responsáveis pelo tratamento de dados que realizam, nos termos da alínea *d* do artigo 2º, porque estes determinam *a finalidade e os meios de tratamento dos dados pessoais*.

Outro ponto enfrentado pela corte foi a questão da possibilidade da aplicação de um direito ao esquecimento tendo por base a diretiva europeia 95/46, especialmente naquilo que diz respeito ao artigo 12º, alínea *b*, referente à possibilidade de apagamento e bloqueio de dados, e ao artigo 14º, alínea *a*, que versa sobre o direito da pessoa em causa de se opor ao uso de determinados dados que lhe digam respeito, assim como a interpretação do artigo 6º, item 1, alíneas *c*, *d* e *e*, que versam sobre as condições de legitimidade das informações tratadas. Em análise aos aludidos dispositivos, a corte europeia²⁰¹ entendeu que:

[...] na hipótese de se concluir, no seguimento de um pedido da pessoa em causa ao abrigo do artigo 12.º, alínea b), da Diretiva 95/46, que a inclusão na lista de resultados, exibida na sequência de uma pesquisa efetuada a partir do seu nome, de ligações a páginas *web* publicadas legalmente por terceiros e que contenham informações verdadeiras sobre a sua pessoa, é, na situação atual, incompatível com o referido artigo 6.º, n.º 1, alíneas c) a e), devido ao facto de essas informações serem, tendo em conta todas as circunstâncias que caracterizam o caso concreto, inadequadas, não serem pertinentes ou já não serem pertinentes ou serem excessivas atendendo às finalidades do tratamento em causa realizado pelo operador do motor de busca, as informações e as ligações em causa da referida lista de resultados devem ser suprimidas.

Ou seja, tendo em vista a possibilidade de uma informação antiga e inicialmente legítima vir a se tornar ilegítima, o tribunal reconheceu o direito fundamental individual de uma pessoa exercer o seu direito à desindexação de determinadas dados expostos nos resultados de sites de busca, com base nos artigos 7º²⁰² – respeito à vida privada e familiar – e 8º²⁰³ – proteção de dados pessoais – da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, prevalecendo, *a priori*, este direito de autodeterminação informativa ante o interesse econômico dos provedores de busca e o interesse do público em acessar estes dados.

Ante, pois, estas exposições, o Tribunal de Justiça da União Europeia, decidiu em 13 de maio de 2014, no julgamento C-131/12, conceder permissão para que os cidadãos europeus peçam a empresas provedoras dos motores de busca, tal como o *Google*, que removam links

201EUROPA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Julgamento C-131/12*. Relator: Marko Ilešič, Data de julgamento: 13 mai. 2014. Disponível em:

<<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=152065&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=133559>>. Acesso em: 01 abr. 2017.

202Artigo 7º. Todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua vida privada e familiar, pelo seu domicílio e pelas suas comunicações.

203Artigo 8º. 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.

para páginas que exponham seus dados pessoais quando estas informações possam ser consideradas imprecisas, inadequadas ou irrelevantes, conforme trecho da parte dispositiva do acórdão:

[...] no âmbito da apreciação das condições de aplicação destas disposições, importa designadamente examinar se a pessoa em causa tem o direito de que a informação em questão sobre a sua pessoa deixe de ser associada ao seu nome através de uma lista de resultados exibida na sequência de uma pesquisa efetuada a partir do seu nome, sem que, todavia, a constatação desse direito pressuponha que a inclusão dessa informação nessa lista causa prejuízo a essa pessoa. Na medida em que esta pode, tendo em conta os seus direitos fundamentais nos termos dos artigos 7.º e 8.º da Carta, requerer que a informação em questão deixe de estar à disposição do grande público devido à sua inclusão nessa lista de resultados, esses direitos prevalecem, em princípio, não só sobre o interesse económico do operador do motor de busca mas também sobre o interesse desse público em aceder à informação numa pesquisa sobre o nome dessa pessoa. No entanto, não será esse o caso se se afigurar que, por razões especiais como, por exemplo, o papel desempenhado por essa pessoa na vida pública, a ingerência nos seus direitos fundamentais é justificada pelo interesse preponderante do referido público em ter acesso à informação em questão, em virtude dessa inclusão.

Em resumo, o Tribunal de Justiça da União Europeia, neste icônico caso *Google Spain*, decidiu, entre outras coisas, que os provedores de motores de busca são responsáveis pelo tratamento de dados que realizam ao coletar informações na rede e exibi-las em seus resultados de busca. Tendo em vista esta responsabilidade e reconhecido o direito individual à desindexação, cada cidadão europeu está autorizado pela Corte Europeia, por iniciativa própria, a solicitar extrajudicialmente que o *Google* ou qualquer outro site de buscas faça a retirada de links imprecisos, inadequados, irrelevantes ou excessivos sobre sua pessoa. O site, então, deve analisar esta solicitação e decidir se seu acolhimento é cabível no caso. Se o site de buscas se negar a realizar a desindexação, o cidadão europeu poderá demandar a empresa responsável pelo site para que a controvérsia sobre o conteúdo a ser retirado seja resolvida em vias judiciais.

B) Repercussão e críticas à decisão da Corte Europeia

Desde o caso *Google Spain*, o Google segue, então, recebendo e avaliando os pedidos de direito à desindexação de cidadãos de vários países da Europa. Há críticas, contudo, especialmente de figuras políticas, de que o Google tem feito remoção de links apenas nos domínios específicos do país de onde surgiu o pedido²⁰⁴, o que seria insuficiente e resultaria em efeitos bastante limitados da desindexação.

204ANTANI, Ravi. The Resistance of Memory: Could the European Union's Right to be Forgotten Exist in the United States?. *Berkley Technology Law Journal*, Berkley, v. 30, n. 4, 2015, p. 1178.

Nos formulários de requisição de direito ao esquecimento do Google, inclusive, a empresa pede que o reclamante determine a partir de qual país está fazendo seu pedido. Assim, um espanhol que pedir para o Google a remoção de links terá seus dados removidos apenas dos resultados de pesquisa do domínio do Google na Espanha. Os dados removidos para os domínios espanhóis ainda poderão ser acessados em outros domínios, seja de países europeus, seja de, especialmente, países de outros continentes.

Líderes europeus, no entanto, estão tentando pressionar a União Europeia e o Google pela efetivação de uma desindexação global²⁰⁵, o que afetaria outros países fora do continente europeu. Isso, por óbvio, causa um grande problema de competência “territorial”, ainda que, em fato, não exista um território na internet. A grande questão é se pode ser considerado justo que um tribunal europeu, a pretexto de proteger a privacidade de um de seus cidadãos, venha a limitar o direito à informação de pessoas residentes em outros continentes. Acredita-se que não. Os juristas em geral entendem que não é razoável que uma corte nacional, logo, pretenda que “[...] as suas decisões tenham eficácia que ultrapasse o seu território ou atinja além de seus nacionais, fora dos casos expressamente previstos no Direito Internacional”²⁰⁶.

A concretização de um direito ao esquecimento global na internet dependeria, pois, de um amplo debate internacional, envolvendo governantes de todas as nações e as principais empresas de serviço de internet, além de se exigir, é claro, a participação de grupos e organizações transnacionais de defesa dos direitos humanos e das liberdades na rede. A humanidade, contudo, não está preparada para este debate.

Decerto, por influência da decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia no caso *Gooogle Spain*, o direito ao esquecimento tem sido vastamente discutido por juristas do mundo inteiro, mas longe de se chegar a qualquer consenso. A decisão da Corte Europeia não ficou isenta de receber várias críticas ao redor do mundo, especialmente vindas de juristas de fora do continente europeu.

No Brasil, Daniel Sarmento²⁰⁷ critica a transferência de responsabilidade do ato decisório que a corte europeia delegou aos sites de busca, instituições privadas, incumbindo estas em ponderar o direito à privacidade do prejudicado em face do direito à informação.

Sarmiento acredita que tal medida estimula a censura privada. Por isto, o jurista argumenta a inaplicabilidade deste direito ao esquecimento tal como desenhado pela corte

205ANTANI, Ravi. *Op. cit.*, p. 1178.

206GOIS JR., José Caldas. *O Direito na Era das Redes: A Liberdade e o Delito no Ciberespaço*. São Paulo: Edipro, 2002, p. 75.

207SARMENTO, Daniel. Liberdades Comunicativas e “Direito ao Esquecimento” na ordem constitucional brasileira. *Revista Brasileira de Direito Civil*. Rio de Janeiro, v. 7, jan.-mar./2016, p. 208.

européia no Brasil, tendo em vista assumir a ideia de que os direitos de liberdade de expressão têm *posição preferencial* no ordenamento brasileiro. Tais considerações vão ser retomadas no próximo capítulo.

Ronaldo Lemos e Carlos Affonso²⁰⁸ proferiram críticas semelhantes, argumentando que a decisão da corte europeia estaria criando uma “justiça privada” ao transferir a obrigação de ponderação dos órgãos judiciários e jurisdicionais para os provedores de buscas, incorrendo em um estímulo governamental à censura privada.

Na Europa, o jurista italiano Mantelero²⁰⁹ criticou a Corte Europeia não, necessariamente, por conceder poder decisório sobre a ponderação entre direitos fundamentais a uma instituição privada, mas pelo fato de que a decisão da corte, baseada em uma diretiva de proteção de dados ultrapassada – a diretiva nº 95/46/CE –, ter concentrado poder demais no *Google*, que detém praticamente o monopólio de fato na atividade de provedor de buscas. Para Mantelero, a decisão do tribunal da União Europeia teve muito mais caráter político do que técnico, e não é capaz de resolver, de fato, o problema do esquecimento digital.

De qualquer modo, a repercussão da decisão proferida pela Corte Europeia foi muito significativa, tendo influenciado o reconhecimento do direito à desindexação pelas legislações de Rússia, Israel e Austrália, e sua aplicação pelas cortes de países como Japão, Canadá e Colômbia²¹⁰. No Brasil, o direito à desindexação vem sendo aplicado pelos tribunais inferiores a partir de interpretação do artigo 19 do Marco Civil da Internet²¹¹, cujos maiores detalhes serão explorados nos próximos capítulos.

2.3.4. Propostas para o futuro: o direito à obscuridade e o “direito ao esquecimento digital”

Além daquelas três subcategorias de direito ao esquecimento facilmente identificáveis e de aplicação e desenvolvimento bem conhecido na doutrina e na jurisprudência (direito à reabilitação, direito ao apagamento e direito à desindexação), Voss e Castets-Renard afirmam

208SOUZA, Carlos Affonso; LEMOS, Ronaldo. *Marco Civil da Internet: Construção e Aplicação*. Juiz de Fora: Editar Editora, p. 126.

209MANTELERO, Alessandro. The Protection of the Right to be Forgotten: Lessons and Perspectives from Open Data. *Contratto e Impresa/Europa*, Milão, n. 2, jul.-dez. 2015, p. 735.

210VOSS, W. Gregory; CASTETS-RENARD, Céline. *Op. cit.*, p. 328-333.

211Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

existir mais outros dois significados possíveis para o direito ao esquecimento: o direito à obscuridade e o “direito ao esquecimento digital”.

Deve-se alertar que ambos o direito à obscuridade e o “direito ao esquecimento digital”, assim como batizados pelos referidos juristas, são categorias muito recentes na doutrina, havendo pouquíssimos textos substanciais que desenvolvam, com a solidez necessária, o conteúdo e o alcance destas duas formas de “direito” ao esquecimento.

O “direito ao esquecimento digital” ao quais os juristas de Toulouse²¹² se reportam em seu artigo – *right to digital oblivion*, no texto original – diz respeito à proposta de Viktor Mayer-Schönberger no último capítulo do livro *Delete*, em que o autor sugere que o problema da memória permanente na internet pode ser amenizado consideravelmente se implantado um sistema de datas de expiração aos principais dados compartilhados na rede. A propositura feita por Mayer-Schönberger, no entanto, não se trata exatamente de um *direito*, e muito menos um direito subjetivo, mas uma solução técnica possível para se prevenir os danos à privacidade na rede.

Em que pese o excelente trabalho de classificação proposto por Voss e Castets-Renard, o uso da expressão *right to digital oblivion*, além de indicar um “direito” inexistente, também é um termo potencialmente confuso quando traduzido e adaptado para as línguas latinas. O “*direito ao esquecimento digital*” de Mayer-Schönberger não deve ser confundido com o direito ao esquecimento aplicável à internet, o qual geralmente se identifica sob os termos de *direito ao apagamento* ou *direito à desindexação*.

Por sua vez, o direito à obscuridade é um direito subjetivo ainda “nascente”, proposto pela jurista americana Julie Brill²¹³ como uma alternativa aos modelos de direito ao esquecimento aplicados na Europa continental e em outros países de tradição *civil law*. A autora propõe uma nova solução pela qual as informações não seriam mais apagadas ou desindexadas da rede, porém, por uma combinação outra de fatores técnicos, estes dados se tornariam relativamente difíceis de serem encontrados por métodos mais convencionais de pesquisa.

Pois bem, a rejeição de parte considerável dos juristas americanos à visão europeia de direito ao esquecimento leva-os, necessariamente, a pensar sobre outras formas alternativas de se implementar o direito ao esquecimento naquele país, embora a ideia de “direito à

212VOSS, W. Gregory; CASTETS-RENARD, Céline. *Op. cit.*, p. 334-337.

213BRILL, Jullie. Why You Have the Right to Obscurity. *The Christian Science Monitor*. Boston, 15 abr. 2015. Entrevista concedida a Evan Selinger e Woodrow Hartzog. Disponível em: <<http://www.csmonitor.com/World/Passcode/Passcode-Voices/2015/0415/Why-you-have-the-right-to-obscurity>>. Acesso em: 01 abr. 2017.

obscuridade” ainda permanece imatura e bastante confusa na doutrina americana, não havendo ainda desenvolvimento específico sobre este tema que o justifique como uma proposta realmente viável e consideravelmente diferente do direito à desindexação aplicado em território europeu.

Não obstante, embora, repita-se, não haja maior desenvolvimento doutrinário sobre como o direito à obscuridade possa ser diferenciado, de forma objetiva, do direito à desindexação, imagina-se que, ao contrário da desindexação, que implica na retirada de um *link* de internet dos resultados apresentados pelo site de buscas, a obscuridade apresentaria uma solução diferente: o dado que se deseja ser “esquecido” não seria removido dos resultados, mas, por exemplo, movido para as últimas páginas da lista de resultados da pesquisa.

Paul Schwartz²¹⁴, estudioso de uma perspectiva de direito comparado entre Europa e EUA, reafirma a dificuldade de o direito ao esquecimento conseguir maior penetração no debate jurídico americano. De acordo com ele, os juristas americanos, mesmo aqueles que lidam diretamente com as relações jurídicas na internet em suas pesquisas, geralmente ignoram ou menosprezam a temática do direito ao esquecimento e do direito à autodeterminação informativa, tendendo a se concentrar na discussão de questões como a proteção da propriedade intelectual e a neutralidade da rede.

A cultura jurídica americana de grande valorização das liberdades de expressão e de informação, a qual demanda uma abordagem mais cuidadosa e, por vezes, restrita dos direitos de privacidade, implica, em uma diligência ainda maior na ponderação dos direitos e interesses envolvidos nos casos de direito ao esquecimento. Aliás, esta defesa liberal-democrática americana por uma prevalência da liberdade de expressão e de informação sobre outros direitos fundamentais não é de todo estranho ao argumento jurídico dos países latinoamericanos, inclusive o Brasil, mesmo que por justificativas políticas, ideológicas ou históricas diversas. As várias objeções levantadas ao direito ao esquecimento no continente americano serão tema do próximo capítulo.

214SCHWARTZ, Paul M. The EU-U.S. Privacy Collision: A Turn to Institutions and Procedures. *Harvard Law Review*, New Haven, v. 126, 2013, p. 1966.

Capítulo 3. O Direito ao Esquecimento e seus limites na defesa constitucional do Direito à Liberdade de Expressão

O jurista argentino Eduardo Berton²¹⁵ não poupou críticas à decisão europeia no caso *Google Spain*. Segundo ele, o direito ao esquecimento carrega um grande potencial ofensivo para a história dos países latinoamericanos, que passaram recentemente por governos ditatoriais e ainda batalham para que sejam expostas as memórias dos crimes cometidos pelos regimes autoritários durante o período destas ditaduras.

Paul Bernal²¹⁶ comenta que, se o direito ao esquecimento é para os juristas europeus nada mais do que uma extensão lógica das leis de proteção de dados pessoais existentes no continente, para os juristas americanos, como Jeffrey Rosen²¹⁷, o direito ao esquecimento se apresenta como a “maior ameaça à liberdade de expressão na internet” para esta próxima década.

Logo, enquanto que o direito ao esquecimento é aceito na Europa continental sem maiores resistências, o caminho que terá de enfrentar nas Américas – especialmente nos Estados Unidos – é bem mais tortuoso. Claro, já há um bom número de decisões judiciais ou projetos de lei versando sobre direito ao esquecimento em boa parte dos países do continente americano, inclusive na América Latina²¹⁸. Por outro lado, o passado muito recente de regimes autoritários no continente latinoamericano torna um exercício difícil qualquer defesa de um direito que se coloca frontalmente em choque com a liberdade de expressão e de informação.

A liberdade de expressão e de informação não é somente um direito, mas um valor cardinal para todas as democracias ocidentais. A democracia e, dentro deste regime, a liberdade que ela proporciona, cobram o preço da “eterna vigilância”²¹⁹. O reconhecimento pelos Estados de que seus cidadãos têm o direito de expressar livremente suas concepções,

215BERTONI, Eduardo. The Right to be Forgotten: An Insult to Latin America History. *The Huffington Post*, Nova York, 24 nov. 2014. Disponível em: <http://www.huffingtonpost.com/eduardo-bertoni/the-right-to-be-forgotten_b_5870664.html>. Acesso em: 06 jun. 2017.

216BERNAL, Paul. The EU, the US and Right to be Forgotten. In: GUTWIRTH, Serge; LEENES, Ronald; DE HERT, Paul (orgs.). *Reloading Data Protection: Multidisciplinary Insights and Contemporary Challenges*. Nova York: Springer, 2014, p. 61.

217ROSEN, Jeffrey. The Right to be Forgotten. *Stanford Law Review Online*. Palo Alto, v. 64, fev. 2012, p. 88.

218Gregory Voss e Castets-Renard apresentam algumas destas leis e projetos em seu amplo estudo sobre o direito ao esquecimento no mundo. VOSS, W. Gregory; CASTETS-RENARD, Céline. Proporsal for an International Taxonomy on the various forms of the “Right to be Forgotten”: A study on the convergence of norms. *Colorado Technology Law*. Boulder, v. 14, n. 2, 2016, p. 314-318.

219Como diria frase atribuída a Thomas Jefferson: “o preço da liberdade é a eterna vigilância”.

sobretudo políticas, não é apenas uma liberalidade, porém um meio de permitir a própria sobrevivência do regime democrático.

Neste contexto, igualmente, a liberdade de imprensa e o papel fiscalizador a que ela propõe frente à ação dos poderes públicos e às demais relações, públicas ou privadas, que resguardam interesse público, é um fundamento basilar para a manutenção da democracia.

A verdade é que, desde que as primeiras nações modernas reconheceram tanto o direito à liberdade de expressão e de informação quanto o direito à privacidade como direitos fundamentais – e aqui, inclui-se o direito ao esquecimento –, estes direitos seguem em inevitável choque permanente.

3.1. O direito à liberdade de expressão e de informação, em seu sentido amplo e em sentidos restritos: o direito de informar, de se informar e de ser informado

Falar em “direito ao esquecimento” é um assunto delicado, principalmente porque este se coloca, em tese, frontalmente em oposição à liberdade de expressão e de informação, a qual possibilita a livre circulação de ideias e a livre comunicação dentro de uma sociedade democrática.

Normalmente, a doutrina tende a colocar a liberdade de expressão e de informação dentro de um conceito maior de direito à liberdade de expressão, em sentido mais amplo possível. No entanto, é importante que este direito à liberdade de expressão *lato sensu* seja visto como um direito que se ramifica em outros direitos de significado mais restrito. De tal forma, o direito à privacidade sempre entra em colisão direta com o direito à liberdade de expressão em algum dos seus sentidos mais estritos, jamais com a liberdade de expressão em toda sua amplitude.

Gomes Canotilho, Jonátas Machado e Gaio Júnior²²⁰ afirmam que a liberdade de expressão, em seu sentido mais amplo é, pois:

[...] um direito multifuncional, que se desdobra num cluster de direitos comunicativos fundamentais [...] que dele decorrem naturalmente, como seja, por exemplo, a liberdade de expressão *stricto sensu*, de informação, de investigação acadêmica, de criação artística, de edição, de jornalismo, de imprensa, de radiodifusão, de programação, de comunicação individual, de telecomunicação e comunicação em rede.

O direito à privacidade, em geral, e o direito ao esquecimento, mais especialmente, costumam entrar em colisão com direitos mais específicos de livre expressão e de comunicação, principalmente a liberdade de informação.

²²⁰CANOTILHO, J. J. Gomes; MACHADO, Jónatas Eduardo, GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Biografia não Autorizada versus Liberdade de Expressão*. Curitiba: Juruá Editora, 2017, p. 26.

Edilsom Farias²²¹ argumenta que a *liberdade de expressão* – em sentido estrito – e a *liberdade de informação* têm conteúdos jurídicos distintos. Segundo ele, a liberdade de expressão “[...] tem como objeto a manifestação de pensamentos, ideias, opiniões, crenças e juízos de valor”, já a liberdade de informação ou liberdade de comunicação “[...] tem como objeto a difusão de fatos ou notícias”.

A importância desta distinção se encontra, em essência, na delimitação da responsabilização jurídica pelo exercício das liberdades, posto que a liberdade de expressão *strictu sensu* detém uma natureza subjetiva e abstrata, enquanto que a liberdade de informação lida com dados de caráter e conteúdo objetivo, sendo assim sujeita, segundo posicionamento de Farias, ao critério interno da verdade²²².

Bem, quando se fala em direito ao esquecimento na internet, normalmente refere-se à possibilidade de uma pessoa conseguir a retirada ou o apagamento de algum dado sobre si que se encontra prévia e publicamente acessível na rede. Não se trata, aqui, da busca judicial por uma medida acautelatória, visto que a informação já é de conhecimento ou, pelo menos, de acesso público. Não se age, de forma direta, contra o exercício da liberdade que a imprensa tem de informar a sociedade em geral. O direito ao esquecimento na internet, em verdade, entra em choque diretamente com o direito de acesso à informação.

O direito à liberdade de imprensa, o qual é derivado, sobretudo, da liberdade de comunicação e de informação, em regra, aparece no argumento da colisão entre direitos fundamentais quando se busca juridicamente, não apenas a tutela ressarcitória ou indenizatória por suposto dano, mas, por vezes, quando se deseja que determinado fato sobre uma pessoa não seja tornado público. Tem-se, nestes termos, o pedido de uma tutela inibitória, a qual tem por objetivo “[...] a prevenção da prática, da continuação ou da repetição do ilícito, não tendo para tanto caráter punitivo e sim, preventivo”²²³.

Fala-se aqui, pois, em um daqueles casos em que o ofendido alega violação à sua vida privada e pede que determinado conteúdo seja impedido de publicação ou que, se já foi publicado, que seja imediatamente retirado do mercado. Normalmente, estes casos ocorrem em uma relação do indivíduo versus um órgão de imprensa de um dos veículos centralizados de grande comunicação de massa, como as emissoras de televisão ou os jornais, revistas, livros e outros meios impressos de grande circulação.

221FARIAS, Edilsom. *Liberdade de Expressão e Comunicação: Teoria e Proteção Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 55.

222FARIAS, Edilsom. *Op. cit.*, p. 55-56.

223CANOTILHO, J. J. Gomes; MACHADO, Jónatas Eduardo, GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Op. cit.*, p. 73.

Na internet, por outro lado, a informação, exceto no momento em que é publicada em algum dos grandes portais de comunicação– G1, R7 ou UOL, por exemplo –, quando recebe grande visibilidade, costuma estar descentralizada, de modo que o mais comum é que a pessoa que deseja “ser esquecida” tenha tomado ciência da existência de dados indesejáveis sobre si na rede ao fazer uma pesquisa se utilizando de um dos sites de serviço de buscas, normalmente o *Google Search*, os quais, com seus avanços algoritmos, fazem a varredura por toda a rede e apresentam um resultado sistematizado das informações encontradas.

Esta distinção na forma como a informação se comporta na internet em relação ao “mundo físico” é bem importante, porque o direito ao esquecimento na rede tende a se confrontar, em regra, com a ideia de livre – e rápido – acesso a informações.

E é neste ponto, em especial, que se deve discordar parcialmente da afirmação de Bucar²²⁴ de que “[...] a disciplina jurídica em torno da informação independe do meio de comunicação em que é veiculada”, pois as peculiaridades da internet demandam normativas específicas para o direito ao esquecimento na rede.

Ante a tendência de as informações publicadas no ciberespaço permanecerem nele por tempo indeterminado – com possibilidades de se estender *para sempre* –, principalmente frente ao baixo custo do armazenamento de dados, a questão do livre fluxo de informações no ambiente digital necessita de uma disciplina jurídica à parte, visto que a informação se comporta de forma diferente na internet em relação às mídias tradicionais²²⁵.

O direito à informação, o qual se coloca em colisão com o direito ao esquecimento, decorre diretamente do reconhecimento da liberdade de informação como um valor democrático fundamental: é pelo acesso à informação, sobretudo a informação verídica, que as pessoas podem estar melhor esclarecidas para exercerem sua cidadania. Logo, o direito à informação se coloca em posição central naquilo que Jónatas Machado chama de “procedimento conversacional aberto”²²⁶, pelo qual as pessoas em sociedade se engajam em um debate público plural para o formação de suas opiniões e convencimentos.

224BUCAR, Daniel. Controle Temporal de Dados: O Direito ao Esquecimento. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 2, n. 3, jul.-set./2013, p. 6.

225Particularmente crítico da ideia de “direito ao esquecimento” nas mídias tradicionais, Daniel Sarmento comenta que, no âmbito da internet, “[...] embora a designação não pareça a mais apropriada, o ‘direito ao esquecimento’ encontra [...] um campo legítimo para desenvolvimento, do ponto de vista dos valores jurídicos e morais envolvidos”. SARMENTO, Daniel. Liberdades Comunicativas e “Direito ao Esquecimento” na ordem constitucional brasileira. *Revista Brasileira de Direito Civil*. Rio de Janeiro, v. 7, jan.-mar./2016, p. 215.

226MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade de Expressão: Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 807.

Dentro do conceito maior de direito à informação, tem-se, diz a doutrina, três direitos menores e distintos: o direito de informar, o direito de se informar e o direito de ser informado.

O direito de informar, explica Edilsom Farias²²⁷, “[...] assegura ao seu titular a posição jurídica de poder divulgar fatos ou notícias que sejam de interesse coletivo”. Trata-se, principalmente, na perspectiva jurídica clássica, de um direito negativo de defesa contra a ação do Estado.

Neste sentido, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 130²²⁸, ao declarar a não recepção da lei de imprensa pela Constituição Federal de 1988, sustenta que ninguém pode ser obstaculizado de exercer a atividade de jornalista por não possuir diploma específico. A utilidade pública da atividade jornalística, assim como a própria fundamentação do direito de informar, tornaria totalmente desarrazoada qualquer restrição *a priori* do exercício deste direito. Desta forma, não se permite a restrição ao exercício da atividade jornalística em razão da ausência de diploma de graduação em jornalismo.

Por sua vez, o direito de se informar, o qual também pode ser chamado de direito de acesso à informação, diz respeito à “[...] faculdade de procurar ou investigar informações”, de forma que “[...] seu âmbito de proteção abarca essencialmente o livre acesso a todas as fontes localizadas na sociedade”²²⁹.

Por último, o direito de ser informado diz respeito à “[...] faculdade de receber informação [...], configurando juridicamente o polo passivo da comunicação”²³⁰. Este direito de ser informado revela-se, especialmente, no direito que os cidadãos têm de saber sobre como os poderes públicos gerem a coisa pública, estando, na esfera do direito público, ligado ao princípio da transparência da administração.

Pois bem, no âmbito da internet, enquanto que o conceito de direito ao apagamento se coloca em colisão com o direito à informação em todos seus possíveis sentidos, a ideia de direito à desindexação – retirada de links de notícias dos sites de busca –, mais restrita, se confronta diretamente com o direito de acesso à informação.

Entretanto, ao se adotar um direito que tem por objeto dificultar o acesso de informações na internet, tal como ocorre com o direito à desindexação, deve-se considerar que

227FARIAS, Edilsom. *Op. cit.*, p. 86.

228BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130*. Data do Julgamento: 30 abr. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso em: 05 nov. 2017.

229FARIAS, Edilsom. *Op. cit.*, p. 88.

230FARIAS, Edilsom. *Op. cit.*, p. 89.

a ONU reconhece, no artigo 19^{o231} de sua Declaração de Direitos Humanos, que o direito de *buscar* informações é um direito humano, assim como, igualmente, segundo o artigo 12^{o232} da mesma declaração, é direito humano não sofrer intromissões arbitrárias em sua vida privada. Ou seja, por mais que o escopo de aplicação do direito à desindexação seja bem mais limitado, evitando-se ao máximo afrontar valores fundamentais de uma ordem constitucional, a colisão entre direitos fundamentais é inevitável.

O desenvolvimento deste intrincado exercício de subclassificação das liberdades de expressão e de informação apresentado nos parágrafos anteriores foi proposto para se chegar àquilo que se entende ser o ponto central do problema do direito ao esquecimento: seu conflito com o direito fundamental que as pessoas têm de informar, de serem informados e de buscar informações.

O direito ao esquecimento *não* atua, pois, sobre a liberdade de expressão em sentido estrito, posto que esta liberdade pressupõe o direito de cada pessoa de expor seus valores e considerações pessoais sobre outras pessoas, acontecimentos ou fenômenos. O direito à liberdade de expressão *strictu sensu*, portanto, apenas comporta limites na configuração de conduta danosa, sendo, de outra forma, direito absoluto. Dito isto, não há que se falar em direito ao esquecimento em face de dano proveniente do (abuso do) exercício do direito à liberdade de expressão em sentido estrito ou, ao menos, não se aplicaria aqui o direito ao esquecimento em sua forma acautelatória.

O direito à informação, ao lidar com o exercício da atividade jornalística ou de atividades similares, pelas quais há o propósito de se difundir informações à coletividade, e ao lidar, também, com o livre acesso das pessoas aos dados e informações disponíveis nas mídias tradicionais e na internet, é o contraponto o qual se busca mitigar com o direito ao esquecimento.

Decerto, embora esse tipo de distinção seja necessário, de forma a afastar o uso precautório do direito ao esquecimento como forma de cerceamento das pessoas emitirem suas opiniões, críticas e crônicas, ou seja, livre expressão em seu sentido mais estrito, os juristas tendem a afirmar que a separação entre liberdade de expressão e liberdade de informação nos casos concretos é extremamente difícil, apesar de que, frise-se, a possibilidade

231Artigo 19º Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e idéias por qualquer meio de expressão.

232Artigo 12º Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a proteção da lei.

de se distinguir um de outro poderá ser de extrema importância para a formação da convicção do magistrado na promulgação de uma decisão mais equânime.

3.2. Argumentos contrários ao direito ao esquecimento

Daniel Solove²³³ atesta que a ideia contemporânea de direito à privacidade – e, conseqüentemente, de direito ao esquecimento – se choca com a liberdade de expressão e de informação muito mais do que as antigas leis de proteção da pessoa contra a difamação. Isto porque, quando se fala em difamação, há uma responsabilização da pessoa por difundir informações falsas.

O direito à privacidade em seu conceito atual, contudo, pressupõe que mesmo o ato de difundir informações verdadeiras sobre alguém pode lhe causar algum dano. Por esta razão, muitos críticos têm afirmado que este contemporâneo direito à privacidade informacional, nos fins das contas, serviria como um “direito meu de fazer o governo obrigar você a não falar sobre mim”²³⁴.

De qualquer forma, Solove²³⁵ afirma que a Suprema Corte Americana tem firmado recentemente o entendimento de que o direito à liberdade de expressão e de informação necessita ser ponderado caso a caso frente os outros direitos fundamentais envolvidos – sendo o direito à privacidade um deles –, porém deve-se manter sobre estas liberdades comunicativas, no mínimo, uma posição preferencial diante dos demais direitos em conflito.

Devido à recente influência que os juristas e os tribunais superiores brasileiros vêm recebendo da doutrina e jurisprudência americana, muitos constitucionalistas passaram a defender, igualmente, que o direito à liberdade de expressão e de informação no Brasil também goza de uma posição preferencial quando ponderado frente a outros direitos. Neste sentido, Luis Roberto Barroso²³⁶ argumenta que a restrição prévia, judicial ou legislativa, de publicação ou divulgação de fato ou de opinião deve ser, necessariamente, excepcional, posto que a Constituição Federal não contempla, ao menos explicitamente, esta possibilidade de limitação.

233SOLOVE, Daniel J. *The Future of Reputation: Gossip, Rumor and Privacy on the Internet*. New Haven: Yale University Press, p. 126-127.

234Neste sentido: VOLOKH, Eugene. Freedom of Speech and Information Privacy: The Troubling Implications of a Right to Stop People From Speaking About You. *Stanford Law Review*. Palo Alto, v. 52, 2000, p. 1050-1051.

235SOLOVE, Daniel J. *Op. cit.*, p. 128.

236BARROSO, Luis Roberto. Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. *Revista de Direito Administrativo*. Brasília, v. 235, jan./mar., 2004, p. 25.

A ideia de que certos direitos possuem uma posição preferencial frente a outros direitos se desenvolveu a partir de decisão da Suprema Corte Americana no caso *United States v. Carolene Products*, julgado em 1938, no qual se debateu sobre os limites da regulação das atividades econômicas pelo Estado. Segundo nota presente nesta decisão, formou-se o entendimento, em linhas gerais, de que o Poder Judiciário deve atuar em rigoroso escrutínio caso uma norma reguladora emanada através do processo legislativo venha a afetar *direitos preferenciais* ou direitos individuais de minorias²³⁷.

Daniel Sarmiento²³⁸ comenta que esse escrutínio judicial rigoroso consiste na verificação se a norma que se propõe a restringir o direito de posição preferencial “[...] promove um interesse público excepcionalmente importante (*compelling interest*)” e se essa norma “[...] é talhada de modo estreito e preciso (*narrowly tailored*), para favorecer dito interesse”. Em resumo, complementa o jurista²³⁹, uma norma que implique em restrições às liberdades comunicativas deve estar prevista em leis gerais e abstratas, deve estar fundamentada em princípios constitucionais e sua aplicação deve respeitar o princípio de proporcionalidade.

Daí porque, mais uma vez, entendido que os direitos de posição preferencial só podem ser mitigados em face de normas previstas em leis gerais e abstratas e fundadas em princípios constitucionais, deve-se reforçar a importância de se reconhecer o direito ao esquecimento como uma expressão contemporânea do direito à privacidade, direito este que encontra amparo constitucional no inciso X do artigo 5º e cujos parâmetros de aplicação jurisprudencial já têm uma consistência e um histórico de precedentes que podem e devem servir de orientação para os magistrados na análise de novos casos em concreto. Estes parâmetros serão desenvolvidos no capítulo 4. Por ora, cinge-se a prosseguir na exposição dos principais limitações que se impõem ao direito ao esquecimento.

3.2.1. A liberdade de imprensa e a sua importância para a democracia: liberdade de expressão e de informação e a censura

De acordo com o argumento democrático, a liberdade de expressão – entenda-se aqui, em seu sentido amplo – é um pressuposto político e jurídico fundamental para uma sociedade que se baseia na soberania popular. A liberdade de expressão em uma democracia cumpre

237LINZER, Peter. The Carolene Products Footnote and the Preferred Position of Individual Rights: Louis Lusky and John Hart Ely vs. Harlan Fiske Stone. *Constitutional Commentary*, Minneapolis, v. 12, n. 2, 1995, p. 278-281.

238SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, p. 198.

239SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, p. 199.

pelo menos dois grandes propósitos, explica Frederick Schauer²⁴⁰: primeiro, possibilita que o eleitorado tenha acesso às informações necessárias para exercer sua cidadania por meio do voto; segundo, permite que as pessoas possam criticar a atuação dos políticos, dos servidores públicos e dos órgãos e instituições do governo, exercitando uma forma social de controle do poder político.

Na França absolutista do século XVIII, as publicações de livros ou jornais “[...] não podiam ir à luz do dia senão após obtida autorização perante os organismos burocráticos e no pressuposto de não infringirem os estreitos limites reservados à censura”²⁴¹. Não havia, na monarquia absoluta francesa, o reconhecimento de um direito de se expressar criticamente em relação aos poderes públicos.

Apenas a partir do constitucionalismo moderno, pois, que a importância da liberdade de imprensa veio a ser amplamente aceita no mundo político ocidental, inclusive pelos poderes constituídos, enquanto um “[...] instrumento de defesa contra a autoridade ilimitada do Estado”, além de funcionar como “[...] salvaguarda dos direitos fundamentais da pessoa humana e como veículo de orientação pública”²⁴².

Quando se caminha de um regime democrático para um autocrático ou totalitário, geralmente a primeira liberdade perdida pelos indivíduos e suas associações livres é a de se expressar livremente, principalmente naquilo que possa vir a incomodar os governantes. A censura estatal aos órgãos de imprensa é o primeiro indicativo de que a democracia se encontra em risco.

Como salientado por Ana Carolina Trindade²⁴³, as experiências autoritárias – e totalitárias – do século XX colocam o Estado como um *vilão* sempre que se cogita em criar leis que imponham limites às liberdades. Embora o Estado não deva ser visto, necessariamente, como um inimigo da liberdade, precisa-se assumir que há um perigo constante de que ele possa vir a sê-lo.

Imagina-se que esta seja, pois, a maior razão de todas para que a ideia de direito ao esquecimento tenha sido tão mal recebida por uma parcela considerável dos intelectuais ocidentais. Mesmo que se enfatize que o direito ao esquecimento não tem por condão

240SCHAUER, Frederick. *Free Speech: A Philosophical Enquiry*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982, p. 35-36.

241DOTTI, René Ariel. *Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 112.

242DOTTI, René Ariel. *Op. cit.*, p. 126-129.

243COHEN, Ana Carolina Trindade. O Efeito Bola de Neve na Internet e a Eficácia das Decisões Judiciais que Garantem o Direito ao Esquecimento. In: CORREIA JR., José Barros; GALVÃO, Vivianny (orgs.). *Direito à Memória e Direito ao Esquecimento*. Maceió: Edufal, 2015, p. 53.

conceder à pessoa a possibilidade de se apagar ou se reescrever a história, a desconfiança persiste e, não se pode negar, é bastante justificável.

Dito isso, Rolf Weber²⁴⁴ comenta a grande dificuldade de se firmar um direito ao esquecimento nos Estados Unidos, tendo em vista que, historicamente, o direito à liberdade de expressão e de informação, garantia constitucional da Primeira Emenda, tem sido aplicado em favor da livre circulação de informações – quando verdadeiras – em detrimento dos interesses de proteção dos direitos da personalidade das pessoas afetadas por elas.

Esta ponderação pró-liberdade se justifica no ideal americano de democracia liberal, consubstanciado no temor de que relativizações do direito de liberdade de expressão e de informação possam levar à censura. Por estas razões, poucos foram os casos em que os tribunais dos EUA decidiram em favor de algum tipo de direito ao esquecimento, como ocorreu no icônico caso *Melvin vs. Reid*, descrito no capítulo 2 desta dissertação.

Há, sobretudo, nesta rejeição ao direito ao esquecimento, o medo de que ele sirva de ferramenta para que políticos corruptos ou particulares corruptores, que tenham se envolvido em atos ilícitos na administração ou na receptação de dinheiro público, consigam tornar sua história na vida pública “esquecida”. Mesmo que o âmbito de proteção do direito ao esquecimento não se preste a encobrir os crimes e desvios éticos daqueles que lidam com a coisa pública, persiste o temor de que o suposto ofendido não apenas turve a memória do país, mas se oponha a revisitação de fatos ou acontecimentos relacionados a ele que são de caráter fundamental para o bom exercício da escolha democrática pelo eleitorado.

Este mal-estar, principalmente da parte da imprensa, pode ser bem ilustrado a partir de trecho de editorial do Estado de São Paulo²⁴⁵, um dos jornais de maior circulação do país, que aponta a existência de um perigo de autoritarismo – ou, mesmo, um totalitarismo – na proposta jurídica de direito ao esquecimento:

O direito à privacidade impõe graves deveres a quem – seja pessoa jurídica ou física – queira publicar algum conteúdo na internet. Entre esses deveres, porém, não consta a obrigação de excluir, depois de certo tempo, determinados conteúdos simplesmente porque eles desagradaram a determinadas pessoas. Faz parte da liberdade de expressão o direito à memória, com suas luzes e também com suas sombras. Poucas coisas são tão autoritárias quanto a pretensão de apagar do passado determinados acontecimentos, como se eles nunca tivessem ocorrido. Tal ambição é típica dos regimes totalitários, que, conscientes de que uma sociedade privada de memória é frágil e facilmente manipulável, querem reescrever a história a seu modo. A possibilidade de lembrar é também uma manifestação de liberdade.

244WEBER, Rolf H. The Right to be Forgotten: More than a Pandora's Box?. *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law. Karlsruhe*, v. 2, n. 2, 2011, p. 112.

245DIREITO à memória. *O Estado de São Paulo*. Editorial. Edição de 26 de julho de 2016. Disponível em: <<http://opinio.estado.com.br/noticias/geral.direito-a-memoria.10000064979>>. Acesso em: 04 set. 2017.

Paul Bernal²⁴⁶ alerta que os juristas não devem ignorar estas reações contrárias ao direito ao esquecimento. É comum, pois, que juristas se dediquem ao estudo sobre a temática do esquecimento pensando na compatibilidade deste direito com a ordem constitucional de seus respectivos países ou que reflitam sobre as questões técnico-jurídicas da extraterritorialidade da internet, mas descuidem de filosofar sobre impacto social que esta discussão, para além do âmbito restritamente jurídico, acarreta. Existe, pois, o grande temor de que o direito ao esquecimento seja um expediente utilizado para fins de censura, a qual é, diga-se, vedada pela Constituição Federal brasileira²⁴⁷ e pelas constituições dos demais países de regime democrático.

Neste sentido, o temor da censura por parte do Estado foi por tempos a principal justificativa levantada por ativistas libertários que resistiram à regulamentação legal da rede. Por outro lado, para além da justa aversão à censura estatal, mesmo que a internet seja um ambiente que privilegia o fluxo livre de informações no ciberespaço, a rede também nunca esteve – totalmente – livre de algum tipo de *censura* privada.

Gois Júnior²⁴⁸ comenta que o servidor privado americano *Geocities*, hoje extinto, fazia busca nas páginas armazenadas em seu domínio e, posteriormente, excluía documentos que contivessem conteúdo sexual, sem ouvir previamente os usuários que fizeram o *upload* destes arquivos. Denúncias de imposição de uma moralidade particular ou cerceamento privado de ideologias na rede persistem até hoje, havendo acusações, por exemplo, de que a empresa *Facebook* estaria censurando notícias de viés político conservador em sua rede social²⁴⁹.

Por óbvio, por razões históricas e por ser o Estado o detentor do uso legítimo da coerção, a forma de censura que toma a preocupação dos juristas é, inevitavelmente, a censura em seu sentido tradicional, a censura estatal²⁵⁰. Mesmo no caso *Google Spain*, onde diversos

246BERNAL, Paul. A Right to Delete?. *European Journal of Law and Technology*. Belfast, v. 2, n. 2, 2011, p. 3.

247Art. 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:

[...]

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

248GOIS JR., José Caldas. *O Direito na Era das Redes: A Liberdade e o Delito no Ciberespaço*. São Paulo: Edipro, 2002, p.89.

249BOWLES, Nellie; THIELMAN, Sam. Facebook accused of censoring Conservatives, report says. *The Guardian*. Londres, 9 mai. 2016. Disponível em:

<<https://www.theguardian.com/technology/2016/may/09/facebook-newsfeed-censor-conservative-news>>.

Acesso em: 09 set. 2017.

250“Todavia, a ideia de censura deve ser fracionada e entendida de forma clara. A censura que mancha a história do país é a censura do Estado aos meios de informação, negando à sociedade uma memória coletiva, a fatos de interesse de todos”. CORREIA JR., José Barros; GALVÃO, Luís Holanda. Direito Civil: Da Memória ao Esquecimento. In: CORREIA JR., José Barros; GALVÃO, Vivianny (orgs.). *Direito à Memória e Direito ao Esquecimento*. Maceió: Edufal, 2015, p. 30.

especialistas alertaram para o risco de *censura privada* ao se delegar poderes ao Google para ponderar os interesses e direitos envolvidos nos pedidos de direito ao esquecimento, este poder do Google de agir como possível censor de informações foi-lhe atribuído pelas instituições públicas da União Europeia.

Logo, sendo este um dos principais focos das críticas à decisão do Tribunal da UE, e tendo o Brasil assumido uma posição preferencial das liberdades comunicativas nos julgados recentes de seus tribunais superiores, os juristas brasileiros necessitam indicar alguma outra instância decisória para o exercício de desindexação ou, mesmo, de apagamento de informações na internet: o Poder Judiciário, o qual deve ser responsável por avaliar e conciliar os interesses conflitantes envolvidos, aplicando, ou não, o direito ao esquecimento, em análise casuística.

3.2.2. Direito ao esquecimento e memória, individual e coletiva

Ao se falar direito ao esquecimento, é provável que se pense, logo em seguida, sobre o seu possível contraponto: a memória coletiva da sociedade. George Sarmiento²⁵¹, pois, argumenta a necessidade de se perpetuar “[...] a memória de fatos históricos que implicaram na violação de direitos humanos e na negação da democracia”, de forma a transmitir às novas gerações uma ética de repúdio às crueldades dos regimes autoritários e totalitários do passado, educando as novas gerações para o *nunca mais*. Ou seja, deve-se permitir que os jovens conheçam a história de sua sociedade e de seu povo para que jamais repitam os mesmos erros que seus antepassados cometeram.

Aliás, é importante deixar registrado, como Dominguez Martinez²⁵² muito bem frisa em sua obra, que o direito ao esquecimento atualmente discutido no Direito Brasileiro – e neste trabalho – “[...] não diz respeito aos aspectos macro do ‘esquecimento’. Não se trata de apagar os grandes eventos, principalmente aqueles de extrema violência e com implicações diretas aos direitos humanos”.

De tal forma, o direito ao esquecimento, como um direito subjetivo da personalidade – seja ele considerado autônomo ou decorrente do conteúdo jurídico contemporâneo do direito à privacidade – não pode atingir os grandes fatos históricos, esses que devem ser

251SARMENTO, George. A Educação em Direitos Humanos e a Promoção da Cidadania Brasileira. In: FEITOSA, Enoque *et al* (orgs.). *O Judiciário e o Discurso dos Direitos Humanos*, Volume 2. Recife: Editora Universitária da UFPE, 2012, p. 124.

252MARTINEZ, Pablo Dominguez. *Direito ao Esquecimento: A Proteção da Memória Individual na Sociedade de Informação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 70.

frequentemente lembrados para que se possa impedir que os erros passados sejam cometidos, novamente, no futuro.

Torna-se imperioso, então, discorrer aqui algumas linhas sobre as duas formas ilegítimas de esquecimento jurídico denunciadas por François Ost²⁵³: o esquecimento-falsário e o esquecimento-recalque. Tem-se por esquecimento-falsário, nas palavras do autor, as “[...] mil e uma formas de mentiras piedosas da história oficial para legitimar um regime ou reforçar uma ideologia, trabalhando à vontade com a simples verdade dos fatos”. O esquecimento-recalque, por sua vez, visa a garantir a amnésia coletiva sobre as perseguições políticas, os massacres e os genocídios postos em prática pelos regimes autoritários e totalitários.

Em suma, o esquecimento-falsário se caracteriza pelas pequenas falsificações da história que os governos corruptos ou decadentes e seus seguidores realizam para ocultar seus desvios éticos e seus erros na administração da coisa pública, “pequenos” revisionismos utilizados para beneficiar uma classe política ou uma liderança política de prestígio. O esquecimento-recalque já diria respeito à ocultação dos registros de crimes dos regimes autoritários e totalitários ou, pior, a negação oficial dos grandes crimes contra a humanidade, como o holocausto de judeus praticado pelos nazistas ou o holocausto de ucranianos perpetrado pelos soviéticos.

De outro modo, o direito ao esquecimento tem seu âmbito de aplicação possível no espaço das relações sociais em que a revisitação de fatos pretéritos não tem esta sublimidade de preservar a memória histórica de toda uma sociedade ou de um povo, ou de prevenir que os grandes erros da humanidade no passado se repitam no futuro.

Martínez²⁵⁴, pois, voltando-se ao paradigma sociológico de Halbwachs²⁵⁵ sobre a memória, a partir de um enfoque que lida com a relação entre indivíduo e coletividade, explica que “[...] o requisito essencial para a perpetuação da memória coletiva será diretamente proporcional ao grau de importância que cada um de seus membros confere a determinado evento”. Desta forma, o jurista brasileiro conclui que:

Estas lições podem ser ajustadas e transplantadas para a realidade atual em que se pode correlacionar diretamente a ideia de direito à informação de um grupo social e a aplicação do direito ao esquecimento de um membro sob sua perspectiva individual. Assim, a partir do momento que aquele fato pretérito já não mais é rememorado e desejado pelo indivíduo, a importância de sua memória perde força e destaque no contexto coletivo.

253OST, François. *O Tempo do Direito*. Trad. Elcio Fernandes. Bauru: Editora Edusc, 2005, p. 161-162.

254MARTÍNEZ, Pablo Dominguez. *Op. cit.*, p. 69.

255HALBWACHS, Maurice. *A Memória Coletiva*. São Paulo: Edições Vértice, 1990, p. 55.

Argumentar, contudo, que a memória coletiva se enfraquece em razão do desejo de um indivíduo de não relembrar de um fato passado parece uma interpretação exageradamente holística do fato social. Da mesma forma, dizer que a pessoa goza de um direito à memória individual que afaste o conhecimento de terceiros acerca de fatos sobre ela também não parece fazer muito sentido, posto que a memória do indivíduo, nos fins das contas, é um fato estritamente interno à sua pessoa, e que não se faz manifestar no mundo jurídico quando alguém externa o desejo de se ver alguma informação pretérita sobre si esquecida.

A lembrança indesejada não afeta um direito de memória individual, sendo fato que a memória individual não se externaliza como manifestação da personalidade. Se o direito ao esquecimento, nestes termos os quais se convencionou nomeá-lo, já se trata de uma terminologia amplamente questionável, alegar a existência de um direito à memória individual seria metodologicamente mais impreciso ainda, ao menos a partir de uma dimensão negativa, qual seja, de que atos de terceiros possa vir a macular a memória interna que alguém guarda em si. A memória individual não é, de forma alguma, o objeto jurídico de proteção do direito ao esquecimento.

Por outro lado, ao se pensar a partir de uma dimensão construtiva, faz sentido falar em um direito à memória individual como expressão da personalidade humana. Nessa direção, ademais, Lins Neto²⁵⁶ afirma o direito à memória (individual) como um “[...] direito subjetivo daquele que busca conhecer sua própria história de vida”, possibilitando-se a recomposição do patrimônio histórico da pessoa.

Entendendo-se nesses termos, então, é bastante razoável se sustentar a existência do direito à memória individual dos desaparecidos e torturados das ditaduras, para a finalidade de se compelir o Estado a revelar a verdade oculta sobre o paradeiro destas pessoas, o que representaria – no total inverso do que se discute neste trabalho – um “direito de não ser esquecido”.

Por sua vez, afirmar a existência de um direito à memória coletiva pode significar uma tentativa metodológico-normativa mais aprimorada em se conceber um aspecto de direito coletivo ao direito à informação, que classicamente é tido como direito individual, embora este se sustente em argumentos de interesse geral do público.

Em verdade, em alguns casos, a legislação ou a jurisprudência de alguns países reconhece a preponderância de um direito à memória coletiva sobre a liberdade de expressão,

²⁵⁶LINS NETO, José Ribeiro. A Tutela Civil do Direito à Memória como Instrumento a Serviço da Justiça de Transição. In: CORREIA JR., José Barros; GALVÃO, Vivianny (orgs.). *Direito à Memória e Direito ao Esquecimento*. Maceió: Edufal, 2015, p. 171.

sendo o mais notável exemplo os países que criminalizam a publicação de textos ou de livros que negam o holocausto judeu, tal como ocorreu no Brasil no famoso caso Ellwanger²⁵⁷. Neste sentido, José Barros e Galvão²⁵⁸ comentam que negar o holocausto judeu é negar a memória (coletiva) de todo um povo, e que este tipo de negacionismo pode levar à “[...] repetição de erros imperdoáveis cometidos pelo homem no passado”.

De uma maneira ou de outra, o direito ao esquecimento, como já foi explicado anteriormente, não se aplicaria aos grandes fatos pertencentes à memória histórica ou social, nem tampouco às pequenas mentiras perpetradas pelos governos e lideranças políticas para se legitimarem no poder. Portanto, mais uma vez, “[...] o aspecto privado do direito ao esquecimento, baseado na dignidade humana, busca proteger o indivíduo em face da divulgação de informações privadas [...], fora do contexto, sem utilidade pública, sem contemporaneidade”²⁵⁹, ainda que verídicas.

3.2.3. A recente decisão do Supremo Tribunal Federal a respeito das Biografias não autorizadas e a posição preferencial dos direitos de liberdade de expressão

Recentemente, em 2015, o Supremo Tribunal Federal emanou uma decisão em análise de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.815/DF²⁶⁰ que afeta diretamente o debate sobre o direito ao esquecimento. No julgado, o STF conferiu interpretação conforme a Constituição Federal aos artigos 20 e 21 do Código Civil²⁶¹, sem redução de texto, para declarar a inexigibilidade de autorização prévia para a publicação de obras biográficas, seja da pessoa biografada, seja de coadjuvantes ou de seus respectivos familiares, em se tratando de pessoa morta.

257BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 82424 RS*. Paciente: Siegfried Ellwanger. Relator: Min. Moreira Alves. Data da publicação: 19 mar. 2004. Disponível em: <http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfJurisprudencia_pt_br&idConteudo=185077&modo=cms>. Acesso em: 24 set. 2017.

258CORREIA JR., José Barros; GALVÃO, Lucas Holanda. *Op. cit.*, p. 33.

259MARTINEZ, Pablo Dominguez. *Op. cit.*, p. 71.

260BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.815/DF*. Relatora: Min. Carmen Lúcia. Data de julgamento: 10 jun. 2015. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/acordao-biografias-nao-autorizadas.pdf>>. Acesso em: 07 out. 2017.

261Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

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

O STF entendeu que a necessidade de autorização prévia para biografia consistiria em censura prévia particular, assim como, também, a determinação judicial do recolhimento de obras incorre em censura estatal. A Constituição Federal, pois, veda expressamente a censura, não sendo possível que a disciplina de norma de lei infraconstitucional (no caso, o Código Civil) possa vir a impedir o exercício de direito constitucionalmente garantido.

Esta decisão do STF vem, afinal, reafirmar a tese sustentada pelos constitucionalistas de que o direito à liberdade de expressão e de informação goza de posição preferencial no ordenamento jurídico brasileiro quando em choque com outros direitos fundamentais²⁶². Assim sendo, boa parte dos constitucionalistas brasileiros vêm a sustentar que, em razão desta posição preferencial, os eventuais abusos dos direitos de liberdade de expressão e de informação só poderão ser analisados pelos juízes *a posteriori*, a partir da análise das conseqüências fáticas do exercício destes direitos²⁶³.

Aliás, Canotilho, Machado e Gaio Júnior²⁶⁴ afirmam que este entendimento firmado pelo STF terá por consequência que as pessoas públicas muito dificilmente conseguirão impedir por via judicial a publicação ou divulgação de biografias não autorizadas que tenham uma base factual verdadeira.

Argumenta Tepedino²⁶⁵, a atividade de caráter jornalística ou biográfica, eventualmente virá a atingir a personalidade do retratado, mas isto não implica, necessariamente, na ocorrência de um dano injusto, já que a divulgação de fatos verdadeiros sobre pessoas notórias – estando ausente o interesse difamatório – constitui em “[...] exercício regular de direito, em preponderância das liberdades sobre a personalidade do indivíduo”. A atividade biográfica, portanto, esta coberta pelo direito à liberdade de informação, sendo a veracidade dos fatos condicionante do exercício regular deste direito.

Nesse sentido, Tepedino diz ainda que “o abuso ou desvio do exercício da liberdade de informação, caracterizado pela ilicitude das fontes, falsidade evidente dos fatos apresentados

262BARCELLOS, Ana Paula de. Intimidade e Pessoas Notórias. Liberdade de Expressão e de Informação e Biografias. Conflito entre Direitos Fundamentais. Ponderação, Caso Concreto e Acesso à Justiça. Tutelas Específicas e Indenizatórias. *Revista Direito Público*, Brasília, v. 11, n. 55, 2004, p. 90.

263CATÃO, Adualdo; ALMEIDA, Livia Lemos Falcão de; BARROS, Caroline Maria Costa. Interpretação e Aplicação do Direito Fundamental à Liberdade de Expressão e de Imprensa: Uma Abordagem Comparativa entre o TJ/AL e o STF. In: FEITOSA, Enoque *et al* (orgs.). *O Judiciário e o Discurso dos Direitos Humanos*, Volume 2. Recife: Editora Universitária da UFPE, 2012, p. 79.

264CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MACHADO, Jónatas Eduardo Machado; GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Op. cit.*, p. 85.

265TEPEDINO, Gustavo. Direito sobre Biografias no Brasil. *RDA - Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 262, jan./abr. 2013, p. 312-313.

ou desvirtuamento das finalidades do interesse tutelado” deve ser punido em juízo *a posteriori*, jamais *a priori*²⁶⁶.

Alguns civilistas, por outro lado, vão se posicionar criticamente a esta interpretação mais expansiva da liberdade de informação. Barros e Galvão²⁶⁷, por exemplo, lamentam que aqueles que defendem o direito à privacidade e à intimidade das pessoas famosas frente aos interesses econômicos dos editores de biografias não autorizadas sejam taxados de censores. Argumentam os autores, o Poder Judiciário deve intervir na publicação de fatos biográficos, ainda que *a priori*, sempre que houve falsidade nos dados ou não recair sobre a publicação qualquer interesse público legítimo.

De qualquer modo, afirma Barcellos, o dissenso entre os juristas a respeito da ponderação entre liberdade de informação e direitos da personalidade se funda, no fim das contas, na “[...] ênfase maior ou menor no caráter excepcional da tutela específica – isto é, a proibição de divulgação – como forma de lidar com o conflito”²⁶⁸.

A decisão do STF sobre a inexigência de autorização prévia para publicação de biografias, logo, não impediria, por completo, que uma tutela inibitória venha ser a concedida para afastar ou fazer cessar o risco de dano à pessoa que a divulgação de determinada informação possa vir a causar, mesmo que esta inibição só possa vir a ser admitida em casos extremamente excepcionais²⁶⁹, especialmente quando se averiguar a falsidade das informações apresentadas.

De tal forma, mesmo admitindo que “[...] o STF negou o direito ao esquecimento (este reconhecido no Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil) quando em confronto com a liberdade de publicar biografias”, o enunciado nº 576, aprovado na VII Jornada de Direito Civil²⁷⁰, declara, ainda assim, que “o direito ao esquecimento pode ser assegurado por tutela judicial inibitória”.

De um modo ou de outro, um entendimento “definitivo” sobre o lugar do direito ao esquecimento na colisão com o direito à informação, especialmente ante a posição preferencial destes e a possibilidade – ou não – de tutela inibitória, só deverá ser consolidado após o Supremo Tribunal Federal julgar o mérito do Recurso Extraordinário nº 1.010.606²⁷¹,

266TEPEDINO, Gustavo. *Op. cit.*, p. 314.

267CORREIA JR., José Barros; GALVÃO, Lucas Holanda. *Op. cit.*, p. 42.

268BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. cit.*, p. 81.

269CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MACHADO, Jónatas Eduardo Machado; GAIJO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Op. cit.*, p. 83.

270CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *VII Jornada de Direito Civil*. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, 2013, p. 89.

271 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo nº 833.248/RJ*. Relator: Min. Dias Tofolli, Data do Julgamento: 9 dez. 2014. Disponível em:

interposto por familiares de Aída Curi, vítima de assassinato em 1958, que teve a história de sua morte recontada recentemente em programa policial da Rede Globo, o Linha Direta.

Por outro lado, como já comentado anteriormente neste capítulo, o direito ao esquecimento na internet pouco ou nada tem a se beneficiar deste debate sobre tutela inibitória, visto que, quase sempre, sua aplicação se condiciona à retirada de informações previamente públicas e amplamente acessíveis na rede. O direito ao esquecimento *online*, pois, se baseia em regras específicas forjadas a partir das especialidades do regime de responsabilidade civil dos provedores de internet, o qual já considerou, de antemão, esta posição preferencial da liberdade de expressão e de informação em sua disciplina legal no Marco Civil da Internet.

3.3. A responsabilidade civil dos provedores no Marco Civil da Internet

Antes do Marco Civil da Internet, foi sancionada pela presidente Dilma Rousseff, em 30 de novembro de 2012, a lei nº 12.737/2012, popularmente conhecida como “lei Carolina Dieckmann”, pouco após a atriz ter fotos íntimas suas vazadas na internet. A referida lei alterou o Código Penal Brasileiro para dispor sobre a tipificação criminal de delitos informáticos, especialmente o crime de “invadir dispositivo informático alheio, [...] com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo [...]”²⁷², havendo aumento de pena se a partir da invasão houver “[...] divulgação, comercialização ou transmissão a terceiro, a qualquer título, dos dados ou informações obtidos”²⁷³.

Possíveis críticas à parte sobre o conteúdo da lei Carolina Dieckmann, o avanço da legislação penal sobre os atos ilícitos na rede gerou uma pressão no Congresso Nacional para que este se apressasse na tramitação do projeto de lei nº 2126/2011, o qual tratava da regulamentação civil da internet. Não é muito razoável, pois, sob o ponto de vista democrático, que o Estado expanda seu poder punitivo em um “novo campo” do direito sem

<<http://www.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2017/02/STF-RG-no-REx-com-Ag-833248.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

272 Art. 154-A. Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

273 Art. 154-A. [...] § 3º Se da invasão resultar a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas, assim definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido: Pena – reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave.

§ 4º Na hipótese do § 3º, aumenta-se a pena de um a dois terços se houve divulgação, comercialização ou transmissão a terceiro, a qualquer título, de danos ou informações obtidas.

que, igualmente, promova leis que assegurem e protejam o bom exercício de direitos daqueles que agem de forma lícita e com boa-fé.

De qualquer modo, segundo Carlos Affonso e Ronaldo Lemos²⁷⁴, os fatos que mais pesaram para a agilização no trâmite e na aprovação, no ano de 2014, do projeto de lei nº 2126/2011, que veio a se transformar na lei nº 12.965, o *Marco Civil da Internet*, foram outros: as gigantescas manifestações populares de rua em 2013, que foram convocadas e organizadas por meio da internet e, sobretudo, as denúncias de Edward Snowden de que a presidente Dilma Rousseff estava sendo alvo de espionagem internacional. Desta forma, “[...] o Marco Civil foi escolhido como parte da resposta nacional aos escândalos envolvendo o aumento indiscriminado de vigilância e espionagem”.

O que importa a este trabalho, contudo, não é a extensão total da lei civil da internet, em seus pontos polêmicos como, por exemplo, a neutralidade da rede, mas somente os dispositivos do MIC que enfrentam a questão da responsabilidade civil dos provedores quanto aos conteúdos gerados por terceiros, tema que já vinha sendo enfrentado pela jurisprudência nacional, e que finalmente adentrou a legislação civil com um viés voltado à proteção da liberdade de expressão e de informação na rede.

3.3.1. Responsabilidade civil dos provedores de aplicações por conteúdo gerado por terceiros

O Marco Civil da Internet disciplina em sua seção III as normas aplicáveis à responsabilização civil dos provedores de internet por danos causados a terceiros. Mas antes de se adentrar às suas questões nodais, é importante ter uma boa noção do que são provedores de serviços de internet – ou, simplesmente, provedores de internet – e como a literatura especializada os define e os diferencia.

Os provedores de serviços de internet, segundo Marcel Leonardi²⁷⁵, são pessoas físicas ou jurídicas que prestam “[...] serviços relacionados ao funcionamento da internet”, sendo subdivididos em, pelo menos, quatro categorias: provedores de *backbone*, provedores de correio eletrônico, provedores de hospedagem e provedores de acesso. Pode-se acrescentar a esta lista, ainda, os provedores de pesquisa e as redes sociais.

274SOUZA, Carlos Affonso; LEMOS, Ronaldo. *Marco Civil da Internet: Construção e Aplicação*. Juiz de Fora: Editar Editora Associada, 2016, p. 25.

275LEONARDI, Marcel. *Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviço de Internet*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005, p. 19.

Os provedores de *backbone*²⁷⁶, tecnicidades à parte, são aqueles responsáveis pela estrutura física para a conexão da rede, formando a “espinha dorsal” – tradução para o português de *backbone* – da internet. De pronto, deve-se enfatizar que os provedores de *backbone* não possuem qualquer tipo de nexo causal entre o dano provocado por um terceiro e o usuário de internet ofendido, a não ser o fato único de fornecer as estruturas físicas da rede o que, de forma alguma, por questões de pura razoabilidade jurídica, os torna responsáveis civilmente pelos abusos cometidos pelos usuários de internet. Sequer o Marco Civil faz algum tipo de menção aos provedores da *espinha dorsal*, tendo em vista que eles não têm qualquer tipo de relação direta com o usuário.

A figura que faz esta intermediação entre as estruturas físicas da rede e consumidor do serviço de internet, oferecendo-lhe acesso à rede através de um plano de dados – franquia – é o provedor de conexão. No entanto, segundo o artigo 18 do Marco Civil da Internet²⁷⁷ expressamente prevê, o provedor de conexão também não tem qualquer responsabilidade civil sobre conteúdos gerados por terceiros.

Como explicam Ronaldo Lemos e Carlos Affonso²⁷⁸, “responsabilizar o provedor de conexão pelas condutas de seus usuários é uma prática rechaçada pelos tribunais nacionais e estrangeiros desde o final dos anos noventa”.

Quanto aos demais tipos de provedores – de correio eletrônico, de hospedagem, de pesquisa e as redes sociais –, estes foram comprimidos em uma única categoria pelo Marco Civil da Internet, a categoria dos *provedores de aplicações de internet*.

Antes da promulgação do MCI, a jurisprudência nacional se dividia entre três correntes distintas quanto ao problema da responsabilização civil dos provedores de aplicações no que diz respeito à conduta de seus usuários, indo da posição que sustentava a total irresponsabilidade, até os posicionamentos que sustentavam a responsabilidade civil objetiva – baseada na ideia de risco da atividade desenvolvida ou de defeito do serviço – ou, menos gravosa, a responsabilidade civil subjetiva²⁷⁹.

A sustentação da responsabilidade civil dos provedores de aplicações por atos de terceiros, independentemente de culpa – exceto se for comprovada culpa exclusiva desses

276LEONARDI, Marcel. *Op. cit.*, p. 20.

277Art. 18. O provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros.

278SOUZA, Carlos Affonso; LEMOS, Ronaldo. *Marco Civil da Internet: Construção e Aplicação*. Juiz de Fora: Editar Editora Associada, 2016, p. 98.

279SOUZA, Carlos Affonso; LEMOS, Ronaldo. *Op. cit.*, p. 69-70.

terceiros –, se basearia na aplicação do Código de Defesa do Consumidor²⁸⁰ às relações entre usuário de internet e provedor, amparada na teoria do risco do serviço. Embora não se possa negar que a relação entre usuário e provedor é, de fato, uma relação de consumo, o Marco Civil da Internet, lei de conteúdo especial para as relações jurídicas entre usuários e provedores, tomou por opção reconhecer a responsabilidade subjetiva dos provedores de aplicação por danos gerados por conteúdo de terceiros, afastando assim a aplicação do regime de responsabilidade civil do CDC e do CC, o qual só se torna aplicável subsidiariamente, em caso de lacunas na lei civil da internet.

Houve, ainda, a opção no MCI de que esta responsabilização do provedor não decorreria do não atendimento de uma notificação extrajudicial da ocorrência do dano, mas que, de outro modo, a responsabilidade civil do provedor de aplicações só surge a partir do “[...] não atendimento tão somente de uma decisão judicial ordenando a retirada do material”²⁸¹. A responsabilidade civil subjetiva após o recebimento de ordem judicial específica, portanto, é a regra presente no *caput* do artigo 19, conforme se lê:

Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

O MCI, como fica claro em seu artigo 2º, *caput*²⁸² e no artigo 3º, inciso I²⁸³, confere uma proteção especial ou livre fluxo de informações na rede. Por esta razão, optou-se por determinar que a responsabilidade civil dos provedores de aplicações por danos causados por terceiros surge após o descumprimento de ordem judicial específica para retirada do conteúdo ofensivo.

Por ordem judicial específica, entenda-se a disposição do § 1º do artigo 19, de que “[...] ordem judicial de que trata o *caput* deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material”. Tornando este dispositivo mais claro, o MCI determina que a ordem judicial direcionada ao provedor de informações deve conter os protocolos URL – melhor dizendo, o endereço eletrônico – do conteúdo que se deseja desindexar ou apagar.

280Destaca-se: Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

281SOUZA, Carlos Affonso; LEMOS, Ronaldo. *Op. cit.*, p. 82.

282Art. 2º A disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão [...].

283Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios: I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal [...].

Ou seja, a ordem do juiz não deve ser um comando vago, algo como determinar ao *Google* que promova a retirada de todos os links de resultados para algum termo de busca ou expressão específica.

Aliás, foi exatamente neste sentido de buscar a exclusão de uma expressão específica – “Xuxa pedófila” – que a apresentadora e atriz Xuxa Meneghel ajuizou ação em face da empresa americana *Google*, em razão dos serviços que a empresa fornece como provedora de pesquisa com seu *Google Search*.

Embora o caso da Xuxa não tenha sido tratado, a princípio, como um caso de “direito ao esquecimento” pelo Poder Judiciário brasileiro, ele consiste em um dos embates judiciais mais notáveis sobre o direito à desindexação que se tem notícia nas cortes brasileiras.

O passado o qual Xuxa deseja ver esquecido diz respeito ao filme “*Amor Estranho Amor*”, lançado em 1982, no qual a atriz interpreta uma prostituta que é contratada por um poderoso político para iniciar sexualmente o filho dele, um garoto de 12 anos. O filme, a despeito das cenas de nudez e narrativa pouco convencional, não se trata de uma obra essencialmente pornográfica, embora tenha se tornado infame por ter colocado a então Xuxa de 19 anos de idade – na época, a maioridade civil se completava aos 21 anos – contracenando em cenas de conotação sexual com um jovem pré-adolescente.

Aos fins da década de 1980, início dos anos 90, Xuxa vivia um grande momento de sucesso como apresentadora de programa infantil, quando o relançamento em videocassete deste filme voltou a incomodá-la, tendo inclusive movido ação judicial para impedir sua comercialização²⁸⁴. A partir desta época, ante os murmúrios sobre a sua atuação em filme de teor sexual, espalhou-se a ideia de Xuxa teria cometido atos de pedofilia durante sua curta carreira no cinema.

Com o advento da internet de banda larga e a ampla popularização do uso dos provedores de pesquisas para se encontrar de maneira rápida e fácil virtualmente qualquer informação disponível da rede, a ligação de seu nome com seus atos supostamente pedófilos voltou a incomodar Xuxa, que ajuizou ação intentando “[...] compelir a *Google* a remover do site de pesquisas os resultados relativos à busca pela “expressão ‘xuxa pedófila’ ou, ainda, qualquer outra que associe o nome da autora, escrito parcial ou integralmente, e independentemente de grafia, se correta ou equivocada, a uma prática criminosa qualquer”²⁸⁵.

284ORSINI, Elizabeth. O Vídeo Polêmico de Xuxa. *Jornal do Brasil*. Rio de Janeiro, 21 ago. 1990. Disponível em arquivo em: <<http://www.tv-pesquisa.com.puc-rio.br/mostraregistro.asp?CodRegistro=13176&PageNo=4>>. Acesso em: 04 jul. 2017.

285SOUZA, Carlos Affonso; LEMOS, Ronaldo. *Op. cit.*, p. 87-92.

Xuxa conseguiu tutela antecipada em primeira instância, mas a discussão chegou ao STJ, que exarou decisão desfavorável à autora para anular a antecipação de tutela concedida, havendo o voto da relatora ministra Nancy Andrighi afirmado a prevalência do direito à informação quando sopesado frente o direito à privacidade da atriz.

A questão voltou a ser debatida em primeira instância em seu mérito, tendo a defesa de Xuxa se amparado no conceito do direito ao esquecimento e indicado o caso *Google Spain* como um precedente internacional de direito à desindexação. A apresentadora teve o pedido julgado improcedente em sentença de mérito, tendo recorrido ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, quando sofreu nova derrota. Em seu voto, a desembargadora relatora Valéria Dechaeux afirmou como razão principal da negativa ao provimento do recurso:

[...] diante do entendimento firmado pelas Cortes Superiores, aplicado pelo douto juízo a quo, seria necessária a indicação da URL da página, e o que a Autora pretende é a exclusão genérica de qualquer referência que entenda ofensiva à sua honra ou ao seu passado de modelo fotográfico, na forma indicada exordial²⁸⁶.

Logo, o tribunal carioca ressoou um entendimento das cortes superiores que se coloca em consonância com o § 1º do artigo 19 do MCI, de que a ordem judicial para desindexação de resultados de busca deve conter indicação específica das URLs que se deseja ter retiradas. Como o judiciário não pode, ele mesmo, de ofício, fazer a identificação destes endereços eletrônicos que ofendem a autora, nem também pode, por lei, determinar que a empresa provedora de serviços de pesquisa o faça, cabe ao interessado listar as URLs a serem desindexadas em sua peça inicial.

Interessante destacar que a desembargadora não adentrou nos méritos do exercício do direito ao esquecimento de Xuxa: se este, em si, afrontaria ou não o direito à liberdade de informação. Apenas indicou que o pedido genérico da autora, este sim, caso provido, seria especialmente danoso à liberdade de informação:

Veja-se que na hipótese, não está se negando à Autora o exercício do direito ao esquecimento, direito que possui de não permitir que um fato, verídico ou inverídico, ocorrido em determinado momento de sua vida, seja exposto ao público em geral, mas, afastando a responsabilidade da Ré de acordo com o entendimento firmado pelos nossos Tribunais, com base, inclusive, ao direito de informação e na ponderação entre direitos.

Não obstante, esta decisão pode ser criticada em razão das circunstâncias bem peculiares de seu caso concreto. José Barros e Luís Galvão²⁸⁷ argumentam que, se os sites de pesquisa não podem ser responsabilizados pelo conteúdo das páginas às quais remetem em

286BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação Cível nº 0024717-80.2010.8.19.0209*. Relatora: Desembargadora Valéria Decheux. Órgão julgador: 19ª Câmara Cível. Data de julgamento: 02 mai. 2017. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/xuxa-perde-acao-google-qual-tentar.pdf>>. Acesso em: 04 jul. 2017.

287CORREIA JR., José Barros; GALVÃO, Luís Holanda. *Op. cit.*, p. 40.

seus resultados, eles podem ser responsabilizados por sugerir expressões com juízos de valor desabonadores – “Xuxa pedófila” – aos seus usuários.

A possibilidade de exclusão de resultados para determinadas expressões sugeridas pelos sites de buscas estaria, segundo estes Barros e Galvão, dentro das capacidades técnicas do provedor, tal como disposto no artigo 19, *caput* do MCI, afastando-se a necessidade de ordem judicial específica, determinada pelo parágrafo 1º do mesmo artigo. Esta interpretação, apesar de bastante razoável, claro, é controversa.

Ainda, é interessante confrontar a possibilidade – ou não – de o caso Xuxa ser resolvido por meio de ferramentas de defesa do direito autoral. Em verdade, ainda que Xuxa detenha atualmente os direitos de distribuição do filme “*Amor Estranho Amor*”, e o contrato assinado pela Xuxa na época da filmagem tenha se destinado apenas a exibição do longa-metragem nos cinemas, as soluções possíveis que a atriz e apresentadora pode buscar com base no regime jurídico de proteção da propriedade intelectual são insuficientes para se satisfazer o pedido de Xuxa ao Google.

Explica-se, Xuxa não deseja simplesmente que *links* para vídeos e imagens de seu filme sejam removidos da internet, algo que ela poderia conseguir utilizando-se das ferramentas de *digital rights management* do *Digital Millenium Copyright* americano. O pedido de direito ao esquecimento de Xuxa não visa à remoção de arquivos ilegais do filme – o que seria legítimo – ou à proibição de menções ao filme na internet – o que seria ilegítimo –, mas, outrossim, a atriz intenta compelir o Google a remover todos os resultados de busca em seus servidores que sejam acessíveis por meio do uso simultâneo dos termos “Xuxa” e “pedófila” pelos usuários do site de pesquisa *Google Search*.

Xuxa procura, em última análise, impedir que o Google apresente resultados de pesquisa que reforcem os boatos ou o senso comum de que ela seria pedófila ou que algum dia praticou atos de pedofilia. Logo, a atriz deseja exercer uma espécie de controle social sobre a opinião pública através da ocultação de informações sobre ela resultantes de uma pesquisa baseada em um juízo de valor errôneo sobre a sua pessoa.

Não obstante, sabendo-se que os provedores de aplicações não podem ser responsabilizados civilmente por danos causados por terceiros senão após decisão judicial específica apontando os *links* a serem removidos, pergunta-se se a Xuxa não poderia ter optado por identificar e processar individualmente aqueles que espalham o boato na rede de que ela seria pedófila, ao invés de requisitar ao Google que fizesse este controle prévio sobre o conteúdo identificável na rede por meio dos termos de pesquisa.

Sobre isto, é interessante destacar que não há no Brasil, pois, uma tendência de se buscar processar o usuário diretamente responsável pelo conteúdo²⁸⁸. Pode-se dizer que este fato se dá por uma série de razões, seja pela eventual dificuldade existente em se identificar o usuário criador do conteúdo danoso, seja pela maior praticidade e celeridade em se valer do artigo 19, *caput* do Marco Civil da Internet para pleitear a retirada de dados da rede.

De qualquer forma, o artigo 20 do MCI²⁸⁹ determina que o provedor de aplicações, tendo ciência de quem é o usuário responsável pelo conteúdo, comunique-lhe os motivos e as informações a respeito da retirada do conteúdo. A determinação do artigo 20, deve se deixar claro, não se justifica por razões de responsabilização civil, mas, principalmente, foi pensada para oferecer a possibilidade de contraditório ao usuário que fez a publicação original. Como se pode imaginar, este artigo raramente é aplicado pelos juízes e tribunais, ainda que ele tenha por objetivo oferecer mais uma forma de garantia à liberdade de expressão na rede.

Bem, se a legislação do Marco Civil da Internet não se mostra muito “generosa” na proteção da imagem das pessoas públicas na rede – visto ter escolhido colocar as liberdades de expressão e de informação como preferenciais na disciplina da internet no país –, ela foi, por outro lado, consideravelmente exemplar na proteção das pessoas vítimas de um ilícito civil relativamente comum na presente década: os casos de exposição não autorizada da nudez, principalmente aqueles relacionados ao chamado *revenge porn* ou, no português, pornô de vingança.

3.3.2. Responsabilidade civil dos provedores de aplicações nos casos de *revenge porn*

Quando o assunto é a exposição não autorizada de nudez ou da intimidade sexual de uma pessoa, o MCI tomou um direcionamento bem mais protetivo da privacidade pessoal, como não poderia deixar de ser. Versa o artigo 21, *caput*, do Marco Civil da Internet:

O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante

288Nos EUA, pelo contrário, é mais comum o interessado processar o usuário responsável pela divulgação da informação do que processar o provedor, especialmente em razão da existência de dispositivos legais que contemplam uma isenção geral de responsabilidade dos provedores de internet, com poucas exceções, estas geralmente relacionadas à violação de propriedade intelectual. SOUZA, Carlos Affonso; LEMOS, Ronaldo. *Op. cit.*, p. 72-74.

289Art. 20. Sempre que tiver informações de contato do usuário diretamente responsável pelo conteúdo a que se refere o art. 19, caberá ao provedor de aplicações de internet comunicar-lhe os motivos e informações relativos à indisponibilização de conteúdo, com informações que permitam o contraditório e a ampla defesa em juízo, salvo expressa previsão legal ou expressa determinação judicial fundamentada em contrário.

legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo.

Nestes casos, como não há nenhum tipo de “direito à informação” que mereça ser tutelado – afinal, ninguém pode ter um direito de acesso à nudez íntima de terceiro sem seu consentimento –, o legislador optou pelo caminho mais sensato de determinar a responsabilidade civil, ainda que subsidiária, do provedor de aplicações tão logo ele tome ciência, por parte do ofendido, em via extrajudicial, da existência de conteúdo sexual ou íntimo que tenha sido publicado por terceiros sem autorização de seus participantes.

Importante ressaltar que o MCI sequer fala em um “direito à desindexação” – retirada de *hyperlinks* de sites de busca – nestes casos, posto que ausente qualquer interesse social neste tipo de informação, a indisponibilidade do conteúdo de natureza sexual não autorizado se dará por apagamento de todo material, sendo, na medida do que for possível tecnicamente, retirado por completo da rede.

Há, ainda, um ponto muito interessante na redação deste artigo que merece ser comentado: diz-se, de forma expressa, que a regra do artigo 21 é aplicável – apenas – a cenas de nudez e atos sexuais de *caráter privado*. Isto quer dizer que, se as cenas de nudez ou de sexo forem originárias de alguma produção de caráter comercial, será aplicável o artigo 19 do MCI ou, ainda, a legislação cabível em termos de direitos autorais.

Se, por exemplo, uma modelo faz um ensaio fotográfico nu para uma revista masculina, e estas fotos são divulgadas na internet sem sua autorização, fora do contexto original em que foram fotografadas, ela não estaria protegida pela determinação do artigo 21. Para que a requisição de retirada deste conteúdo tenha o condão de obrigar os provedores de aplicação sob pena de responder civilmente pelos danos causados, será preciso, então, uma ordem judicial específica.

Esta opção do legislador em não proteger, da mesma forma, os interesses de quem participa de cenas de nudez ou de ato sexual que tenha algum caráter comercial, ainda que divulgadas na internet fora de seu *contexto* – frisa-se –, pode ser bastante questionada. Conforme visto no capítulo 1, há, pois, uma dimensão de controle contextual ligada ao direito à privacidade: as pessoas podem oferecer sua imagem de nudez para uso comercial, inclusive para a indústria do entretenimento adulto, mas isto não significa que elas devem ficar subprotegidas das violações que sua intimidade pode sofrer fora daquele contexto específico para o qual a captação e a divulgação das imagens foi autorizada.

Existiria um direito à informação de buscar fotos ou vídeos de pessoas famosas em cenas de nudez ou de sexo fora do contexto pelo qual elas foram inicialmente autorizadas e

produzidas? Voltando ao caso Xuxa: há algum tipo de interesse público legítimo à informação que justifique que as pessoas tenham acesso a imagens ou vídeos da polêmica atuação de Xuxa no filme “Amor Estranho Amor”? Este é um questionamento importante que o legislador parece ter se esquecido de se fazer.

Ainda, Erick Lucena²⁹⁰ argumenta que o legislador deveria ter sido mais inclusiva na proteção concedida no artigo 21 do MCI para não só resguardar a privacidade e a intimidade de quem tem conteúdo privado de cunho íntimo ou sexual vazado na rede, como também oferecer a possibilidade de uma pessoa, vítima de brincadeiras de mau gosto na internet – *cyberbullying* –, possa exigir de um provedor de aplicações a remoção extrajudicial do conteúdo ofensivo, sob pena de responsabilização civil subsidiária deste provedor pelos danos decorrentes da permanência deste material na internet.

De um modo ou de outro, críticas à parte, o legislador brasileiro foi bastante sensível, ao menos, em oferecer remédios jurídicos céleres para os casos de violação da intimidade sexual das pessoas comuns – e das pessoas públicas em sua vida privada –, o que torna possível que se evite ocorrer no Brasil casos semelhantes ao que acabou por levar a italiana Tiziana Cantona ao suicídio.

Em abril de 2015, Tiziana Cantona enviou para o namorado e outras quatro pessoas, por meio do *WhatsApp*, uma série de vídeos íntimos em que ela aparece fazendo sexo com diferentes parceiros. Os vídeos foram compartilhados pela rede por alguma destas cinco pessoas e, eventualmente, acabaram sendo publicados em sites de conteúdo adulto. Pior, por seu comportamento desinibido e aparente estado de embriaguez nos vídeos, Tiziana se tornou um *meme* entre usuários de internet italianos, fazendo com o que seus vídeos se tornassem *virais*²⁹¹.

Depois de um pouco mais de um ano e meio de tramitação de processo na justiça italiana para ter seu direito ao esquecimento reconhecido, Tiziana suicidou-se por não conseguir lidar com o assédio público que sofria pela divulgação de seus vídeos na rede e, especialmente, ante a demora do poder judiciário italiano em tomar uma decisão favorável a seu direito.

290PEIXOTO, Erick Lucena. A Responsabilidade Civil na Internet e os Direitos da Personalidade sob a Ótica do Direito Civil Constitucional. In: CELLA, José Renato Gaziero; NASCIMENTO, Valéria Ribas do; ROVER, Ares José (orgs.). *Direitos e Novas Tecnologias*. Florianópolis: Conpedi, 2015, p. 75.

291REYNOLDS, James. Tiziana Cantone: a italiana que teve a vida destruída por vídeos virais de sexo. *BBC News*. Nápoles, 20 fev. 2017. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/internacional-38954744>>. Acesso em: 07 jul. 2017.

3.3.3. O Marco Civil da Internet e a relação entre direito à desindexação e direito ao apagamento

Destaque-se que, embora se possa entender que os caminhos do artigo 19 do MCI levam necessariamente ao direito à desindexação – pois lidaria com conteúdo de possível interesse público – e a aplicação do artigo 21 do MCI implica, sempre, no total apagamento e exclusão das informações de caráter íntimo da rede – visto aqui não haver interesse público –, esta interpretação não deve ser de tal forma tão rígida. Direito à desindexação e direito ao apagamento são intercambiáveis e complementares, de modo que um juiz pode aplicar ambos, desindexação e apagamento, ao caso concreto, ou apenas um deles.

A desindexação, mais uma vez, foi uma opção adotada, em especial, pelos europeus como uma forma de tornar determinadas informações mais difíceis de serem encontradas na rede, buscando-se uma vertente do direito ao esquecimento que conseguisse harmonizar, da melhor forma possível, direito à privacidade e direito à informação.

O apagamento – completa retirada – de informações da internet ainda é uma opção jurídica a ser considerada, porém se costuma defender o direito ao apagamento em casos mais singulares, os quais se relacionam à exposição de uma pessoa em uma dimensão de seu ser em que é, salvo raras exceções, injustificável a interferência de terceiros. Tal como discorre o artigo 21 do MCI, busca-se conceder as ferramentas mais céleres e efetivas para se proteger a esfera mais restrita da privacidade de uma pessoa: a sua intimidade, sobretudo naquilo que diz respeito a sua nudez ou preferências e atividade sexual.

De certo, outras peculiaridades do caso concreto podem vir a convencer o magistrado de que determinada informação deve ser apagada da rede e não apenas desindexada dos sites de busca. Por exemplo, poder-se-ia adotar o direito ao apagamento ao invés da desindexação em casos envolvendo *cyberbullying* de crianças e de adolescentes. Noutra banda, exemplifica-se, em sendo impossível, por razões de natureza técnica, conseguir a retirada de foto ou de vídeo de conteúdo sexual de seu site de origem, o julgador pode determinar, a pedido, a remoção de links nos sites de busca que remetam à imagem ou ao vídeo que se deseja ver esquecido.

O que não deve ser aceitável, como infelizmente parte da jurisprudência brasileira recente tem decidido, é que se aplique o direito ao esquecimento furtando-se de avaliar a relevância e o interesse público no acesso de informações relacionadas a pessoas públicas que exercem cargos de natureza política, o qual se baseia no imperativo argumento democrático.

De mesmo modo, não se deve, como no julgado do Resp nº 1.593.873 pelo Superior Tribunal de Justiça²⁹², negar a aplicabilidade do direito à desindexação no ordenamento jurídico brasileiro para se sugerir, pior, a aplicação do direito ao apagamento, mais gravoso, em casos que envolvem um conflito claro entre direito à privacidade e direito à informação.

Aliás, o posicionamento recente da jurisprudência, assim como os requisitos e parâmetros a serem usados em seu julgamento pelos tribunais, será um dos principais temas a serem enfrentados no capítulo a seguir, dedicado aos caminhos percorridos e aqueles ainda a ser trilhados no reconhecimento, aplicação e efetividade do direito ao esquecimento no Brasil.

292BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.593.873/SP*, Relatora: Min. Nancy Andrighi. Órgão Julgador: Terceira Turma. Data de Julgamento: 10 nov. 2016. Disponível em: <<http://www.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2017/02/STJ-REsp-1.593.873.pdf>> Acesso em: 04 nov. 2017.

Capítulo 4. O Direito ao Esquecimento no Brasil: Reconhecimento, Aplicação e Efetividade

O direito ao esquecimento tomou especialmente o debate público brasileiro a partir de dois julgados recentes no Superior Tribunal de Justiça, no ano de 2013, ambos da relatoria do ministro Luis Felipe Salomão, e ambos envolvendo matérias televisivas veiculadas no programa jornalístico policial Linha Direta, da Rede Globo: o caso da chacina da Candelária, Resp nº 1.334.097/RJ, e o caso Aída Curi, Resp nº 1.335.153/RJ.

Em 2014, o caso Aída Curi chegou ao STF em sede de recurso extraordinário, momento em que a Suprema Corte do país reconheceu a repercussão geral do direito ao esquecimento²⁹³. O recurso ainda segue esperando por uma decisão de mérito, mas uma importante audiência pública envolvendo empresas e entidades interessadas no direito ao esquecimento ocorreu em 12 de junho de 2017.

A partir dos posicionamentos expostos nesta audiência, Anderson Schreiber²⁹⁴ identificou que a doutrina sobre o direito ao esquecimento no Brasil se divide em três correntes: posição pró-informação, posição pró-esquecimento e posição intermediária.

Os defensores da posição pró-informação, grupo formado principalmente por entidades ligadas à comunicação, argumenta não existir direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro, não admitindo sequer a possibilidade de se extrair este direito dos demais direitos da personalidade, como a privacidade.

A posição pró-esquecimento, defendida principalmente por juristas ligados ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), não só argumenta a existência do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro, como também defende que este deve preponderar sobre o direito à informação sempre que se estiver em causa a lembrança de fatos pretéritos ligados ao cometimento de crimes e contravenções.

A posição intermediária, defendida por membros do Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCivil), sustenta que o direito ao esquecimento deve ser sempre ponderado frente ao direito à informação, caso a caso, e que nenhum destes direitos teria alguma hierarquização *a priori*.

293 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo nº 833.248/RJ*. Relator: Min. Dias Toffoli, Data do Julgamento: 9 dez. 2014. Disponível em: <<http://www.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2017/02/STF-RG-no-REx-com-Ag-833248.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

294SCHREIBER, Anderson. *As Três Correntes do Direito ao Esquecimento*. Jota. São Paulo, 18 jun. 2017. Disponível em: <<https://jota.info/artigos/as-tres-correntes-do-direito-ao-esquecimento-18062017>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

Esta última é, por aproximação, a corrente adotada neste presente trabalho, apesar de se tomar por opção, ao longo desta dissertação, assumir que os direitos à liberdade de expressão, de comunicação e de informação guardam uma *posição preferencial* sobre os direitos de personalidade, preferência esta que se exterioriza, principalmente, nos parâmetros a serem analisados pelo julgador no ato de ponderação entre os direitos em conflito: pessoa pública, lugar público, ato ou fato criminoso ou de relevância histórica e o tempo e contexto da informação, sem falar no critério macro do interesse público, o qual pauta, em última análise, a importância que uma informação detém para a coletividade e a razão final para o direito à informação preponderar sobre um interesse particular.

Os casos da Chacina da Candelária e Aida Curi, julgados em 2013 pelo Superior Tribunal de Justiça, embora não tenham sido decididos à luz da ideia de posição preferencial do direito às liberdades comunicativas, são importantes precedentes de como estes parâmetros de julgamento podem ser utilizados pelos juízes. Pode-se notar, ao longo dos julgados, que a preocupação com os parâmetros da pessoa pública e da relevância histórica, aliados à verificação do interesse pública legítimo, foram fundamentais para o posicionamento adotado pela corte a partir da análise das especificidades de cada um dos casos.

4.1. Os casos da Chacina da Candelária e Aida Curi

No primeiro caso, JGM ajuizou ação para reparação por danos morais em face da TV Globo Ltda. por ter seu nome completo e imagem veiculados em matéria exibida no programa Linha Direta como tendo sido um dos acusados de participação na *chacina da Candelária*, em julho de 1993, na cidade do Rio de Janeiro. Embora o programa tenha mencionado no ar que ele fora absolvido em júri por negativa de autoria, o autor argumenta que, ainda assim, a lembrança de sua ligação com o crime lhe causou graves danos aos seus direitos de personalidade.

A questão eventualmente chegou ao STJ em sede de Recurso Especial nº 1.334.097/RJ, interposto pela emissora Globo, oportunidade em que a 4ª Turma do STJ, ao realizar a ponderação entre o direito à informação e o direito à privacidade, julgou em favor do direito ao esquecimento de JGM, mantendo a condenação por danos morais no juízo ordinário e reconhecendo que, mesmo a matéria jornalística sendo lícita e contendo fatos verdadeiros, no caso concreto em análise dever-se-ia privilegiar a proteção dos direitos da personalidade do autor.

Argumentou-se no voto, portanto, que embora a chacina da Candelária seja um crime histórico, não podendo o fato em si ser jamais esquecido, o uso do nome e da imagem do autor deveriam ser omitidos, posto seu esquecimento não resultar em nenhum prejuízo à narrativa do caso e ao exercício da liberdade de imprensa²⁹⁵:

[...] 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 tampouco 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.

O outro caso paradigmático envolveu a veiculação de matéria, também no programa Linha Direta, sobre a morte de Aida Jacob Curi em 14 de julho de 1958, que foi vítima de uma tentativa de estupro por três homens em um prédio de Copacabana e jogada do décimo segundo andar deste mesmo prédio por seus agressores para simular seu suicídio.

Irmãos de Aída Curi ajuizaram ação contra a TV Globo Ltda. pedindo que a emissora fosse condenada à reparação por danos materiais – uso indevido da imagem – e morais.

A questão chegou ao STJ por interposição de Recurso Especial nº 1.335.153/RJ pelos irmãos de Aída Curi, tendo sido negado provimento ao recurso pela maioria de votos da 4ª Turma do STJ. No caso específico de Aida Curi, foi negado o direito ao esquecimento em razão da importância histórica deste crime para a sociedade, pelo qual não poderia deixar de se fazer menção ao nome e a imagem de Aída Curi, como única vítima, sem se inviabilizar a narrativa do caso²⁹⁶:

[...] 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. Tal pretensão significaria, em última análise, por exemplo, tentar retratar o caso Doroty Stang, sem Doroty Stang; o caso Vladimir Herzog, sem Vladimir Herzog, e outros tantos que permearam a história recente e passada do cenário criminal brasileiro.

Outro argumento utilizado no voto, no que diz respeito à pretensão indenizatória pleiteada pelos familiares de Curi, assim expôs que:

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”,

295 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.334.097/RJ*, Relator: Min. Luis Felipe Salomão, Data de julgamento: 28 mai. 2013. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj.pdf>>. Acesso em: 01 abr. 2017.

296 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.335.153/RJ*, Relator: Min. Luis Felipe Salomão, Data de julgamento: 28 mai. 2013. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj.pdf>>. Acesso em: 01 abr. 2017.

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. A reportagem contra a qual se insurgiram os autores foi ao ar 50 (cinquenta) anos depois da morte de Aída Curi, o que me faz concluir que não há o abalo moral. 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.

A ministra Maria Isabel Galotti e o ministro Marco Buzzi²⁹⁷ apresentaram votos divergentes afirmando, ambos, em argumentos aproximados, que assistia aos familiares de Aída Curi um direito à indenização em razão da inteligência do artigo 20 do Código Civil, posto que a emissora Globo não pediu autorização prévia à família para o uso da imagem nem da vítima, nem de um dos autores, que aparece abraçado ao corpo ensanguentado de Aída Curi em uma das fotos exibidas no programa Linha Direta.

Alguns trechos comuns aos votos do ministro Felipe Salomão nos dois casos merecem ser destacados, principalmente no que diz respeito ao interesse público sobre os fatos criminosos e a lembrança de eventos históricos. O ministro e o Superior Tribunal de Justiça reconhecem que, de fato, determinados crimes entram para o imaginário de um país, sobretudo quando estes, a exemplo da chacina da Candelária, escancaram os problemas sociais e estruturais do Estado Brasileiro. Contudo, ressaltam que a historicidade de um fato criminoso não deve servir de motivo para que o nome e a imagem de pessoas envolvidas nestes crimes sejam lembrados para sempre, especialmente levando-se em conta a exploração midiática artificiosa a qual estão sujeitas, que pode, inclusive, criar e transformar personagens.

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que o interesse público, inegavelmente presente em qualquer fato criminoso, não se perfaz, necessariamente, no tempo. Informações sobre fatos criminosos possuem vida útil, e este interesse, em regra, se esgota com a resposta penal conferida ao fato criminoso. Nas palavras escritas no voto do relator:

Como se afirmou anteriormente, ao crime, por si só, subjaz um natural interesse público, caso contrário nem seria crime. 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 irreversivelmente consumadas. E é nesse interregno temporal que se perfaz também

297 Mais detalhes em: RODRIGUEZ JUNIOR, Otávio Luiz. Direito Comparado: Direito ao Esquecimento na Perspectiva do STJ. *Revista Consultor Jurídico*. São Paulo, 19 dez. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-dez-19/direito-comparado-direito-esquecimento-perspectiva-stj>>. Acesso em: 01 mai. 2017.

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 e vicissitudes humanas.

Destacados alguns dos principais pontos relevantes sobre estes dois casos, é possível depreender que, na chacina da Candelária, mesmo em função da historicidade e da infâmia do caso, o STJ entendeu que a rememoração do nome de JGM não se fazia necessária para contar este fato histórico, especialmente por ele ter sido inocentado da participação no crime em júri. Decidiu-se proteger a privacidade e os direitos da personalidade de JGM frente ao direito à liberdade de imprensa e o pretense direito à informação da coletividade sobre os envolvidos neste fato criminoso.

Quanto ao caso Aida Curi, pelo contrário, julgou-se impossível fazer menção ao fato criminoso, que mantém interesse histórico até hoje, sem se falar sobre a vítima dele. O reconhecido do direito ao esquecimento neste caso esbarrou, portanto, em uma barreira de caráter fático. Neste ponto, em especial, entendeu-se que a utilização do nome ou da imagem da vítima de um crime histórico, desde que dentro dos limites de uma narrativa jornalística e respeitosa, é perfeitamente lícita e se sobressai ao interesse privado da família da vítima em não ter o fato lembrado.

4.2. Requisitos legais para o exercício do direito ao esquecimento, *off-line* e *online*

Um dos vários problemas no desenvolvimento da dogmática do direito ao esquecimento é que inexistente previsão legal expressa dos requisitos de exercício desse direito. Por isto, a aplicação do direito ao esquecimento pelos juízes deve, inevitavelmente, se basear no que foi construído pela doutrina e pelos julgados precedentes sobre o tema e demais questões conexas que lidem com o conflito entre direitos da personalidade e o direito à liberdade de expressão e de informação.

Dito isso, a partir de análise da doutrina e da jurisprudência recente dos tribunais superiores, Toth Sydow²⁹⁸ aponta quatro grandes requisitos para o exercício do direito ao esquecimento:

- 1) a demonstração de que os fatos publicados estão relacionados com aquele que faz o pedido de exclusão – nexos de vitimização;
- 2) que a pessoa que faz o pedido esteja exercendo autoconservação de sua imagem – violação de direito próprio;
- 3) que o conteúdo objeto do pedido de esquecimento tenha caráter particular ou, se possuir caráter público, que a informação esteja desatualizada ou seja irrelevante para a

²⁹⁸SYDOW, Spencer Toth. Limites e Parâmetros ao Direito ao Esquecimento. *Jus Navigandi*. Teresina, a. 21, n. 4837, 28 set. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/52378>>. Acesso em: 30 abr. 2017.

comunidade a que se dirige – admissibilidade do esquecimento; 4) que haja demonstração de violação de direito fundamental – demonstração consequencial.

Cumpra aqui fazer uma crítica ao requisito pelo qual o pedido de direito ao esquecimento só poderia ser realizado em razão de violação de direito próprio²⁹⁹. É plenamente possível, como o caso Aida Curi restou demonstrado anteriormente³⁰⁰, que um familiar faça o pedido de direito ao esquecimento relativo a alguma informação de caráter pessoal envolvendo parente morto³⁰¹.

Quanto à questão da atualidade da informação, necessário advertir que os juristas e os juízes em geral admitem que mesmo a divulgação de fatos verdadeiros pode ensejar a responsabilização civil por danos à pessoa³⁰². Sendo assim, é possível se reconhecer o direito ao esquecimento sobre informações verdadeiras quando se verificar a irrelevância ou falta de atualidade do dado que se deseja ser esquecido.

Aliás, como já foi mencionado anteriormente nesse trabalho, para a verificação da atualidade da informação, especialmente em se tratando de dados disponíveis na internet, não há um critério pré-estabelecido na jurisprudência ou na doutrina sobre o decurso do tempo pelo qual um determinado dado deve passar. Sendo assim, a questão do lapso temporal, nos fins das contas, acaba por ser um requisito possível de aplicabilidade do direito ao esquecimento, sendo elemento acidental, e não essencial, desse direito.

Explica-se, o conceito contemporâneo de direito ao esquecimento está diretamente relacionado ao poder de autodeterminação informacional. A admissibilidade do esquecimento não diz respeito, necessariamente, ao transcurso de um determinado lapso de tempo *X*, mas à avaliação se uma informação é, de fato, relevante ou atual para a comunidade a que se dirige. Em outras palavras, o magistrado deve avaliar se há um direito à informação forte o suficiente que justifique a mitigação dos direitos de personalidade da pessoa sobre a qual recai a informação.

299Contudo, deva-se deixar registrado, Sérgio Branco, pelas mesmas razões de Spencer Toth, não reconhece o caso Aida Curi como sendo um caso de direito ao esquecimento. Nas palavras do jurista: “[...] o direito ao esquecimento, no caso, não seria de Aida Curi (se viva fosse)? Em todos os demais casos analisados, o direito ao esquecimento foi pleiteado pelo próprio titular, não por terceiro. Seria possível o direito ao esquecimento ser estendido a outras pessoas, não mencionadas diretamente no fato que se pretende não divulgar?”. BRANCO, Sérgio. *Memória e Esquecimento na Internet*. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2017, p. 178.

300O STJ negou o direito ao esquecimento no caso Aida Curi não pelo fato do pedido ter sido feito por familiares da vítima morta, mas porque se entendeu que o evento criminoso tinha um caráter histórico relevante que justificaria sua lembrança.

301Veja-se o parágrafo único do artigo 12 do Código Civil: Art. 12. 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. Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

302SCHREIBER, Anderson. *Op. cit.*, p. 80.

De mesma forma, no que diz respeito ao requisito de demonstração de violação de direito fundamental, é preciso se entender que lidar com o direito ao esquecimento significa, principalmente, romper com perspectiva clássica de responsabilidade civil da reparação do dano (apenas) pela via pecuniária, visto que esse tipo de solução não impede a possibilidade de continuidade do acesso de informação sobre o passado de uma pessoa³⁰³.

Como explica Magalhães Martins³⁰⁴, a reparação de danos é um objetivo excepcional do direito ao esquecimento. O principal objetivo do exercício deste direito é a precaução do dano, através da imposição de obrigações de fazer e não fazer, consagrando aquilo que o jurista chamou de “direito de não ser vítima de danos”.

Ou seja, deve ser requisito de aplicabilidade do direito ao esquecimento a demonstração de que a permanência ou divulgação de determinada informação é passível de provocar danos, e não que se demonstre a existência de um dano em si mesmo. Tal justificativa precautória é que sustenta, igualmente, o argumento dos civilistas pela concessão de tutela inibitória em alguns casos específicos, embora esta sustentação esbarre na posição preferencial dos direitos de liberdade de expressão sobre os direitos de personalidade.

Aliás, numa perspectiva ainda mais protetiva da pessoa humana contra os danos futuros, Dominguez Martinez³⁰⁵ argumenta que haveria uma preponderância do direito ao esquecimento sobre o direito à informação no que diz respeito à divulgação de informações sobre fatos passados de desconhecimento do público. Logo, para ele, “[...] a divulgação de qualquer vídeo, foto, dado, informação ou manifestação pretérita apresenta como requisito fundamental e condicionante a sua prévia divulgação, ou seja, que o dado tenha alcançado em algum momento o conhecimento público”.

Este posicionamento de Dominguez se mostra incompatível, pois, com a decisão proferida na ADIN sobre as biografias não autorizadas, pela qual o STF reconheceu a posição preferencial do direito à informação frente ao direito à privacidade das pessoas públicas. Decerto, embora o STF e os constitucionalistas brasileiros tenham seguido um alinhamento que confere a preponderância dos direitos de liberdade de expressão quando em colisão com outros direitos fundamentais, a posição contrária sustentada pelos civilistas não deve ser de toda ignorada.

303 PEIXOTO, Erick Lucena. A Responsabilidade Civil na Internet e os Direitos da Personalidade sob a Ótica do Direito Civil Constitucional. In: CELLA, José Renato Gaziero; NASCIMENTO, Valéria Ribas do; ROVER, Ares José (orgs.). *Direitos e Novas Tecnologias*. Florianópolis: Conpedi, 2015, p. 62.

304 MARTINS, Guilherme Magalhães. O Direito ao Esquecimento na Internet In: MARTINS, Guilherme Magalhães (org.). *Direito Privado e Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 19.

305 MARTÍNEZ, Pablo Dominguez. *Direito ao Esquecimento: A Proteção da Memória Individual na Sociedade de Informação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 174.

É de se questionar se, em alguns casos muito específicos, seria possível concessão de tutela inibitória para se impedir que seja novamente divulgado algum fato pretérito sobre o qual não se haveria nenhum direito à informação justificável. Nesse sentido, pois, especialmente levando-se em conta o imediatismo e grande profusão das mídias tradicionais, sustentar inflexivelmente a preferência do direito à informação sobre a privacidade do lesado não seria demais gravoso mesmo ante a importância da livre expressão no ordenamento jurídico brasileiro?³⁰⁶ Tal questionamento é instigante e merece ser avaliado cuidadosamente pelo Supremo Tribunal Federal, quando este vier a decidir o mérito sobre o recurso extraordinário com Agravo nº 833.248/RJ, relativo ao caso de Aída Curi.

Por outro lado, no que diz respeito às informações publicadas no âmbito específico da internet, esta discussão doutrinária sobre a possibilidade ou necessidade de concessão de tutela inibitória, especialmente em se falando em direito à desindexação, se mostra irrelevante – embora esta discussão seria possível de ser frutífera, em alguns casos muito específicos³⁰⁷ –, posto que o direito ao esquecimento na internet atua sobre dados já previamente acessíveis a terceiros, de forma que não se agiria no impedimento, de pleno, da divulgação de uma informação, mas apenas sobre a indisponibilidade deste dado anteriormente divulgado nos resultados de busca dos provedores de pesquisa.

De qualquer modo, o legislador foi cuidadoso em prever, no § 4º do artigo 19 do Marco Civil da Internet, a possibilidade de antecipação de tutela – mas não de tutela inibitória, diga-se –, havendo a verossimilhança das alegações do autor e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação caso a informação permaneça acessível na rede durante mais tempo³⁰⁸.

306 Tome-se como exemplo o julgado recente em que o advogado M.W.V.F.D., que participou do *reality show* “No Limite” da emissora de televisão Rede Globo no ano 2000, teve deferido pedido de limitar para que trecho do programa em que ele, autor, ofende outro participante com apelido racista não fosse reprisado, no ano de 2016, no canal por assinatura Viva. A juíza que analisou o caso, Maria Cristina Slaibi, concedeu a liminar ao autor, baseando-se em argumentos como os que seguem: “[...] Ao primeiro súbito de vista, se poderia pensar se tal pretensão seria considerada censura, mas não é este o caso. A uma, porque o programa já foi exibido à época dos fatos. A duas, porque a concessão da liminar não impedirá a ré de reexibir o programa, mas apenas de não reexibir, 15 anos após, cenas que causariam danos à intimidade e dignidade da pessoa do autor. O que merece análise neste momento, sopesando os bens jurídicos em questão, direito à informação e direito à intimidade, esta a envolver a dignidade da pessoa humana, é perpetuar uma exibição, sem interesse histórico, e que [...] causaram vários transtornos psicológicos ao autor, à época com apenas 27 anos de idade, o qual, sofreu as consequências de seus atos exibidos em rede nacional e objeto de inúmeras matérias jornalísticas”. BRASIL. 3ª Vara Cível da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro. *Processo nº 0026386-06.2016.8.19.0001*. Julgadora: Maria Cristina Barros Gutierrez Slaibi. Data de julgamento: 27 jan. 2016. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/juiza-proibe-limite-reprise-xingamento.pdf>>. Acesso em: 07 set. 2017.

307 Por exemplo, imagine-se que um *youtuber* comunique aos seus seguidores que irá publicar na rede, dentro de um número X de dias, um vídeo de conteúdo difamatório contra alguma pessoa, notória ou não.

308 Art. 19. [...] § 4º O juiz, inclusive no procedimento previsto no § 3º, poderá antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, existindo prova inequívoca do fato e considerado o interesse

Pela interpretação dos tribunais inferiores, tem-se reconhecido judicialmente, há algum tempo, o direito à desindexação a partir do *caput* do artigo 19 do MCI³⁰⁹, determinando-se, através de ordem judicial com especificação dos links a serem removidos, que os provedores de pesquisa desindexem os resultados indesejados.

Contudo, decisão recente da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.593.873/SP³¹⁰, interpretou que inexistente previsão no Marco Civil da Internet para que seja possível a responsabilização dos provedores de pesquisa para a retirada de *links* indexados nos resultados de busca. Nas razões do voto proferidas pela relatora ministra Nancy Andrighi, destaca-se trecho sobre o artigo 7º, incisos I e X³¹¹ do MCI, veja-se:

Como afirmado acima, não há no Brasil uma lei geral que disponha sobre a proteção de dados pessoais. Assim, o art. 7º, I e X, do MCI vem preencher parcialmente essa ausência legislativa, referente aos contornos do mencionado direito ao esquecimento [...]. Assim, com relação aos provedores de aplicação de internet, a exclusão de dados pessoais é claramente um direito subjetivo que pode ser exercido sem qualquer condicionamento, exceto os casos de guarda obrigatória de registros. [...] o direito à exclusão mencionado acima alcança somente as informações que o próprio indivíduo houver fornecido para um determinado provedor de aplicações de Internet.

A decisão do STJ restringe, equivocadamente, o âmbito de aplicação possível do direito ao esquecimento ao inciso X do artigo 7º do MCI, que claramente se refere apenas à possibilidade de exclusão – ou seja, total apagamento – de dados cadastrais fornecidos a um provedor de aplicações dentro de uma relação contratual de consumo.

Seguindo, pois, na fundamentação do voto, o acórdão sustenta, ainda, que “o papel dos provedores de pesquisa se restringe à identificação de páginas na Internet onde determinado dado ou informação, ainda que ilícito, estão sendo livremente veiculados”, de forma que os

da coletividade na disponibilização do conteúdo na internet, desde que presentes os requisitos de verossimilhança da alegação do autor e de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

309 Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

310 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.593.873/SP*, Relatora: Min. Nancy Andrighi. Órgão Julgador: Terceira Turma. Data de Julgamento: 10 nov. 2016. Disponível em: <<http://www.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2017/02/STJ-REsp-1.593.873.pdf>> Acesso em: 04 nov. 2017.

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

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

[...]

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

provedores de pesquisa não poderiam ter qualquer responsabilidade por conteúdo gerado por terceiros.

Mais adiante, o acórdão afirma que a pessoa ofendida deve buscar judicialmente a supressão do conteúdo na própria página em que este foi publicado, “[...] com o que estarão, automaticamente, excluídas dos resultados de busca virtual dos sites de pesquisa”. Por fim, o julgado conclui que os provedores de pesquisa “não respondem pelo conteúdo do resultado das buscas realizadas por seus usuários”, assim como também “[...] não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão”.

O entendimento exarado neste acórdão, não obstante, especialmente ao sugerir que o procedimento jurisdicional correto é que a publicação original seja suprimida, e não o resultado de busca desindexado, nega a possibilidade de *direito à desindexação* para endossar o *direito ao apagamento*, uma forma, como se sabe, muito mais gravosa de direito ao esquecimento na internet, rejeitada por grande parte dos juristas e, inclusive, pelo Tribunal de Justiça da União Europeia no caso *Google Spain*.

O direito à desindexação tal como proposto pela União Europeia tem por objetivo final, ressalte-se, oferecer um desfecho menos oneroso ao conflito entre direito ao esquecimento e direito à informação na internet, de forma que não se apaga a publicação original da notícia ou matéria que se deseja ver esquecida, a qual deve permanecer na memória do ciberespaço, mas se torna esta mesma notícia relativamente mais difícil de ser encontrada ao se remover os *hyperlinks* em sua referência nos resultados da busca realizada pelos provedores de pesquisa.

Esta é, até então, a melhor solução jurídica encontrada pela doutrina e jurisprudência para se amenizar os efeitos da “memória permanente” da internet sem que, com isso, se aniquile por completo o direito de se obter informações publicadas na rede, visto que a liberdade de expressão e de informação são, também, consideradas valores fundamentais para o uso da internet pelo Marco Civil.

Ademais, se o MCI não foi claro em prever a desindexação de forma literal em seu texto legal, a interpretação do *caput* de seu artigo 19 tem levado os usuários da internet a buscarem, pela via judicial, a remoção de links dos sites de busca. Este artigo do MCI, além de assumir a possibilidade de responsabilização dos provedores de aplicações por conteúdo gerado por terceiros – e entre estes, enquadrar-se-ia os provedores de busca –, impõe como única limitação ao pedido que as providências a serem requisitadas ao provedor de aplicações – a desindexação, por exemplo – devem estar dentro do âmbito e dos limites técnicos do serviço prestado.

É tecnicamente possível, pois, e o Tribunal de Justiça da União Europeia deixou isto extremamente claro, que os provedores de busca, tal como o *Google Search*, façam a remoção de resultados de pesquisa, desde que – e assim o § 1º do art. 19 do MCI determinada – lhe seja fornecida a identificação clara e precisa das URLs que se deseja serem desindexadas. Logo, o direito à desindexação não é, de maneira alguma, um corpo estranho no ordenamento jurídico brasileiro.

4.3. Parâmetros para a ponderação entre direito ao esquecimento e direito à informação

Correia Júnior e Vanessa Paraíso³¹² afirmam que o grande problema envolvendo o debate jurídico sobre o direito ao esquecimento é que este “[...] nunca se tratará de uma tese ou regra certa e imutável”. Dessa forma, o direito ao esquecimento deverá sempre ser enfrentado a partir de “[...] um grande e exaustivo debate principiológico que dependerá em demasia da análise do caso concreto”.

Inevitavelmente, ante a inexistência de parâmetros estritamente definidos em lei, os critérios de ponderação entre direito ao esquecimento e direito à informação acabarão por ser uma construção jurisprudencial. Neste sentido, o juiz deve se socorrer dos principais parâmetros gerais utilizados na jurisprudência para a ponderação entre o direito à privacidade e o direito à liberdade de expressão e de informação, que são, em síntese, os critérios de “pessoa pública”, “lugar público”, “fato criminoso” e “evento histórico”.

Martinez³¹³, contudo, argumenta que estes mesmos parâmetros tradicionais são insuficientes para resolver o problema atual do direito ao esquecimento, pois considera que eles:

[...] praticamente inviabilizam a implementação do direito ao esquecimento, já que conferem maior força e aplicabilidade à liberdade de informação, sem fazer uma análise mais profunda dos direitos em jogo, ignorando por completo a proteção da dignidade da pessoa humana.

O direito à informação reveste-se, pois, de características de direito-dever de tal forma que, sendo reconhecido o interesse público de acesso a determinada informação, a exposição ou narrativa do fato “[...] transcende o âmbito privado do sujeito nela retratado”³¹⁴.

312CORREIA JR., José Barros; PARAÍSO, Vanessa. A Memória e o Esquecimento nas Ciências Criminais. In: CORREIA JR., José Barros; GALVÃO, Vivianny (orgs.). *Direito à Memória e Direito ao Esquecimento*. Maceió: Edufal, 2015, p. 67.

313MARTINEZ, Pablo Dominguez. *Op. cit.*, p. 161.

314STEINER, Renata. Breves Notas sobre o Direito ao Esquecimento. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski et. al. (orgs.). *Direito Civil Constitucional: A Ressignificação da Função dos Institutos Fundamentais do Direito Civil Contemporâneo e suas Consequências*. Florianópolis: Editora Conceito, 2014, p. 100.

Um dos grandes problemas da aplicação do direito ao esquecimento, assim como do direito à privacidade em sentido lato, é conseguir-se demarcar, em cada caso, se há um interesse público de fato sobre a informação divulgada ou se, ao contrário, a utilidade daquela informação apenas serve para saciar a curiosidade de seus receptores.

Assim, segundo a concepção destes juristas, a proteção do direito à informação deve recair sobre as questões de interesse público, e não sobre aquelas que provocam, diga-se, uma mera “curiosidade quase patológica do populacho”, para usar uma expressão bastante forte de Costa Júnior³¹⁵. O juiz deve analisar, no caso concreto, então, se a informação que se deseja ser esquecida é de interesse público ou se serve apenas para saciar a “curiosidade pública”.

Martinez³¹⁶ argumenta que o socorro à ideia de interesse público, onde às vezes existe apenas curiosidade pública, tem levado a jurisprudência a pender quase sempre a não aplicar o direito ao esquecimento nos casos concretos. Por tal razão, o jurista recomenda que sejam utilizados pelos magistrados outros novos critérios de ponderação, os quais possam contemplar uma maior proteção ao direito ao esquecimento: o “domínio público”, a “preservação do contexto original da informação pretérita”, a “preservação dos direitos da personalidade na rememoração” e a averiguação da “utilidade da informação”.

Nessa direção, embora Martínez trate o direito ao esquecimento como um direito da personalidade autônomo em relação ao direito à privacidade, seus parâmetros sugeridos o aproximam consideravelmente dos juristas que abordam o direito ao esquecimento dentro de um conceito de privacidade como autonomia informacional, a exemplo de Rodotà³¹⁷, um dos juristas europeus mais influentes neste tema.

Claro, apesar da posição singular e preferencialmente pró-esquecimento de Martínez, seus apontamentos da necessidade de se repensar os critérios atualmente utilizados pela jurisprudência na solução de casos envolvendo o choque entre direitos da personalidade e os direitos de liberdade de expressão são valiosos, principalmente porque lidam com dois elementos centrais para o debate jurídico contemporâneo sobre a proteção da privacidade: o tempo e o contexto das informações.

Dito isto, um caso concreto bastante atual deste conflito entre direitos da personalidade de pessoa famosa e direito à livre expressão e informação na internet – no julgamento do qual houve o reconhecimento de um direito à desindexação para o autor da ação –, serve de

315 COSTA JR., Paulo José da. *O Direito de Estar Só: Tutela Penal da Intimidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 67.

316 MARTINEZ, Pablo Dominguez. *Op. cit.*, p. 162.

317 RODOTÀ, Stefano. *A Vida na Sociedade de Vigilância: A Privacidade Hoje*. A Privacidade Hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 101.

exemplo para a reflexão sobre o problema da aplicação do direito ao esquecimento aqui discutido.

Em 2015, o cantor de MPB conhecido pelo nome artístico de Ney Matogrosso ajuizou ação frente ao *Facebook Brasil* e ao *Google Brasil* para ter *posts* de sua foto juntamente com o ativista político Kim Kataguirí excluídos das redes sociais, assim como pediu que os resultados de pesquisa que apontam para estas publicações sejam desindexados. Pelas razões narradas nos autos de acórdão da apelação cível nº1132494-75.2015.8.26.0100, julgada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim relatam-se os fatos³¹⁸:

Em 13.12.2015 [Ney Matogrosso] realizou show em defesa dos Direitos Humanos e após parou em uma lanchonete para refeição quando foi abordado por um rapaz que lhe solicitou uma foto. Sempre muito gentil com as pessoas que o abordam, atendeu ao pedido do rapaz, imaginando ser seu fã. Passados alguns dias, foi surpreendido com a imprensa querendo contatá-lo sobre o favorecimento dele acerca do impeachment da Presidente do Brasil. Surpreso, não soube responder, indagando sobre a origem da informação. Ocorre que a pessoa que solicitou a foto com o autor era Kim Kataguirí, representante do “Movimento Brasil Livre”, que postou a foto em seu “microblog” na rede social Facebook com a seguinte mensagem: “*Depois da manifestação de ontem, encontrei um grande ídolo e defensor do impeachment: Ney Matogrosso*” (sic). O autor asseverou que tem suas manifestações políticas de maneira discreta e jamais faria qualquer comentário desse tipo, muito menos a um estranho, sendo vítima de uma situação articulada por pessoa má intencionada que passou a fazer uso indevido de sua imagem. Ressaltou que jamais autorizou que a respectiva foto fosse publicada em qualquer rede social, muito menos com associação a posicionamento político.

Após juntada de petição intermediária, pela qual Ney Matogrosso apresentou as URLs específicas que desejava ver desindexadas, tendo o juízo antecipado tutela para determinar ao Facebook a exclusão da publicação original da foto de Kim Kataguirí e demais links apontados pelo autor, a sentença apresentou em suas fundamentações, razões que devem ser destacados a seguir:

O autor, como pessoa pública, justamente em virtude de sua presença na mídia, sujeita-se naturalmente a uma exposição de sua imagem mais acentuada que os demais, o que pode resultar em manifestações positivas ou negativas são ônus e bônus da exposição pública. [...] a pessoa pública, deve conviver com as consequências de sua exposição na mídia, dentre elas a exposição de sua imagem pessoal.

Todavia, os claros excessos, os abusos no exercício da “livre manifestação do pensamento”, principalmente os que fazem vinculação da imagem da pessoa a informações falsas, dão supedâneo à reparação civil, nos termos do artigo 5º, inciso X, da Constituição da República, e à tutela inibitória. No caso em testilha, as imagens e pastagens publicadas no domínio da *corrê* Facebook exteriorizam abuso na manifestação do pensamento, pois vinculam o autor a opinião política que ele afirma não defender.

318SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível nº 1132494-75.2015.8.26.0100*. 3ª Câmara de Direito Privado. Relator: Beretta da Silveira. Data do Julgamento: 14 jun. 2017. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/470926701/apelacao-apl-11324947520158260100-sp-1132494-7520158260100/inteiro-teor-470926766?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 24 set. 2017.

Destes argumentos sustentados pelo juiz de 1ª instância em sua sentença sobre o caráter das informações e a exposição da imagem relativa às pessoas públicas, é possível se tirar algumas conclusões.

Primeiramente, o entendimento, completamente razoável, de que as pessoas públicas estão sujeitas a uma maior exposição de sua imagem, seja em contexto positivo ou negativo. As pessoas públicas, notadamente, têm círculos de privacidade reduzidos em relação às pessoas não-públicas³¹⁹. Isso significa que o argumento pela proteção da imagem das pessoas públicas, tanto atributo como retrato, teria um peso menor quando confrontado com o direito de informação, posto que estas pessoas estão sujeitas à exposição pública crítica, seja para elogios, seja para condenação, no sentido social da palavra. Trata-se, pois, de uma forma de se garantir a mais ampla possível liberdade de expressão que possa acrescentar algo ao debate público.

Contudo, o abuso do direito à liberdade de expressão, ao usá-la para difundir informações falsas sobre uma pessoa, gera, segundo o magistrado, a possibilidade de exclusão do conteúdo difamatório³²⁰. Foi o caso ocorrido com Ney Matogrosso, em que perfis do Facebook divulgaram fotos do autor vinculando sua pessoa com posições políticas que ele afirma, na exordial, não defender. Nestes casos de difusão de informações falsas, se privilegiaria os direitos da personalidade da pessoa pública³²¹.

Aceitando as razões do demandante, o juiz julgou a ação parcialmente procedente quanto ao pedido de condenação do Google a excluir fotos e publicações das URLs fornecidas pelo autor, mas se negou a acolher, acertadamente, o pedido de exclusão dos perfis das redes sociais que publicaram as fotos de Ney Matogrosso, por entender que a medida seria desarrazoada e incorreria em censura.

Quanto ao pedido do autor para a desindexação pelo Google de todos os resultados de pesquisa que relacionem seu nome artístico ao nome de Kim Kataguri, o juiz decidiu pelo seu

319Neste sentido: CUPIS, Adriano de. *Os Direitos da Personalidade*. São Paulo: Quorum, 2008, p. 148.

320Em análise da jurisprudência do STJ, Daniel Bucar apresenta quatro parâmetros para o exercício regular do direito à liberdade de expressão, quais sejam, o “compromisso ético com a informação verossímil”, “a preservação dos direitos da personalidade” – mitigada em casos envolvendo pessoas notórias –, a “vedação à crítica com intuito difamatória deliberado” e a “contemporaneidade da notícia”. BUCAR, Daniel. Controle Temporal de Dados: o Direito ao Esquecimento. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 2, n. 3, jul.-set./2013, p. 4.

321Em sentido semelhante, sentença no processo nº 2016.01.1.0621080, que condenou a atriz Mônica Iozzi a indenizar o ministro Gilmar Mendes por danos morais em razão de publicação feita na rede social *Instagram* em que sugeria que o ministro seria “cúmplice” de crimes de violência sexual por ter concedido *habeas corpus* a Roger Abdelmassih, ex-médico condenado por vários crimes de estupro e tentativa de estupro de suas pacientes. Para ler a sentença, ver: BRASIL. 4ª Vara Cível de Brasília. *Processo nº 2016.01.1.0621080*. Julgador: Giordano Resende Costa. Data do julgamento: 21 set. 2016. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/juiz-monica-iozzi-acusou-gilmar-mendes.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2017.

indeferimento, posto que, por força do artigo 19, § 1º do Marco Civil da Internet³²², a ordem judicial para a retirada de conteúdo da internet não pode ser genérica, devendo apontar, especificamente, os links a serem retirados ou apagados.

O cantor Ney Matogrosso apelou da decisão para ter revertido o julgado em relação ao seu pedido de desindexação frente ao Google, principalmente alegando que:

[...] as ações de Kim Kataguiiri parecem não ter fim, o que coloca em risco sua carreira, por ser hoje motivo de chacota nas redes sociais, pois vários são os usuários que comentam e fazem uso indevido de sua imagem, eternizando uma situação vexatória.

No acórdão que julgou a apelação do cantor, a 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, com relatoria do desembargador Beretta da Silveira, decidiu reformar a sentença em parte para determinar ao Google que “[...] remova os links dos sítios eletrônicos/provedor de busca gerenciados por ele que remetam ao conteúdo mencionado na inicial, ou seja, que relacione as palavras chaves *Kim Patroca Kataguiiri*, *Kim* e/ou *Kim Kataguiiri*, com o nome *Ney Matogrosso*”.

A decisão da corte, contudo, merece críticas, especialmente quanto à sua generalidade. Em voto divergente, o juiz Carlos Alberto de Salles fala da inadequação do pedido genérico do apelante com o Marco Civil da Internet, posto que este pede a desindexação de “toda e qualquer matéria” que associe os nomes de Ney Matogrosso e Kim Kataguiiri. O Parágrafo 1º do artigo 19 do MCI determina expressamente que a ordem judicial para remoção de conteúdo deve conter a indicação clara e precisa dos links que se deseja ser removidos. A ordem judicial genérica não só contraria a lei, como também torna o cumprimento da decisão tecnicamente dispendioso e, ainda, instiga os provedores de pesquisa a adotarem uma posição mais propensa a censurar conteúdos na rede para se resguardarem de futura possível responsabilização judicial por danos, implicando em um efeito totalmente oposto ao almejado pelo MCI: o cerceamento da informação na internet.

Mais adiante, o voto divergente questiona a possibilidade jurídica de desindexação de resultados envolvendo Ney Matogrosso, posto que não haveria, no caso, os requisitos de incorreção, irrelevância ou excesso da informação, ponderados em julgamentos recentes do

322Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

§ 1º A ordem judicial de que trata o caput deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material.

STJ³²³. Nas razões do voto divergente, o magistrado, ainda, argumenta que a exposição sofrida pelo cantor nas redes sociais é uma consequência inevitável que as pessoas públicas devem suportar em razão de sua fama.

Este último argumento, pois, sobre as consequências da fama e a possível menor proteção do direito à privacidade das pessoas notórias frente ao interesse do público em saber informações sobre elas, será enfrentado de forma específica no subtópico a seguir.

4.3.1. Pessoa pública

Segundo o clássico critério de *pessoa pública*, explica Dotti³²⁴, “algumas pessoas, pelo seu comportamento, em razão da profissão e outras atividades ou, ainda, por características especialíssimas, se distinguem das demais e projetam extraordinariamente sua personalidade”.

Esta “projeção extraordinária” significa, conforme Costa Júnior³²⁵, que estas pessoas notáveis teriam a esfera que configura o âmbito de sua privacidade sensivelmente reduzida em razão do interesse da coletividade em tomar conhecimento de fatos e eventos de suas vidas.

Contudo, cumpre ressaltar que Anderson Schreiber³²⁶ critica o uso da expressão “pessoa pública” para designar estas pessoas notáveis, pois as “[...] pessoas humanas são privadas por definição”. Segundo ele, a rotulação de que uma pessoa é *pública* indica, erroneamente, que o seu direito à imagem e à privacidade teria uma proteção legal menos intensa que àquela reservada às pessoas comuns.

Neste ponto, Schreiber pretende afastar, principalmente, o argumento de que as pessoas ditas públicas não desfrutariam de um amplo círculo de privacidade no que diz respeito às informações sobre elas que despertem algum interesse público.

Aliás, em razão deste interesse público sobre a vida das pessoas públicas, a jurisprudência tem, por muitas vezes, justificado “[...] a pertinência na divulgação de qualquer dado que possa influenciar de algum modo a opinião pública, sejam questões afetas às atividades do personagem público, sejam questões íntimas ou familiares”³²⁷.

323BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.582.981/RJ*. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Data do Julgamento: 10 mai. 2016. Disponível em: <http://www.omci.org.br/m/jurisprudencias/arquivos/2016/stj_04445664420128190001_10052016.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2017.

324DOTTI, René Ariel. *Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 207.

325COSTA JR., Paulo José da. *Op. cit.*, p. 39.

326SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 111-112.

327MARTINEZ, Pablo Dominguez. *Op. cit.*, p. 161.

Schreiber³²⁸ alerta que a proteção dos direitos de personalidade das pessoas públicas deve ser tão intensa quanto a de qualquer pessoa comum, somente podendo ser afastada ao se comprovar o legítimo interesse público na preponderância da liberdade de informação.

Em clássico texto, Raymond Lindon³²⁹ expressa um posicionamento bastante crítico sobre o desejo de privacidade das pessoas públicas, como que, por uma espécie de capricho, os famosos fazem uso do direito à privacidade para fugir dos holofotes depois de provocar a curiosidade alheia sobre suas vidas pessoais.

Exageros à parte de Lindon, o entendimento geral dos juristas clássicos tende a ser o de que as pessoas notórias têm uma esfera de proteção da vida privada que as resguardaria, pelo menos, de intromissões naquilo que há de mais íntimo em suas vidas, que diz respeito, nas palavras de Costa Júnior³³⁰, às “manifestações essenciais da soledade”.

Deve-se concordar parcialmente com as colocações de Martínez e de Schreiber e se adotar os ensinamentos de Costa Júnior com cautela. De fato, não se pode ir aos extremos de sustentar uma concepção de que as chamadas pessoas públicas não têm o direito de exercer alguma forma de controle das informações sobre si que são expostas ao público, o que Costa Júnior parece sugerir em algumas passagens de sua obra³³¹. Por outro lado, é necessário entender que, em razão do papel que exercem dentro da sociedade, algumas pessoas gozam de um menor poder de autodeterminação de sua esfera privada, sem que, contudo, percam seu direito à privacidade.

Para ser possível a razoável delimitação do quanto de controle uma pessoa pública pode exercer sobre sua privacidade, necessário se distinguir entre os diferentes tipos de pessoas notórias. Existem aquelas pessoas que se tornam notáveis em razão de suas próprias escolhas e projetos de vida, e há aquelas pessoas que se tornam públicas sem jamais terem a intenção de serem famosas. É importante pensar se estas pessoas, as que se tornam públicas por sua própria vontade, e aquelas que se tornam públicas em razão de alguma vontade ou evento exterior a elas, merecerem ter o mesmo tratamento pelo Direito.

Ciente destas diferenças, Ana Paula de Barcellos³³² classifica as pessoas públicas em pelo menos três grupos. Há aquelas pessoas que se tornam notórias em razão de determinada atividade pública ou privada, as quais, por óbvio, exercem de forma voluntária. Mas há,

328SCHREIBER, Anderson. *Op. cit.*, p. 112.

329LINDON, Raymond. *Les Droit de la Personnalité*. Paris: Dalloz, 1983, p. 208.

330COSTA JR., Paulo José da. *Op. cit.*, p. 41.

331Fala-se de exageros como no seguinte trecho: “as personalidades em evidência pertencem literalmente ao público, pois como que alienaram a própria existência privada”. COSTA JR., Paulo José da. *Op. cit.*, p. 39.

332BARCELLOS, Ana Paula de. Intimidade e Pessoas Notórias. Liberdade de Expressão e de Informação e Biografias. Conflito entre Direitos Fundamentais. Ponderação, Caso Concreto e Acesso à Justiça. Tutelas Específicas e Indenizatórias. *Revista Direito Público*, Brasília, v. 11, n. 55, 2004, p. 54-55.

também, aquelas pessoas que se tornam públicas em razão de participarem, voluntariamente ou não, em determinados acontecimentos de interesse público, como os atos criminosos e os eventos históricos. Sobre estas últimas, que se tornam famosas em razão de algum acontecimento específico, sejam elas criminosas ou vítimas de crimes ou desastres, dedicar-se-á um subtópico especial mais adiante.

Por outro ponto, deve-se entender que a tradicional concepção de que as pessoas públicas devem se sujeitar a uma ampla liberdade de manifestação e de crítica sobre si e sobre a atividade que exercem não é uma espécie de maldição da fama ou um argumento econômico historicamente sustentado para se vender jornais e revistas de fofoca. A possibilidade de exercício de fiscalização ou de crítica às pessoas públicas relaciona-se à própria ideia de convivência dentro de uma sociedade aberta e democrática.

O argumento democrático sustenta que as pessoas comuns devem ter ampla liberdade para se expressar e se informar sobre o que acontece na vida pública, mantendo-se uma *esfera de discurso público* aberta à discussão sobre todas as questões que afetem o interesse público³³³. Para o bom funcionamento da democracia, é importante que os cidadãos possam saber e opinar sobre a vida das pessoas notórias, especialmente se elas exercem algum tipo de poder político, em razão de ocuparem cargos ou funções públicas.

E aqui é, justamente, um ponto importante para se refletir sobre a categorização de pessoa pública para fins jurídicos. A ideia de existir um direito de livre manifestação sobre a atividade das pessoas públicas tem uma raiz na desconfiança em relação ao exercício do poder político que é típica do constitucionalismo liberal³³⁴. Ou seja, se sacrifica, em parte, os direitos de personalidade das pessoas públicas para permitir a sustentação da própria democracia.

Trata-se, em especial, da possibilidade dos cidadãos poderem debater e criticar a atuação das pessoas que exercem cargos públicos ou políticos sem temer represálias dos detentores do poder. Como explica Barcellos³³⁵, por consequência do princípio constitucional da publicidade dos atos públicos, o agente público deve satisfação à população de todas as atividades relativas ao seu ofício.

Por esta razão, também, o direito à privacidade destas pessoas que exercem cargos públicos também é mitigado frente o direito à informação. O exemplo mais simples e notório

333CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MACHADO, Jónatas Eduardo; GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Biografia não Autorizada versus Liberdade de Expressão*. Curitiba: Juruá, 2017, p. 33.

334MACHADO, Jónatas Eduardo. *Liberdade de Expressão: Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 804.

335BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. cit.*, p. 54.

desta mitigação é a divulgação das informações patrimoniais de agentes e servidores públicos³³⁶, de tal forma que a população tenha conhecimento dos gastos realizados com o dinheiro público.

Igualmente, exemplifica Tepedino³³⁷, se um ministro da Indústria mantém reuniões secretas ou relação pessoal de amizade com empresários da indústria farmacêutica, há um claro interesse público na divulgação desta relação espúria entre setor público e setor privado.

Esta problemática da pessoa que exerce cargo público merece ser comentada a partir de um caso recente em que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reconheceu o direito de desindexação de resultados de pesquisa nos sites de busca *Yahoo* e *Google* relativos a um ex-servidor do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo e parente de um político paulista.

Em 2017, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo julgou apelação cível em processo de ação de obrigação de fazer em que Rogério Auad Palermo, que exerceu o cargo comissionado de “assessor técnico do Procurador de Contas do Estado de São Paulo”, de 2010 a 2012, alega que notícias publicadas em sites da internet afirmavam que ele, cunhado do deputado Fernando Capez, teria sido alvo de processo do Ministério Público para averiguar denúncia de nepotismo cruzado, razão pela qual o autor e apelante, afirmam os jornais, teria sido exonerado de seu cargo pelo TCE de São Paulo. Palermo pediu a desindexação dos resultados de busca no *Google* que apontava para estas notícias desabonadoras, reputadas por ele inverídicas e colacionou documentos ao processo visando provar sua falsidade.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo³³⁸ decidiu por conceder a Rogério Aud Palermo o direito à desindexação para a remoção dos links por ele indicados dos resultados de pesquisa no site de busca Yahoo. Embora no caso o Tribunal não tenha reconhecido haver abuso do direito de informar, ponderou, de forma bastante questionável, que os riscos de dano aos direitos da personalidade do apelante justificavam o reconhecimento do direito ao esquecimento no caso, principalmente em face da falsidade das notícias veiculadas.

Bem, ainda que esta decisão que concedeu o direito à desindexação tenha se baseado na alegação de não veracidade dos fatos noticiados, Jónatas Machado³³⁹ nos alerta que as *afirmações de fato* nas notícias devem estar protegidas pelo direito à liberdade de imprensa e de informação, de modo que “[...] o jornalista que torna conhecidos indícios da existência de

336BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. cit.*, p. 55.

337TEPEDINO, Gustavo. Informação e Privacidade. *In: Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 536.

338BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível nº 1073052-18.2014.8.26.0100*. Relator: Des. José Carlos Ferreira Alves. Órgão julgador: 2ª Câmara de Direito Privado. Data do Julgamento: 7 mar. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/tj-sp-aplica-direito-esquecimento.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

339MACHADO, Jónatas Eduardo. *Op. cit.*, p. 807.

um escândalo público não deve ter que provar completamente a verdade dos factos, mas apenas a plausibilidade racional desses indícios”. Cabe ao debate público posterior fazer o juízo de veracidade ou falsidade da informação obtida, de forma que a busca e o alcance da verdade deve ser resolvida por meio da sociedade, em discurso aberto entre os indivíduos.

Imperioso se atentar aqui para o cuidado que os julgadores devem ter de, a pretexto de proteger a privacidade de pessoa pública, o que é, a princípio, um ato legítimo, incorrer em uma das formas ilegítimas de esquecimento jurídico: o esquecimento-falsário, pelo qual políticos ou administradores da coisa pública se utilizam das estruturas de poder para ocultar fatos desabonadores sobre si que tenham relação com sua atividade pública.

Os juízes e tribunais brasileiros devem estar cientes de que a liberdade de expressão em um regime democrático pode demandar uma mitigação acentuada do direito à privacidade de pessoas públicas, admitindo-se que informações verossímeis possam ser divulgadas e acessadas normalmente pelos cidadãos, e que o ato da descoberta da verdade seja um esforço do engajamento dessas mesmas pessoas no debate público.

É em razão de se manter aberta esta esfera do debate público que, em posicionamentos mais extremos, alguns juristas defendem que mesmo as informações mais estritamente ligadas à intimidade das pessoas públicas que exercem cargos públicos, sobretudo cargos de natureza política, poderiam ser divulgados à população em geral, em clara supremacia do direito à informação frente ao direito à privacidade.

Neste sentido, Gustavo Tepedino³⁴⁰ comenta que, embora todo homem público tenha um direito à sua intimidade, “[...] se ele professa um moralismo exasperado e é visto, pela imprensa, em situação que contradiga sua pregação e a de seu partido”, deve-se reconhecer o direito da população de ter acesso a esta informação.

De tal forma, pode-se sustentar um direito de tomar conhecimento daquilo que diz respeito aos fatos da vida amorosa ou, mesmo, sexual de pessoas públicas que exercem cargos políticos, informações que normalmente pertenceriam de modo estrito ao domínio privado, mas que, por afetarem sensivelmente o grau de confiança e respeito que uma pessoa inspira nos cidadãos em relação aos seus atos de cuidado com a coisa pública, passam a ser consideradas de interesse público.

Para Tepedino³⁴¹, a forma como um político se apresenta à população deve ser levada em conta no ato de julgamento do interesse público pertinente às informações divulgadas na imprensa sobre a sua vida privada e íntima, conforme ele explica:

340TEPEDINO, Gustavo. *Op. cit.*, p. 536.

341TEPEDINO, Gustavo. *Op. cit.*, p. 537.

Outros tantos exemplos poderiam ser analisados sob os mesmos referenciais. Um candidato à Prefeitura deve ser respeitado em suas convicções religiosas e em sua vida afetiva. Mas é direito de crônica a divulgação de um casamento feito às escondidas, em plena campanha eleitoral, para encobrir comportamento sexual ambíguo, taxado, pelo próprio candidato, como imoral e doentio. Se o candidato não fosse um cristão fervoroso e moralista convicto, não tivesse ele patrocinado o estranho enlace, sua vida sexual não poderia, jamais, ser devassada pela imprensa.

O interesse público sobre o que diz respeito à administração da coisa pública justifica, nestes casos em específico, que a vida íntima de um político seja exposta ao público para impedir que ele convença os eleitores através de discurso mentiroso ou contraditório que se ampare em determinadas crenças morais ou qualidades as quais ele, em sua vida fora dos holofotes, não possui ou não cultiva. O sacrifício dos direitos da personalidade da pessoa pública aqui se sustenta, mais uma vez, no argumento pelo bom funcionamento da democracia³⁴².

Por outro lado, quanto às pessoas famosas que exercem atividade de caráter juridicamente privado, deve-se perguntar até que ponto as suas ações, preferências e escolhas que excedam o escopo de suas respectivas atividades profissionais possuem algum tipo de relevância ou utilidade para que seja juridicamente justificável haver algum interesse juridicamente preponderante da coletividade.

Ney Matogrosso, sendo um famoso cantor brasileiro, é decerto do interesse de seu público saber quando ele estará lançando seu mais novo álbum ou quando ele irá fazer um show em determinada cidade X ou Y, ou mesmo, saber quais são suas preferências musicais. Por outro lado, tomando a discussão do início deste tópico 4.2, abstraindo-se um pouco do argumento de que a informação difundida na rede era falsa, qual é a necessidade de se saber o posicionamento político de Ney Matogrosso? Imaginem-se os argumentos possíveis.

Primeiro, em tempos de considerável animosidade política que vive o Brasil desde a eleição de 2014, e que se alastra até o presente momento, faz sentido que as pessoas tenham um interesse legítimo em saber do alinhamento político de seus ídolos, como forma de revisar suas escolhas e preferências de consumo? Esta opção, posta nestes termos, não parece ser das mais razoáveis.

Por outro enfoque, o argumento pode se mostrar mais forte nos casos em que, por exemplo, determinado músico torna-se famoso pelas posições políticas que assume nas letras

342Neste sentido, Jónatas Machado comenta: “No caso das figuras públicas, esse interesse [público] legítimo pode verificar-se quando condutas que integram *prima facie* a esfera íntima têm repercussões na atividade e nas instituições públicas, quando são relevantes para a avaliação pública de seu caráter pessoal, da sua capacidade para o exercício de cargos públicos ou do seu valor pessoal enquanto figura pública, ou ainda quando contribuem para um juízo mais completo e justo dos protagonistas do processo político”. MACHADO, Jónatas Eduardo. *Op. cit.*, p. 813-814.

de sua música, especialmente quando milita a favor de alguma causa pública. Nesta razão específica, a integridade entre artista e a mensagem de sua arte pode vir a ser comprometida, ao menos do ponto de vista de seu público, em função de algum comportamento contraditório. Aproximar-se-ia, aqui, do argumento usado por Tepedino para justificar a relativização da privacidade de um político cujos atos na vida privada contradizem aquilo que ele prega em sua vida pública.

Logo, mesmo que se possa alegar que o músico que grava as músicas e sobe nos palcos para as performances é uma personagem, sendo que aquilo que ele faz de sua vida particular não deveria ser de qualquer interesse legítimo do fã, este argumento pode sofrer um revés, a depender da ligação entre a atividade artística e vida além do *showbiz* que um artista “vende” ao seu público. A princípio, os hábitos da vida privada de uma pessoa famosa só deveriam dizer respeito a ela mesma, mas alguns contextos específicos podem tornar o conhecimento de determinada informação *relevante* ao público.

Segundo, o tipo de atividade ou a forma como a pessoa pública se comporta em sua carreira profissional deveriam servir de alguma forma, de critério para o exercício do direito ao esquecimento? Pessoas públicas polêmicas, famosas por atos excêntricos ou fora da “normalidade” social teriam seus argumentos pelo esquecimento ponderados como tendo menor peso? Tome-se o caso a seguir como um exemplo.

Fernanda Young, insultada por perfil falso no *Instagram* com termos chulos de cunho sexual, teve pedido de indenização por danos morais julgada procedente, mas o valor da indenização foi sensivelmente reduzido pelo magistrado em sede de recurso em razão de a atriz “[...] ter artisticamente posado nua, de modo que sua reputação é mais elástica, inclusive porque se sujeitou a publicar fotografia fazendo sinal obsceno, publicou fotografia exibindo os seios”³⁴³.

Pessoas públicas que, como Fernanda Young, se despiram por razões artísticas ou, ainda, que fossem por razões puramente pornográficas, seriam submetidas a critérios mais “frouxos” no que diz respeito à violação de suas personalidades? Parece que não. A dignidade humana é um atributo imprescritível, de modo que a forma como uma pessoa se porta em relação às convenções e, principalmente, à moralidade sexual da sociedade não deve ser

343BRASIL. Comarca de São Paulo – Foro Central Cível. *Processo nº 1114113-19.2015.8.26.0100*. Julgador: Christopher Alexander Roisin. Data de julgamento: 06 jun. 2017. Disponível em: <<https://d2f17dr7ourrh3.cloudfront.net/wp-content/uploads/2017/06/Sentenc%CC%A7a-FY-1.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2017.

considerada parâmetro pelo juiz para a determinação do quanto indenizatório e, muito menos, se a pessoa é merecedora de indenização³⁴⁴.

Isto é, nenhuma pessoa pode alegar que alguém que comete um delito ou que realiza algum tipo de atividade que ofenda a moralidade da maioria – prostituição, uso de drogas, vício em jogo, etc –, por exemplo, não pode ter o reconhecimento jurídico de que alguma conduta de terceiro possa vir a ferir direito da personalidade seu. Como Ehrhardt³⁴⁵ argumenta, a dignidade da pessoa humana, a qual serve de fundamento aos direitos da personalidade, “[...] não pode ser objeto de desconsideração, mesmo que em relação a pessoa incapazes, indignas ou infames, por se tratar de dado prévio”. Não é porque uma pessoa se comporta de maneira “indigna” segundo valores sociais ou morais dominantes que ela perde sua dignidade humana, posto que, falando-se especialmente a partir de um viés *kantiano*, a dignidade é um valor universal inerente a todo ser humano, assim como sua personalidade.

Deste modo, ao enfrentar eventual pedido de direito ao esquecimento de pessoa famosa que deseje esquecer algum ato ou fato passado incompatível com sua moral atual, de forma que esta pessoa possa ter um novo começo em sua vida, o juiz deve abster-se de seus preconceitos, tratando a todos com igual consideração e respeito, como determina o artigo 5º, *caput* da Constituição Federal³⁴⁶.

Seguindo estas indagações, imagine-se, ainda, o pedido de uma modelo e pessoa transexual de exclusão de fotos que tenha posado antes de ter sido submetida ao processo de redesignação sexual. Neste ponto em específico, por razões de natureza humanitária, o exercício de direito ao esquecimento por pessoas transexuais tem sido largamente apoiado pela doutrina há tempos, com destaque, no Brasil, para a obra seminal de David Araújo³⁴⁷.

Ademais, a intimidade e a identidade sexual das pessoas, ainda que famosas, são geralmente tratadas pelos juízes como questões de interesse puramente pessoal, não devendo ser expostas ao público sem sua autorização. Neste sentido, os tribunais franceses reconheceram o direito ao esquecimento da atriz Marlene Dietrich de fatos ligados à sua polêmica vida íntima e amorosa, sustentando-se que “[...] as recordações da vida privada de

344Bodin de Moraes explica que “[...] enquanto o princípio da dignidade humana deve servir como base para a apreciação (substancial) na ponderação dos interesses em conflito, a dignidade da pessoa humana, sendo um fim e não um meio, não se sujeita a ponderações. Se assim é, tampouco subordina-se a circunstâncias atenuantes ou excludentes, a relativizações de qualquer tipo”. BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à Pessoa Humana: uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009 p. 304.

345EHRHARDT JR., Marcos. *Direito Civil: LINDB e Parte Geral*, Vol. 1. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 209.

346Art. 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, [...].

347ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A Proteção Constitucional do Transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 140.

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”³⁴⁸.

No Brasil, um caso particularmente notável de ofensa à intimidade de pessoa pública, naquilo que de nada tem relação com a atividade profissional pela qual se restou notória, diz respeito à biografia *A Estrela Solitária*, sobre a vida do jogador de futebol Garrincha. Além dos fatos relativos às suas façanhas futebolísticas, o livro se tornou infame por revelar, entre outras intimidades do falecido jogador, o tamanho avantajado de sua genitália. As filhas de Garrincha se socorreram do Poder Judiciário, conseguindo que a editora que publicou a biografia de seu pai fosse condenada pelo Superior Tribunal de Justiça por danos morais e materiais³⁴⁹. Entendeu-se, portanto, que não havia qualquer interesse público legítimo sobre a vida íntima do ex-jogador que pudesse colocar o direito à informação acima do direito à privacidade do biografado.

Uma questão relativamente nova, típica da sociedade da informação, impõe a necessidade de se repensar sobre o alcance do quesito *notoriedade* das chamadas pessoas públicas, em especial por se viver numa época em que se fala, com certa frequência, na existência de “subcelebridades”. Machado³⁵⁰, pois, discorre que as pessoas são “públicas em maior ou menor grau”, podendo uma pessoa atingir um público seletivo e restrito no domínio de sua atividade, sendo, ao revés, desconhecida do “grande público”.

Este é o caso, por exemplo, dos *digital influencers* (influenciadores digitais), que são usuários de internet que, por alguma razão, tornaram-se conhecidos e relevantes para um público bem específico de fãs e seguidores nas redes sociais, mas que são virtualmente desconhecidos – ou simplesmente desconhecidos – do grande público fora destas redes. Há um desafio especial para os juristas em se pensar como o critério de pessoa pública poderá ser aplicado aos *digital influencers*³⁵¹.

Um exemplo recente de caso judicial envolvendo a *digital influencer* Kéfera Buchmann pode servir de significativo parâmetro para uma construção jurisprudencial futura sobre a influência dessas celebridades da internet na opinião pública. No caso em tela, Kéfera foi condenada a pagar 25 mil reais de indenização por divulgar um vídeo em que discutia com um taxista, durante uma viagem no táxi, e por expor os dados pessoais deste motorista e

348DOTTI, René Ariel. *Op. cit.*, p. 92.

349SCHREIBER, Anderson. *Op. cit.*, p. 152.

350MACHADO, Jônatas Eduardo. *Op. cit.*, p. 821.

351SÃO PAULO. 1ª Vara Cível da Comarca de São Paulo. *Processo nº 1010309-17.2015.8.26.0009*. Julgador: Jaiz de Souza. Data de julgamento: 31 out. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/youtuber-indenizar-taxista-divulgar.pdf>>. Acesso em: 29 dez. 2017.

encorajar seus seguidores a intimidá-lo e persegui-lo, usando da sua fama na internet para fins de vingança privada. Nos fundamentos da decisão, destacam-se os seguintes trechos (com grifos do original):

[...] A requerida é uma "youtuber" conhecida, SEGUIDA POR MILHÕES DE PESSOAS em todo o país e protagonista de filmes em cartaz no circuito nacional. A partir do momento em que atingiu posição de destaque na mídia e nas plataformas digitais, tornou-se referência para um incontável número de pessoas de diversas idades, credos e condições sociais, de forma que, para o bem ou para o MAL, sua palavra, suas posições e o material que divulga acabam por ganhar uma força avassaladora onde quer que divulgados sejam [...]. Situação do parágrafo anterior que implica no necessário uso COM RESPONSABILIDADE do seu instrumento de trabalho (IMAGEM) a fim de evitar que embates como o narrado neste processo ganhem vida.

A partir dos fatos relatados e da fundamentação da sentença prolatada, pode-se concluir que os *digital influencers*, a depender da quantidade de inscritos e visualizações, podem ser bastante influentes na formação da opinião e no comportamento de seus seguidores, de modo que devem ser considerados, assim, pessoas públicas tal como um jogador de futebol de um clube da Série A ou um ator ou atriz de televisão, por exemplo. Deve-se sempre considerar que a natureza aberta das sociedades contemporâneas implica em um variado número de gostos e preferências sociais, de modo que a notoriedade de alguém depende, muito especialmente, do público específico para o qual o trabalho desta pessoa é relevante.

Decerto, se os maiores nomes de destaque em cada seguimento social e artístico terão, muito provavelmente, seus nomes conhecido por todos da sociedade, é preciso refletir que nem todo famoso é necessariamente tão conhecido quanto o jogador Neymar, a modelo Gisele Bündchen ou o ator Rodrigo Santoro. Há outros jogadores, modelos, atores e atrizes de notoriedade dentro de seus espaços de trabalho e para o público ao qual guardam certo apelo.

Por isso, no tocante ao direito ao esquecimento, sugere-se que o interesse social sobre as informações relativas aos *digital influencers* seja analisado em razão de se o dado que se deseja “esquecer” extrapola – ou não – o âmbito de notoriedade que estas pessoas cultivaram dentro de seus nichos específicos na rede. Nos casos de pessoas cuja influência em mídias e círculos sociais fora da internet seja bastante significativa, o âmbito de notoriedade a ser considerado pelo juiz será conseqüentemente maior, e maior será, logo, o interesse do público em conhecer de informações sobre estas pessoas.

As argumentações desenvolvidas nestes parágrafos anteriores mostram, portanto, que a fama de uma pessoa deve ser analisada pelos juristas dentro de várias perspectivas como: a voluntariedade ou não da pessoa em se tornar famosa; a distinção entre o âmbito público e o âmbito privado das informações relativas a essa pessoa; o caráter privado ou público da atividade desenvolvida pela pessoa que a faz notória; o grau de influência que as informações

sobre esta pessoa têm no debate público em geral; o grau e o círculo de notoriedade dessa pessoa e seu impacto no debate público em âmbito ou esferas específicas, como a internet.

Enfim, outro aspecto importante a ser discutido neste subtópico acerca da fama é a possibilidade do retorno de uma pessoa pública ao *anonimato* que caracteriza a vida das pessoas comuns, uma vez que ela abandone o estrelato e os holofotes distribuídos às celebridades. Sobre este ponto, impossível não mencionar o caso de William Sidis, famoso menino prodígio que impressionou os EUA com sua inteligência nos anos 1910, mas que viveu os últimos anos de sua vida como um anônimo.

Sidis, gênio da matemática, ingressou na Universidade de Harvard com impressionantes onze anos de idade, graduando-se aos dezesseis. Anos mais tarde, um artigo publicado na revista *The New Yorker* expôs a nova vida de Sidis, então com trinta e nove anos: aquele que uma vez foi chamado de gênio da matemática não foi capaz de corresponder a todas as expectativas colocadas nele, vivendo agora sozinho e recluso em um pequeno apartamento na cidade de Boston, longe da academia e das fórmulas matemáticas³⁵².

Apesar de sua vida de reclusão auto imposta, em processo judicial em face da revista *New Yorker*, a corte do Estado de Nova York decidiu que o status de pessoa pública de Sidis justificava um direito de informação do público sobre sua vida pessoal. A decisão foi bastante controversa, salienta Lawrence Friedman³⁵³, especialmente se comparada ao reconhecimento de um direito ao esquecimento no caso *Melvin vs. Reid*.

Como Costa Júnior³⁵⁴ argumenta, “[...] o artista que abandonou sua carreira, o político que deixou a vida pública e o esportista que se recolheu à intimidade do lar recuperam a personalidade que se haviam anteriormente despojado”. Em outras palavras, uma vez que uma pessoa saiu da cena pública e retornou à sua “condição” de anonimato, o interesse público sobre informações a respeito desta pessoa, em regra, perde força argumentativa frente ao seu direito de privacidade.

Ainda sobre este tema, Sérgio Branco³⁵⁵ afirma que o desejo de uma pessoa famosa de voltar ao anonimato não se caracterizaria como uma forma de direito ao esquecimento. Esta afirmação do jurista, em regra, pode estar correta. No entanto, circunstâncias especiais do caso, especialmente em se tratando do impedimento por via judicial de divulgação de informação sobre a pessoa na grande mídia ou a remoção de dados ou de *hyperlinks*

352FRIEDMAN, Lawrence M. *Guarding Life's Dark Secrets: Legal and Social Controls over Reputation, Property, and Privacy*. Palo Alto: Stanford University Press, 2007, p. 223.

353FRIEDMAN, Lawrence M. *Op. cit.*, p. 223.

354COSTA JR., Paulo José da. *Op. cit.*, p. 41.

355BRANCO, Sérgio. *Op. cit.*, p. 178-179.

armazenados na internet, indicam que a volta ao anonimato pode tomar características do instituto que ficou conhecido como direito ao esquecimento.

4.3.2. Lugar público e lugar privado

Pelo entendimento convencional do critério de *lugar público*, “[...] considera-se tácito o consentimento para captação e circulação da imagem sempre que o sujeito estiver em lugar e eventos públicos”³⁵⁶. Em outras palavras, a pessoa que se encontra em um lugar aberto ao público estaria, em regra, sujeita a intromissões de terceiros em sua esfera privada de tal forma que o resguardo de sua privacidade – no sentido amplo – receberia uma menor proteção do Direito frente a outros interesses jurídicos conflitantes.

Schreiber³⁵⁷, entretanto, argumenta que o critério do lugar público subverte a lógica de como os juristas devem encarar a privacidade. Segundo ele, o que deve ser considerado não é o caráter (de acesso) público ou privado do local, mas a expectativa de privacidade que as pessoas têm nestes lugares, dentro de determinados contextos e circunstâncias particulares de cada caso.

Como explica Martínez³⁵⁸, “o fato de qualquer foto, vídeo ou dado ter sido obtido em espaço público não é suficiente a autorizar a sua ampla divulgação, sob a alegação de suposta mitigação dos direitos da personalidade em razão de interesse público”.

Posner³⁵⁹ bem argumenta que, estando em espaço público, a pessoa conserva algum grau de privacidade, mesmo que seja, tão somente, uma privacidade física. Por exemplo, se alguém aborda um indivíduo de forma agressiva ou, ainda, “[...] trombar ou gritar com ele, estará perturbando sua privacidade do mesmo modo que uma batida forte na porta ou um carro de som perturba a privacidade de uma pessoa sentada no conforto de sua casa ou de seu escritório”.

Por isto não é razoável, salienta Schreiber³⁶⁰, que se aceite, em quaisquer situações, que a captação de imagem ou, mesmo, de conversas particulares de uma pessoa em local público possa ser divulgada publicamente de forma indiscriminada. O critério do local público não

356CAMARGO, Rodrigo Eduardo. Os Direitos da Personalidade e as Liberdades Comunicativas: Os Critérios do Lugar Público e da Pessoa Pública. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski et. al. (orgs.). *Direito Civil Constitucional: A Ressignificação da Função dos Institutos Fundamentais do Direito Civil Contemporâneo e suas Consequências*. Florianópolis: Editora Conceito, 2014, p. 105.

357SCHREIBER, Anderson. *Op. cit.*, p. 145-146.

358MARTÍNEZ, Pablo Dominguez. *Op. cit.*, p. 164.

359POSNER, Richard. *A Economia da Privacidade*. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 326.

360SCHREIBER, Anderson. *Op. cit.*, p. 145-146.

torna, como de modo automático, tudo que nele acontece como sendo ato ou informação de caráter ou interesse público.

Há de se fazer, pois, necessariamente, diferenciações de contexto em que cada situação é capturada pelas lentes de uma câmera – ou por um microfone –, entendendo que a privacidade de um fã ou torcedor que é fotografado em uma multidão durante um concerto musical ou um jogo de futebol é diferente, por exemplo, da privacidade de um casal de namorados trocando carícias em uma praça pública. Existe, como destacou Posner, um mínimo de expectativa de privacidade nos ambientes públicos.

Um caso notável de pessoa pública flagrada em momentos de intimidade em lugar público envolveu a modelo Daniela Cicarelli, que foi captada por lentes de longa distância por um cinegrafista enquanto fazia sexo com o namorado em praia na Espanha. O vídeo íntimo de Cicarelli foi editado e publicado no Youtube, tornando-se rapidamente um dos vídeos mais acessados por internautas brasileiros. Posteriormente, decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ordenou a retirada e a proibição de divulgação do vídeo envolvendo a modelo³⁶¹.

Veja-se, como afirma Martínez³⁶², o critério do lugar público não pode ser tomado, apenas ele, como parâmetro para a decisão dos tribunais, sendo necessário conjugá-lo com outros critérios, especialmente a verificação da existência do interesse público sobre a informação. Casos envolvendo a vida íntima de famosos, ao menos em regra geral, não fazem prevalecer o critério de lugar público.

De mesmo modo, não assiste razão, em regra, à pessoa que invade local privado para obter a imagem ou informações de pessoa pública. Tome-se como exemplo o caso envolvendo a princesa Carolina de Mônaco que, casada com o príncipe Ernesto Augusto de Hanôver, foi fotografada pela imprensa alemã em momentos íntimos de sua vida diária no domicílio do casal, na Alemanha. Instada a se manifestar sobre o caso, a Corte Europeia de Direitos Humanos decidiu no sentido de que mesmo as pessoas públicas têm uma expectativa legítima de privacidade em certas situações, sobretudo quando estão em sua própria casa ou algum outro local privado de retiro³⁶³.

O critério do lugar público, nos fins das contas, é insuficientemente forte para designar a prevalência do interesse público no caso concreto. De tal modo, o juiz, ao ponderar os direitos

361SCHREIBER, Anderson. *Op. cit.*, p. 125-126.

362MARTÍNEZ, Pablo Dominguez. *Op. cit.*, p. 166-167.

363RODRIGUES JR., Otávio Luiz. Do Príncipe Bismarck à Princesa Carolina de Mônaco: Vida Privada de Pessoas Célebres e as Liberdades Comunicativas no Direito Civil. In: CASSETTARI, Christiano. *10 Anos de Vigência do Código Civil Brasileiro de 2002*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 118.

de personalidade com o direito à informação, deve analisá-los sempre condicionando aos demais parâmetros de ponderação, levando em conta em seu julgamento, como argumentou Schreiber, o grau de expectativa de privacidade que a pessoa afetada esperava do local em que se encontrava no momento do fato que se pretende que não seja divulgado. É a maior expectativa de privacidade, ademais, que faz com que o direito à privacidade venha a ter uma relativa preponderância quando da intrusão em local privado para se captar imagens de pessoa pública, e não tão simplesmente o caráter não-público do local.

4.3.3. Ato criminoso e evento de relevância histórica

O critério do *ato criminoso* é suficientemente forte, diz Domínguez³⁶⁴, para que muitos juristas mitiguem o direito ao esquecimento em função de um inegável direito à informação.

Alguns eventos, sejam eles de natureza criminosa ou não, ao adentrarem a memória histórica de uma sociedade, passam a se sobrepor ao desejo do indivíduo em não ter informações sobre si divulgadas³⁶⁵. O interesse sobre a crônica histórica, inclusive, pode justificar, afirma Dotti³⁶⁶, que se trate de detalhes da vida pessoal de uma figura pública, especialmente se estes fatos forem necessários para explicar os acontecimentos de teor histórico.

Desse modo, mesmo sendo um autor com posicionamento notadamente pró direito ao esquecimento, Domínguez³⁶⁷ reconhece que, sobre fatos criminosos de grande repercussão social, eventos históricos e, também, catástrofes públicas, haveria “[...] a preponderância de um interesse público no caso, uma presunção pela liberdade de informação”.

Contudo, ao se falar em pessoas que cometeram crimes de menor potencial ofensivo ou de menor repercussão social – ainda que, eventualmente, crimes considerados graves pela legislação penal –, a justificativa de um interesse social sobre a divulgação de informações sobre criminosos tende a se diluir com o tempo.

Domínguez³⁶⁸ afirma que o acontecimento de um ato ou fato criminoso não pode servir de (único) argumento para que uma informação possa ser utilizada de forma ilimitada ou *para sempre*, de forma que, ficando demonstrado que a divulgação sobre evento criminoso do passado não possui mais utilidade para a comunidade, posto sua perda de interesse social pela

364MARTÍNEZ, Pablo Domínguez. *Op. cit.*, p. 167.

365DOTTI, René Ariel. *Op. cit.*, p. 205.

366DOTTI, René Ariel. *Op. cit.*, p. 207.

367MARTÍNEZ, Pablo Domínguez. *Op. cit.*, p. 169.

368MARTÍNEZ, Pablo Domínguez. *Op. cit.*, p. 168.

ação do tempo, deve-se privilegiar o direito ao esquecimento em detrimento do direito à informação.

Dito isto, necessário se ponderar caso a caso, como explica Daniel Bucar³⁶⁹, a necessidade de exposição da pessoa do ex-criminoso, da vítima ou, enfim, dos personagens envolvidos em fato histórico ou criminoso. Muitas vezes, é possível contar-se a narrativa do evento sem se expor necessariamente as pessoas envolvidas nele. Foi esse, por exemplo, o entendimento do STJ no caso da *chacina da Candelária*, quando se optou por preservar os direitos da personalidade da pessoa do autor da ação, o qual, inclusive, havia sido inocentado em júri da participação na chacina.

Aliás, em interessante passagem de seu artigo, Bucar³⁷⁰ argumenta que o direito ao esquecimento, por mais paradoxal do que possa parecer, é apto a realizar um aprimoramento da *verdade histórica*, de forma que, ao se verificar no caso concreto a possibilidade da preservação dos direitos de personalidade de pessoa partícipe neste evento, há uma atualização do fato dentro de um fenômeno que o jurista chamou de *democracia cronológica*, que implicaria na interpretação do fato histórico com “[...] a devida nota de historicidade, mas em tempos diversos”.

Alerta-se, é preciso abordar esse conceito de “democracia cronológica” com grande diligência. É importante deixar bem claro, aquelas pessoas que cometeram crimes que tiveram ampla divulgação social na época de seu acontecimento e que se tornaram, em razão da repercussão de seus atos, figuras notáveis na memória coletiva da sociedade brasileira, não devem ser alcançadas pelo direito ao esquecimento.

Nestes casos, a narrativa jornalística ou histórica de um crime passado de grande impacto social não poderá ser dissociada de seus atores, de tal modo que, por exemplo, crimes como o de Suzane von Rischtofen, que orquestrou o assassinato dos próprios pais, ou o de Alexandre Nardoni e Anna Carolina Jatobá, condenados por matar a filha Isabella Nardoni, provavelmente jamais poderão ser esquecidos, seja pelo direito, seja pela sociedade.

Da mesma forma, ainda mais fortemente fundamentado no argumento histórico, não pode se admitir aplicar o direito ao esquecimento às autoridades de regimes ditatoriais ou a quaisquer pessoas que tenham cometido crimes contra a humanidade. Exatamente a partir deste raciocínio, pois, juristas como Rosmar de Alencar³⁷¹ sustentam haver uma

369BUCAR, Daniel. *Op. cit.*, p. 12.

370BUCAR, Daniel. *Op. cit.*, p. 12.

371“A Lei da Anistia no Brasil se caracterizou como autêntica autoanistia. Essa característica é a mácula que segue sendo violadora do direito à memória e incompatível com a almejada justiça de transição. A Corte Interamericana de Direitos Humanos e o direito internacional preendem essa conduta estatal, declarando a

incompatibilidade da lei de anistia brasileira – que conferem uma espécie de “direito ao esquecimento *macro*” – com a ordem jurídica internacional de proteção dos direitos humanos. Eventos históricos marcados por violações ostensivas de direitos humanos não podem ser esquecidos.

4.3.4. Tempo, contexto da informação e noticiabilidade

Os juristas estrangeiros costumam falar em um critério de *newsworthiness* – o qual pode ser traduzido como “noticiabilidade” – a ser ponderado frente ao direito ao esquecimento pelos tribunais. A presença de noticiabilidade, pois, indica que determinadas informações têm um valor ou utilidade social e que, por tal razão, merecem ser divulgadas ao grande público.

De Terwagne³⁷² argumenta que a verificação da existência de noticiabilidade no caso concreto deve fazer com que o julgamento penda a privilegiar o direito à informação em detrimento do direito ao esquecimento. Todavia, ela alerta, uma vez que o interesse público sobre determinado fato noticiado se dilua ao ponto de que não haja justificativa razoável para uma (nova) divulgação, o direito ao esquecimento irá preponderar sobre o direito à informação.

Quando se fala em direito ao esquecimento, pois, é inevitável que se pense na passagem do tempo não (necessariamente) como um requisito – como alguns inferem –, mas como um parâmetro importantíssimo para a aplicação desse direito. O problema é que, uma vez que se fala em “atualidade” da informação, acaba-se por sustentar o entendimento de que um determinado dado, uma vez coletado ou divulgado de forma legítima, pode vir a se tornar ilícito com o decurso do tempo³⁷³. As informações teriam, portanto, uma vida útil? Não há na doutrina ou na jurisprudência uma resposta contundente para essa pergunta, algo que caracteriza um dos principais pontos fracos no argumento doutrinário que fundamenta o direito ao esquecimento.

Contudo, o histórico de decisões notáveis que aplicaram algum tipo de direito subjetivo ao esquecimento em sistemas jurídicos tão diferentes quanto o francês e o americano indica que, se a passagem do tempo em si mesma não é apta a provocar a ilicitude de uma

invalidade de atos normativos desse jaez”. ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. Direito à Memória e Aspectos Criminais: A Ditadura Militar e os Efeitos da Anistia. In: CORREIA JR., José Barros; GALVÃO, Vivianny (orgs.). *Direito à Memória e Direito ao Esquecimento*. Maceió: Edufal, 2015p. 114.

³⁷²DE TERWAGNE, Cécile. The Right to be Forgotten and Informational Autonomy in the Digital Environment. In: GHEZZI, Alessia *et al* (orgs.). *The Ethics of Memory in a Digital Age: Interrogating the Right to be Forgotten*. Basingstoke: Palgrave Macmillan Memory Studies, 2014, p. 91.

³⁷³BRANCO, Sérgio. *Memória e Esquecimento na Internet*. Porto Alegre: Arquipélago Editora, 2017, p. 173-174.

informação que foi divulgada de forma lícita anteriormente, é inegável que a rememoração de um fato do passado pode causar um dano injusto à pessoa sobre a qual recai essa lembrança.

Como já se mencionou em outros momentos nesta dissertação, o direito ao esquecimento não está, pois, necessariamente atrelado à passagem do tempo. O dano ou o perigo de dano que dão causa ao direito ao esquecimento não se configuram na ilicitude da informação em si mesma, mas no ato de lembrança ou na guarda da memória. Claro, em razão da natureza excepcional do direito ao esquecimento, uma informação verdadeira só pode ser legitimamente impedida de circular se ela causa ou pode causar algum tipo de dano ou prejuízo considerável à esfera privada de uma pessoa. Noutro ponto, havendo interesse público na divulgação ou lembrança, não haverá qualquer ilicitude na informação ou mesmo um dano injusto a ser prevenido ou indenizado.

Portanto, necessário que o critério de noticiabilidade seja sempre vista à luz do interesse público *legítimo*, posto que há informações que possuem algum valor-notícia ou que geram demanda social, mas que servem apenas para satisfazer a curiosidade do público ao qual se destinam. Uma ampla curiosidade pública, Solove³⁷⁴ comenta, não faz com que uma “bisbilhotice” se torne legitimamente noticiável.

Sendo assim, havendo justificada amparada no interesse público legítimo, mesmo que haja transcorrido um considerável tempo em relação às primeiras notícias de um fato, este poderá vir ser legitimamente noticiado novamente. De qualquer modo, não obstante, a doutrina sugere que o nome ou a imagem dos envolvidos no evento noticioso sejam ocultados sempre que a divulgação de informações de caráter pessoal não se fizer necessária para a lembrança do fato³⁷⁵.

Este é, pois, o argumento sustentado por Martinez³⁷⁶ para os casos em que for possível revisitar uma informação de importância para a sociedade e, ao mesmo tempo, preservar os direitos da personalidade de pessoas envolvidas no fato lembrado. Foi este, ademais, o posicionamento do STJ no *caso Chacina da Candelária*, quando entendeu que o acontecimento histórico narrado poderia ser objeto de crônica jornalística televisiva sem que fosse necessário expor o nome e a imagem do autor da ação judicial, visto que sua participação na chacina – em verdade, ele fora absolvido em júri desta participação – não é um elemento relevante para a narrativa do evento, posto ele não ser peça central para a lembrança do crime.

374SOLOVE, Daniel J. *The Future of Reputation: Gossip, Rumor and Privacy on the Internet*. New Haven: Yale University Press, 2007, p. 132.

375DE TERWAGNE, Cécile. *Op. cit.*, p. 91.

376MARTINEZ, Pablo Dominguez. *Op. cit.*, p. 178.

Deve-se alertar, todavia, que para além destes casos envolvendo as mídias tradicionais, há um problema especialmente a ser considerado quanto à divulgação das informações: a possibilidade de fácil acesso a arquivos de notícias antigas na internet. Este é, ademais, um dos pontos centrais da discussão sobre o direito ao esquecimento, visto que a era digital, com seu acesso facilitado e barato a dados antigos armazenados na rede, tem tornado a idéia de memória digital permanente um emergente perigo para a proteção da privacidade no mundo virtual.

Portanto, De Terwagne³⁷⁷ afirma que, ao seu analisar os arquivos de notícias de internet, o julgador deve atentar para três critérios: o interesse público, o interesse histórico e a noticiabilidade³⁷⁸. Pois bem, como ela mesma admite, dificilmente uma notícia velha, acessível nos arquivos da rede, teria uma noticiabilidade que justificasse sua prevalência sobre o direito ao esquecimento.

No ato de rememoração de uma informação, pois, Dominguez³⁷⁹ afirma que o juiz deve observar se a informação foi reproduzida em seu contexto original. A veiculação de um determinado dado, ainda que revestido de atualidade, fora de seu contexto verdadeiro é um argumento forte o suficiente para justificar a prevalência do direito ao esquecimento sobre o direito à informação.

O contexto pelo qual um dado foi recolhido ou armazenado deve ser necessariamente considerado pelo julgador ao analisar a aplicabilidade do direito ao esquecimento no caso concreto. Dito isto, Castellano³⁸⁰ chega a falar na atenção a um “*principio da finalidade*” pelo qual uma informação é armazenada, divulgada ou replicada. Uma vez que um determinado dado cumpriu seus fins para os quais foi inicialmente coletado, sua lembrança implicaria em dano ou perigo de dano à privacidade da pessoa a que a informação diz respeito.

Bem, deve-se admitir que a falta de uma definição suficientemente satisfatória para os parâmetros sobre tempo, contexto e noticiabilidade torna a aplicação jurisprudencial do direito ao esquecimento sujeita a uma série de críticas e questionamentos.

377DE TERWAGNE, Cécile. *Op. cit.*, p. 92.

378Nesse trabalho, optou-se por entender o interesse público como um critério macro a ser considerado sempre que se ponderar o direito à informação diante dos direitos da personalidade. Pessoa pública, lugar público, evento criminoso ou histórico e o tempo e contexto da informação são critérios menores a serem ponderados conforme a existência – ou não – de um interesse público legítimo no caso.

379MARTINEZ, Pablo Dominguez. *Op. cit.*, p. 175-176.

380CASTELLANO, Pere Simón. El Régimen Constitucional Del Derecho al Olvido en Internet. In: PEÑA-LOPEZ, Ismael *et al* (orgs.). *Neutralidad de La Red y otros Retos para el Futuro de Internet*. Barcelona: Hyugens Editorial, 2011, p. 399.

Para aqueles juristas que defendem a eficácia horizontal dos direitos fundamentais pela via mediata da legislação infraconstitucional, ainda que esses sejam minoria no Brasil³⁸¹, a aplicação do direito ao esquecimento pode ser questionada, ainda que considerado como uma expressão contemporânea do direito à privacidade, ante a ausência de determinação infraconstitucional expressa que responsabilize particulares dentro de um procedimento jurisdicional preciso para o exercício do direito ao esquecimento, ao menos do direito ao esquecimento em sua modalidade de direito à reabilitação.

Por outro lado, quanto ao direito à desindexação e à aplicação do direito ao esquecimento no âmbito da internet em geral, o texto do artigo 19 do Marco Civil da Internet prevê a responsabilidade civil subjetiva dos provedores de aplicações de internet pelo conteúdo publicado por terceiros uma vez que o provedor não tome as providências necessárias ao ser notificado judicialmente. Embora não haja uma determinação no MCI sobre que tipo de conteúdo pode ser considerado infringente – à exceção do artigo 21, que fala da violação da intimidade sexual de outrem –, os dispositivos presentes na lei são especialmente claros na definição da responsabilidade civil dos provedores e no procedimento jurisdicional adequado para esta responsabilização.

4.4. Projetos de lei para um direito ao esquecimento enquanto direito à desindexação no Marco Civil da Internet

O grande problema do Marco Civil, no que diz respeito ao direito à desindexação, é não trazer, expressamente, nenhum critério ou norte possível para a aplicação deste direito pelos tribunais. As hipóteses principais de responsabilidade civil dos provedores de aplicações levantadas no texto legal apenas dizem que a responsabilidade pela retirada de conteúdo surge a partir e ordem judicial. Quanto aos requisitos específicos para o exercício deste direito ou os parâmetros de julgamento a serem adotados pelos juízes, o Marco Civil foi silente.

Ante a esta lacuna, tramitam no Congresso Nacional alguns projetos de lei sobre o direito ao esquecimento enquanto direito à desindexação, entre eles, o PL 7881/2014, o PL 1676/2015 e o PL 2712/2015. Tendo em vista a melhor técnica legislativa e a redação mais

³⁸¹No país prevalece o entendimento classicamente sustentado por Ingo Sarlet, a partir de leitura do § 1º do artigo 5º da Constituição Federal, de que os direitos fundamentais têm eficácia horizontal imediata. Ou seja, os direitos fundamentais podem ser diretamente aplicados nas relações privadas a partir do texto constitucional, sendo desnecessária a existência de lei infraconstitucional prevendo e disciplinando a aplicação desses direitos entre particulares. SARLET, Ingo. *A Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 257; 313.

completa ser aquela do PL 1676/2015, a Câmara dos Deputados decidiu por apensar os outros dois projetos a ele, para que tramitem juntos.

O PL 7881/2014³⁸², de autoria do ex-senador Eduardo Cunha, dispõe em seu artigo 1º que “[...] é obrigatória a remoção de links dos mecanismos de busca da internet que façam referência a dados irrelevantes ou defasados, por iniciativa de qualquer cidadão ou a pedido da pessoa envolvida”.

Este projeto possui alguns graves problemas técnicos, principalmente em expandir o exercício do direito ao esquecimento para além de seu titular, de forma que poderia ser solicitado por iniciativa de qualquer cidadão. Também é especialmente equívoco ao indicar, ao menos em sua literalidade do texto, que a obrigatoriedade de remoção dos links pelos provedores de busca surgiria, de forma geral, apenas pela manifestação do interessado, o que acarretaria em uma supressão do direito à informação.

Quanto ao PL 2712/2015³⁸³, de autoria do deputado Jeferson Campos, este intenta acrescentar um inciso XIV ao artigo 7º do MCI, que trata dos direitos e garantias dos usuários da rede, cuja redação seria a seguinte:

XIV – remoção, por solicitação do interessado, de referências a registros sobre sua pessoa em sítios de busca, redes sociais ou outras fontes de informação na internet, desde que não haja interesse público atual na divulgação da informação e que a informação não se refira a fatos genuinamente históricos.

Apesar do PL de Jefferson Campos apresentar uma clareza muito maior sobre o objeto do direito ao esquecimento do que o PL de Eduardo Cunha, principalmente em condicionar a remoção de conteúdo à ausência de interesse público ou histórico e atualidade da informação, o texto não prevê a forma extrajudicial ou judicial de solicitação ou exigência do direito ao esquecimento.

O PL 1676/2015³⁸⁴, de autoria do deputado Veneziano Vital do Rêgo, por sua vez, na parte que interessa a este trabalho, define em seu artigo 3º, *caput*, o direito ao esquecimento:

382BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei PL 7881/2014*. Obriga a remoção de links dos mecanismos de busca da internet que faça referência a dados irrelevantes ou defasados sobre o envolvido. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1270760>. Acesso em: 04 set. 2017.

383BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei PL 2712/2015*. Modifica a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, obrigando os provedores de aplicações de internet a remover, por solicitação do interessado, referências a registros sobre sua pessoa na internet, nas condições que especifica. Disponível em:<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1374249&filename=PL+2712/2015>. Acesso em: 04 set. 2017.

384BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei PL 1676/2015*. 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. Disponível em: <

Art. 3º O direito ao esquecimento é expressão da dignidade da pessoa humana, representando a garantia de desvinculação do nome, da imagem e demais aspectos da personalidade relativamente a fatos que, ainda que verídicos, não possuem, ou não possuem mais, interesse público.

Merecido comentar que a definição para direito ao esquecimento adotada no projeto está condizente com os conceitos utilizados pelas doutrinas nacionais e estrangeiras. Cumpre argumentar, contudo, que a redação do PL começa a apresentar falhas significativas a partir do parágrafo único deste artigo 3º, veja-se:

Art. 3º [...] Parágrafo único. Os titulares do direito ao esquecimento podem exigir dos meios de comunicação social, dos provedores de conteúdo e dos sítios de busca da rede mundial de computadores, internet, independentemente de ordem judicial, que deixem de veicular ou excluam material ou referências que os vinculem a fatos ilícitos ou comprometedores de sua honra.

Da leitura do parágrafo único, percebe-se a influência do caso *Google Spain* na redação deste projeto de lei. Contudo, a decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia foi alvo de inúmeras críticas pelos juristas brasileiros, especialmente sendo considerada incompatível com o ordenamento jurídico pátrio em razão da posição preferencial assumida pelos direitos de liberdade de expressão.

Ademais, o PL de Vital do Rêgo vai além de transferir poder decisório do Poder Judiciário às empresas privadas provedoras de sites buscas para, também, conceder amplos poderes de julgamento aos sites provedores de conteúdo e aos meios de comunicação social em geral em fazer o sopesamento entre os interesses do solicitante do direito ao esquecimento e da coletividade em acessar a informação.

As determinações abarcadas no artigo 4º do projeto ora analisado também merecem críticas, posto também não refletirem a posição consolidada na doutrina nacional:

Art. 4º Os meios de comunicação social, os provedores de conteúdo e os sítios de busca da rede mundial de computadores, internet, devem criar, dentro de noventa dias, departamentos específicos para tratar do direito ao esquecimento, com a disponibilização de endereços físicos e telefones, destinados a receber reclamações, que deverão ser registradas numericamente.

§ 1º Os meios de comunicação social, os provedores de conteúdo e os sítios de busca da rede mundial de computadores, internet, na hipótese de não reconhecerem a existência do direito ao esquecimento, deverão fornecer ao requerente, por escrito, motivadamente, as razões da negativa, em até trinta dias.

§ 2º O prazo máximo de trinta dias mencionado no § 1º não constitui impedimento para a pronta solução de casos mais urgentes.

§ 3º O descumprimento do dever de instalação dos departamentos encarregados do respeito ao direito ao esquecimento ou o seu mau funcionamento acarretará a responsabilidade dos meios de comunicação social, dos provedores de conteúdo e dos sítios de busca da rede mundial de computadores, internet, a ser promovida por meio de ação civil pública.

O *caput* do artigo 4º parece praticamente inviável, posto a dificuldade ou, mesmo, desnecessidade de que “os meios de comunicação social, os provedores de conteúdo e os sítios de busca da rede mundial de computadores” criem departamentos específicos para cuidar do direito ao esquecimento em prédios físicos e que, inclusive, disponibilizem número de telefone para contato.

Pode-se considerar um tanto quanto contraditório, até, que a comunicação com as empresas provedoras de aplicações na internet que vá resultar na retirada de algum conteúdo da rede seja feito por meio de uma tecnologia “ultrapassada” como o telefone.

Claro, também, há de se considerar que muitas empresas de comunicação social ou provedoras de conteúdo teriam dificuldades financeiras para instituir estes departamentos específicos para tratar do direito ao esquecimento, o que demandaria novos gatos e o encarecimento dos serviços prestados por estas mesmas empresas, levando muitas delas à falência. Um dos grandes méritos da internet, discussões sobre *fake news* e pós-verdade à parte, é justamente a democratização das fontes de informações, desde o jornalismo independente até os vários sites de conteúdo administrados por uma só pessoa, como puro *hobbie* ou como atividade de “micro” lucro. Aumentar os custos das atividades destas pessoas seria um ato insensato.

A redação do parágrafo terceiro igualmente traz determinações desarrazoadas, especialmente por submeter os meios de comunicação e os provedores de aplicação na internet a ação civil pública no simples caso de mau funcionamento dos departamentos especializados para tratar do direito ao esquecimento.

Em suma, o PL 1676/2015, embora possua técnica legislativa consideravelmente melhor do que aquela dos PL 7881/2014 e 2712/2015, igualmente apresenta dispositivos temerários, atentando contra direitos e princípios previstos no Marco Civil da Internet, sobretudo a liberdade de expressão, necessários para a existência de uma internet aberta.

Em verdade, para se prever literalmente um direito ao esquecimento na internet, não é necessário se fazer alterações tão significativas no MCI. O artigo 19, *caput* do Marco Civil, a despeito de alguns julgados mais recentes no STJ, vem sendo utilizado pelos tribunais inferiores na aplicação do direito à desindexação. Uma pequena adição no *caput* do artigo 19 para prever expressamente a “desindexação de resultados de pesquisa nos sítios de busca” seria quase suficiente para pacificar a jurisprudência sobre direito ao esquecimento no Brasil, pelo menos no que diz respeito ao reconhecimento deste direito.

Mas, claro, também seria bastante recomendável que fosse adicionado um novo parágrafo ao artigo 19 para listar os parâmetros pelos quais o julgador deve se basear na ponderação entre direito à informação e os direitos da personalidade, preferencialmente nos termos desenvolvidos ao longo do tópico anterior desta dissertação, de forma a garantir maior previsibilidade e segurança jurídica nas decisões judiciais sobre direito ao esquecimento.

4.5. Críticas à efetividade do direito ao esquecimento na internet

Rolf Weber³⁸⁵ explica que o direito ao esquecimento encontra limites não apenas nos problemas legais e políticos relativos ao seu choque com as liberdades de expressão e de informação, mas também em questões outras, muitas vezes de natureza técnica, no que diz respeito a sua aplicação no âmbito da internet.

Carlos Affonso³⁸⁶, em documento apresentado pelo Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro (ITS Rio) ao STF, expôs aqueles que entende serem os grandes dilemas envolvendo o direito ao esquecimento. Primeiro, a questão da definição de direito ao esquecimento, a qual é quase sempre questionada pela doutrina por sua inadequação. Outros problemas apresentados pelo jurista dizem respeito a questões como a própria arquitetura da internet – que é projetada para lembrar, não para esquecer – e os interesses jurídicos envolvidos na ponderação, sobretudo a liberdade de expressão e de informação. Porém, um dilema em especial merece destaque, principalmente por ser comumente ignorado na doutrina e quase sempre na jurisprudência: a efetividade das decisões sobre o direito ao esquecimento.

Dito isto, é preciso que os atores engajados nesse debate jurídico reconheçam que o maior problema relativo ao direito ao esquecimento talvez não seja nem a sua questionada fundamentação como instituto jurídico nem os parâmetros ainda pouco claros para a sua aplicação nos casos concretos pelos juízes, mas a efetividade destas decisões³⁸⁷. Quer dizer, deve-se refletir seriamente se as decisões reconhecendo o direito ao esquecimento do pleiteante podem, de fato, produzir os resultados desejados no meio social. Por vezes, as decisões acabam provocando um efeito social reverso do pretendido por aqueles que se

385WEBER, Rolf H. The Right to be Forgotten: More than a Pandora's Box?. *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*. Karlsruhe, v. 2, n. 2, 2011, p. 15-16.

386SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Dez Dilemas sobre o Chamado Direito ao Esquecimento. Instituto de Tecnologia e Sociedade (ITS-Rio). Rio de Janeiro, 12 jun. 2017. Disponível em: <<https://itsrio.org/wp-content/uploads/2017/06/ITS-Rio-Audiencia-Publica-STF-Direito-ao-Esquecimento-Versao-Publica-1.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

387COHEN, Ana Carolina Trindade. O Efeito Bola de Neve na Internet e a Eficácia das Decisões Judiciais que Garantem o Direito ao Esquecimento. In: CORREIA JR., José Barros; GALVÃO, Vivianny (orgs.). *Direito à Memória e Direito ao Esquecimento*. Maceió: Edefal, 2015, p. 55.

socorrem do direito ao esquecimento, principalmente nessa era de superexposição a informações na internet.

Há limites que o construtivismo jurídico não consegue romper, limites que muitas vezes são intransponíveis, pois aquilo que pertence ao mundo do direito nem sempre tem o impacto desejado no mundo dos fatos. Àquelas tentativas de retirada de uma informação da internet que tiveram um resultado completamente oposto ao desejado, pois, deu-se o curioso nome de “efeito Streisand”.

4.5.1. O efeito *Streisand*

Há alguns anos, o jornalista americano Mike Masnick³⁸⁸ cunhou em seu blog *Techdirt* o termo “efeito Streisand” para o fenômeno inverso que o ato de se tentar a retirada ou a censura de determinado conteúdo na internet causava: ao invés do dado indesejado desaparecer – muito pelo contrário –, a tentativa de sua retirada atiçava a curiosidade dos internautas em procurar por esta informação, fazendo com que o conteúdo fosse ainda mais visualizado e, inclusive, replicado por terceiros.

O termo foi assim batizado em razão de um caso acontecido com a cantora e atriz Barbra Streisand que, em 2003, pediu em juízo a retirada de conteúdo e uma indenização de 10 milhões de dólares a um site americano, o *California Coastal Records Project*, que publicou uma fotografia aérea de uma parte da praia de Malibu onde se destacava sua casa³⁸⁹. A foto, no entanto, foi publicada pelo referido site como parte de uma série de 12 mil fotos da costa do estado americano da Califórnia.

A repercussão sobre o episódio foi extremamente desfavorável para Barbra Streisand, que teve cópias da foto aérea de sua mansão reproduzida de maneira descontrolada pela internet. Inevitável dizer que a foto em questão pode ser facilmente encontrada na internet ainda hoje.

Caso semelhante ocorreu no Brasil com o adolescente Nissim Ourfali, que passou de pessoa anônima a *meme* de internet, quando um vídeo de comemoração de seu *Bar Mitzvá* – que foi publicado no *Youtube* pelos próprios familiares do rapaz – foi acessado por milhares de internautas brasileiros, tornando-se um viral nas redes sociais e blogs de humor³⁹⁰. Apesar

388MASNICK, Mike. Since when Is It Illegal to Just Mention a Trademark Online?. *Techdirt*. Redwood City, 5 jan. 2005. Disponível em: <<https://www.techdirt.com/articles/20050105/0132239.shtml>>. Acesso em: 19 jun. 2017.

389PEIXOTO, Erick Lucena. A Responsabilidade Civil na Internet e os Direitos da Personalidade sob a Ótica do Direito Civil Constitucional. In: CELLA, José Renato Gaziero; NASCIMENTO, Valéria Ribas do; ROVER, Ares José (orgs.). *Direitos e Novas Tecnologias*. Florianópolis: Conpedi, 2015, p. 76.

390SCHREIBER, Anderson. *Op. cit.*, p. 127.

da família do garoto ter conseguido ordem judicial para a retirada do vídeo original do *Youtube*, ainda é possível encontrar cópias do vídeo ou paródias referentes a ele no próprio site do *Youtube*.

Porém, o mais curioso caso de efeito Streisand de todos, pode-se dizer, envolve Mario Corteja Gonzalez, cidadão espanhol que conseguiu decisão favorável do Tribunal de Justiça da União Europeia para a desindexação de resultados no *Google Search* relativos a uma dívida antiga sua com o fisco da Espanha. O caso *Google Spain*, que ficou mundialmente conhecido por ter sido a primeira grande decisão sobre direito ao esquecimento na internet no mundo ocidental resultou em uma inevitável fama para Corteja.

O espanhol foi intensamente exposto por veículos de mídia de toda Europa e por outros países do mundo, fomentando-se o debate e a polêmica ao redor desta histórica decisão da Corte Europeia. Mario Corteja, no entanto, não ficou satisfeito com a nova exposição e tentou a retirada de *hyperlinks* das notícias sobre direito ao esquecimento veiculando o seu nome, com base na mesma decisão do Tribunal de Justiça Europeu que o favoreceu anteriormente. O Google, no entanto, negou a retirada dos links, pois reconheceu neles um interesse público de acesso àquelas informações. Corteja buscou se socorrer novamente da Agência Espanhola de Proteção de Dados, mas essa também reconheceu o interesse público na divulgação das informações referentes ao caso *Google Spain*, inclusive na exposição do nome e da imagem de Corteja naquilo que diz respeito ao histórico caso³⁹¹.

Irônico, pois, que uma decisão que concedeu o direito ao esquecimento a uma pessoa acabe por servir, devido à publicidade do caso, de motivo para um novo pedido de direito ao esquecimento desta mesma pessoa. Claro, outros cidadãos europeus conseguiram o direito de desindexar resultados de pesquisa no Google depois de Mario Corteja, com efeitos reversos bem menores ou inexistentes.

Mario Corteja sofreu os males inevitáveis do interesse acadêmico e histórico que seu caso pioneiro despertou e, assim, se tornou o exemplo mais ilustrativo dos limites fáticos do direito ao esquecimento.

391 PEGUERA, Miquel. No More Right to be Forgotten for Mr. Corteja, says Spanish Data Protection Authority. *The Center for Internet and Society*, Stanford Law School, Stanford, 3 out. 2015. Disponível em: <<http://cyberlaw.stanford.edu/blog/2015/10/no-more-right-be-forgotten-mr-costeja-says-spanish-data-protection-authority>>. Acesso em: 10 out. 2017.

4.5.2. As soluções possíveis, entre propostas ortodoxas e heterodoxas

Como se vê, as normas jurídicas positivas nem sempre conseguem o efeito desejado no mundo dos fatos. Dito isso, apesar do notável avanço nas legislações e na doutrina sobre proteção da privacidade informacional no Ocidente desde o início do século XXI, sobretudo na Europa, Viktor Mayer-Schönberger³⁹² acredita que o problema da memória digital será resolvido pela implementação de outros meios menos convencionais – heterodoxos – de “direito ao esquecimento”.

As alternativas propostas por ele vão desde soluções mais estritamente ligadas ao campo tecnológico ou da economia da internet até mesmo algumas ideias jurídicas pouco ortodoxas.

Dito isso, os juristas Michael Rustad e Sanna Kulesvka³⁹³ acreditam, igualmente, que caso os usuários de internet pudessem chegar a um acordo acerca do esquecimento na rede como uma norma de caráter social – e não precisamente jurídica –, a necessidade de se reforçar os procedimentos legais de direito ao esquecimento acabaria por ser drasticamente reduzida.

Neste sentido de se buscar soluções além daquelas normalmente encontradas do mundo jurídico, uma das propostas trazidas por Mayer-Schönberger lida com o ato de *abstinência digital*³⁹⁴ como forma de proteção da privacidade e da memória pessoal na internet. O raciocínio é bem simples: os usuários devem ao máximo se abster de compartilhar suas informações pessoais na internet, a fim de evitar possíveis violações a seus dados no futuro.

Esse tipo de proposta, porém, embora plenamente óbvia, pois seja, quem evita expor sua privacidade na rede está mais protegido de sofrer violações, não é muito razoável. Atos constantes de abstinência digital tornariam difícil a rica experiência que caracteriza as relações na internet, reduzindo consideravelmente as inúmeras possibilidades de criação, alteração e compartilhamento de conteúdo atualmente disponíveis na rede. Embora seja recomendável que a pessoa tenha diligência e responsabilidade sobre aquilo que torna público na rede, a ideia de abstinência não é o melhor caminho para se solucionar o problema da memória e do esquecimento na internet.

392MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. *Delete: The Virtue of Forgetting in the Digital Age*. Nova Jersey: Princeton University Press, 2009, p. 128 e ss.

393RUSTAD, Michael L.; KULEVSKA, Sanna. Reconceptualizing the Right to be Forgotten to Enable Transatlantic Data Flow. *Harvard Journal of Law & Technology*, Cambridge, v. 28, n. 2, 2015, p. 380.

394MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. *Op. cit.*, p. 128.

Outra proposta semelhante, mas em direção contrária, lidaria com a capacidade de as pessoas internalizarem em sua cognição – *ajustamento cognitivo* – que a internet pode significar o fim do esquecimento social³⁹⁵. Por meio de uma adaptação psicológica e cultural, as pessoas aprenderiam, então, a conviver com a memorização digital perfeita, invertendo a lógica entre memória e esquecimento, de modo que formulações jurídicas sobre um “direito ao esquecimento” se tornariam desnecessários.

Embora pesquisas científicas demonstrem que a memória humana sofre influência bastante significativa do ambiente em que se vive e com o qual se interage, podendo ser inclusive moldada por ele³⁹⁶, o principal problema de tal propositura de ajustamento cognitivo é que mudanças dessa magnitude na cognição dos indivíduos implicam em um salto evolutivo significativo, que demandaria algumas décadas para que as pessoas, em geral, estivessem plenamente adaptadas a um ambiente em que a memória é a regra e o esquecimento é a exceção.

Outra possibilidade levantada dentro dessas propostas heterodoxas – ainda lidando com a possibilidade das pessoas se habituarem à memória digital permanente – diz respeito à possibilidade de *contextualização perfeita* das informações. David Brin³⁹⁷ fala em uma sociedade da transparência, onde a reciprocidade das pessoas em revelar informações compreensivas e bem contextualizadas sobre si tornaria o problema da privacidade e do esquecimento superados. Algo semelhante aos antigos vilarejos, nos quais não existiam problemas significativos de privacidade porque ninguém “tinha o que o esconder”.

A possibilidade de contextualização perfeita na era da internet, contudo, dependeria, comenta Rolf H. Weber³⁹⁸, de que os sistemas de tecnologia fossem projetados para coletar e relembrar dados de forma a excluir ou não processar aqueles dados que extrapolassem o contexto original da informação colhida. Tal procedimento, não obstante, não é possível com a atual tecnologia disponível, e talvez jamais seja, ainda que no futuro.

Proposta bem mais razoável que as anteriores – mas nem tanto menos polêmica – é aquela sustentada por alguns juristas e economistas americanos de atribuir características de propriedade intelectual aos dados pessoais compartilhados na rede. A propositura, defendida

395MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. *Op. cit.*, p. 155-157.

396ANDERSON, John R.; SCHOOLER, Lael J. Reflections of the Environment in Memory. *Psychological Science*, Washington D.C., v. 2, n. 6, 1991, p. 392-408.

397BRIN, David. . *The Transparent Society: Will Technology Force Us to Choose Between Privacy and Freedom?*. Nova York: Basic Books, 1999, p. 331-333.

398WEBER, Rolf H. The Right to be Forgotten: More than a Pandora's Box?. *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*. Karlsruhe, v. 2, n. 2, 2011, p. 126.

pelo jurista Lawrence Lessig³⁹⁹ consiste na atribuição de um regime jurídico de proteção de dados pessoais semelhante ao *digital rights management* – gestão de direitos digitais – aplicado às obras protegidas por direito autoral na internet.

Neste sentido, John Palfrey e Urs Gasser⁴⁰⁰ comentam que não existe nenhuma definição legal em lei nacional ou internacional de quem seria o proprietário das informações de caráter pessoal que estão contidas no ciberespaço. Quem tem a propriedade intelectual sobre as informações expostas e compartilhadas nos perfis e páginas das redes sociais? Essa indefinição preocupa substancialmente os autores porque, segundo eles, se a legislação não reconhece o direito de propriedade sobre dados pessoais às pessoas a quem os dados dizem respeito, há uma grande possibilidade de que alguma empresa que se aproveita economicamente destas informações acabe por vir a reclamar a propriedade sobre estes dados, a fim de assegurar os meios que possibilitam seu modelo de negócio.

Embora a legislação da União Europeia, diferentemente dos EUA, tenha avançado de forma bastante considerável nas leis de proteção de dados pessoais na internet, a proteção se restringe aos aspectos morais – e não patrimoniais – destas informações. Por outro lado, as empresas de internet exploram comercialmente o uso de dados de caráter pessoal sem que a pessoa a que estas informações dizem respeito tenha controle – de fato – sobre o fluxo de seus dados. Claro, sobre um ponto de vista mais estritamente jurídico, o usuário costuma fornecer sua anuência para o uso de seus dados pelas provedoras de internet através de contato eletrônico. Contudo, o problema do fluxo de dados pessoais não se restringe ao campo jurídico da proteção da privacidade, tendo uma dimensão econômica bastante considerável⁴⁰¹.

A possibilidade de se atribuir direitos de propriedade sobre informações pessoais, decerto, pode causar uma sensação de esvaziamento no conteúdo moral do instituto jurídico do direito à privacidade. Juristas de linha completamente contrárias às soluções de mercado aos problemas jurídicos, como Stefano Rodotà⁴⁰², certamente irão argumentar que o direito à privacidade não deve se basear “[...] em princípios que consideram o indivíduo somente ou principalmente como dono dos dados a seu respeito. O direito à proteção de dados tem a ver com a proteção da personalidade, não da propriedade”.

399LESSIG, Lawrence. *Code: version 2.0*. Nova York: Basic Books, 2006, p. 200.

400PALFREY, John; GASSER, Urs. *Born Digital: Understanding the First Generation of Digital Natives*. Nova York: Basic Books, 2008, p. 66.

401Sobre os aspectos econômicos dos mercados da informação e sua relação com a privacidade, ver: LAUDON, Kenneth. *Markets and Privacy. Communications of the Association for Computing Machinery*. Nova York, v. 39, n. 9, set. 1996, p. 92-104.

402RODOTÀ, Stefano. *A Vida na Sociedade de Vigilância: A Privacidade Hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 19.

Por outro lado, é preciso admitir-se que, como bem frisa Magalhães Martins⁴⁰³, “os europeus têm uma longa tradição de declarar direitos de privacidade abstratos na teoria, mas que fracassam na prática”. A possibilidade de se atribuir características de propriedade intelectual às informações pessoais, apesar de estranha à tradição jurídica de *civil Law*, que justifica a defesa jurídica da privacidade como uma dimensão da dignidade da pessoa humana, pode ser uma solução complementar a ser pensada, no futuro próximo, para auxiliar na redução considerável dos problemas de privacidade que afetam a internet.

Outra propositura possível, dessa vez bem mais ortodoxa, seria a modificação substancial nas atuais legislações sobre coleta de dados, o que implicaria em uma grande alteração na *ecologia da informação*⁴⁰⁴. Através de tal mudança, pretende-se regulamentar como a informação deve ser coletada, armazenada e lembrada, além de se definir quem pode ter acesso a ela e por quanto tempo este acesso seria permitido. Todavia, um dos maiores problemas das leis que agem sobre a ecologia da informação é o aspecto binário delas: ou a informação permanece, ou é apagada após cumprir sua destinação definida por lei, havendo pouco espaço para a flexibilização do controle do usuário sobre seus dados.

Não obstante, mudanças no comportamento dos usuários ou na ecologia da informação ou, alternativamente, a atribuição de um regime jurídico diferenciado aos dados pessoais, não são as únicas alternativas para se solucionar os problemas da memória e do esquecimento na internet. Grande parte dos juristas, segundo endossa Paul Bernal⁴⁰⁵, acreditam que alterações na arquitetura da internet podem ser muito mais efetivas para a proteção da privacidade.

Baseado na ideia de que uma mudança, ainda que pequena, na arquitetura da internet pode ter melhor efetividade no combate ao problema da memória digital permanente, Mayer-Schönberger⁴⁰⁶ propõe uma alteração no código usado pelos softwares na rede, por meio do acréscimo de metadados para o esquecimento, de modo que todos os arquivos, documentos e afins compartilhados estariam sujeitas a uma data de expiração a ser inserida e delimitada pelo próprio usuário.

403MARTINS, Guilherme Magalhães. O Direito ao Esquecimento na Internet. In: MARTINS, Guilherme Magalhães (org.). *Direito Privado e Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 17.

404MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. *Op. cit.*, p. 157-160.

405BERNAL, Paul. The EU, the US and Right to be Forgotten. In: GUTWIRTH, Serge; LEENES, Ronald; DE HERT, Paul (orgs.). *Reloading Data Protection: Multidisciplinary Insights and Contemporary Challenges*. Nova York: Springer, 2014, p. 72.

406MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. *Op. cit.*, p. 169 e ss.

A ideia original apresentada por Mayer-Schönberger, a qual foi erroneamente tratada por Voss e Castets-Renard como um novo direito ao esquecimento nascente⁴⁰⁷, é uma solução técnica relativamente simples e bastante prática para o problema do esquecimento e da privacidade na internet: ao salvar um determinado documento, o usuário seria induzido pelo programa a estabelecer uma data de expiração que, quando alcançada, resultaria no seu apagamento.

Claro, almejando ser pragmático, Mayer-Schönberger assume uma postura flexível, e não pretende impor o esquecimento às pessoas através deste expediente. As pessoas seriam avisadas de que a informação estaria próxima de atingir sua data limite, podendo editar a data de expiração para adiá-la por mais tempo, caso ainda necessitassem dela⁴⁰⁸, ou, ainda, poderiam negociar esta data com os provedores de internet, a gosto do melhor interesse das partes⁴⁰⁹.

Seu ideal não é impositivo, mas, sim, chamar a atenção das pessoas a respeito da utilidade e da necessidade de se manter determinadas informações disponíveis *para sempre*. Trata-se, então, de uma proposta heterodoxa que visa, em suma, criar um mecanismo simples de rememoração sobre dados pessoais compartilhados para que a pessoa, ciente de sua existência, possa ter as melhores condições possíveis para exercer sua autonomia informacional, inclusive, se necessário, socorrendo-se ao Poder Judiciário.

407VOSS, W. Gregory; CASTETS-RENARD, Céline. Proporsal for an International Taxonomy on the various forms of the “Right to be Forgotten”: A study on the convergence of norms. *Colorado Technology Law*. Boulder, v. 14, n. 2, 2016, p. 334.

408MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. *Op. cit.*, p. 172.

409MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. *Op. cit.*, p. 185-189.

CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho, tentou-se apresentar algumas soluções para os principais problemas envolvendo a dogmática e a prática do direito ao esquecimento no Brasil, desde a questão da nomenclatura em si adotada, e os seus vários significados possíveis, até a discussão dos parâmetros de sua aplicação, sem ignorar as adversidades encontradas para a efetividade deste direito.

Viu-se, pois, que o direito ao esquecimento não é um direito novo nem tampouco um direito autônomo. O direito ao esquecimento, em seu caráter de direito subjetivo, é um direito da privacidade, no sentido contemporâneo de privacidade enquanto autonomia informacional. Estas distinções são importantes para se situar este direito no debate contemporâneo em torno do problema da memória permanente na internet, memória essa que se apresenta como um dos fatores mais potencialmente lesivos ao livre desenvolvimento da personalidade hoje.

Longe de exageros linguísticos ou de um pessimismo ludista em relação às novas tecnologias, buscou-se aqui enfrentar a questão do direito ao esquecimento dentro de uma análise científica e objetiva, voltada para a dogmática jurídica, mas sem, é claro, descuidar dos aspectos sociológicos e práticos que circundam o debate sobre este direito.

No que diz respeito mais estritamente à dogmática jurídica, principalmente no uso terminológico da expressão *direito ao esquecimento* – muito contestado, mas que vem se impondo por uma questão de tradição –, buscou-se explicar e compreender os vários sentidos possíveis para este direito. O direito ao esquecimento é, pois, um “termo guarda-chuva”, que carrega dentro dele, enquanto um direito subjetivo da personalidade, outros direitos e significados: o direito à reabilitação, o direito ao apagamento, o direito à desindexação, o direito à obscuridade e o direito ao esquecimento digital.

O direito à reabilitação, que se forma na origem do direito ao esquecimento, se apresenta nos casos concretos, na maioria das vezes, por meio de pedido de tutela ressarcitória dos danos causados à personalidade pelo ato de lembrança, mas também pode se apresentar sob a forma de tutela inibitória, prevenindo a ocorrência do dano. Nesse ponto em específico, o direito ao esquecimento apresenta uma de suas faces mais contestáveis, visto que a proibição de divulgação de fatos que possuem interesse jornalístico – noticiabilidade – pode significar uma mitigação desarrazoada do direito à informação, sobretudo porque o direito subjetivo à reabilitação esbarra numa interpretação constitucional que privilegia as liberdades

comunicativas com um status de posição preferencial, de modo que qualquer tentativa de suprimir estas liberdades *a priori* pode ser considerada como uma forma de censura.

É necessário lembrar que o Supremo Tribunal Federal, pois, firmou recentemente um posicionamento contrário à inibição da publicação ou divulgação de fatos pretéritos sobre pessoas públicas na oportunidade em que teve de julgar sobre a necessidade de autorização do retratado para a publicação de biografia. O entendimento exarado pela Corte Suprema veio a permitir que o mercado editorial de biografias possa lançar livros sobre a vida dos biografados sem sua anuência, sem prejuízo de posterior indenização judicial por abuso do direito de informar.

A questão sobre direito ao esquecimento e tutela inibitória, claro, ainda permanece polêmica. O debate sobre o direito ao esquecimento – em sua forma de direito à reabilitação de indiciados de crimes, de ex-condenados ou de vítimas – apenas tomou a dimensão merecida dentro do debate jurídico brasileiro a partir das decisões proferidas no caso da *Chacina da Candelária* e no caso *Aída Curi*, julgados pelo Superior Tribunal de Justiça, tendo a emissora de televisão Rede Globo no pólo passivo da demanda. Um posicionamento definitivo sobre esta modalidade de direito ao esquecimento virá a partir do momento em que o STF apreciar o mérito da matéria, da qual reconheceu a repercussão geral em recurso movido pelos familiares de Aída Curi.

Enquanto isso, outro debate em paralelo – travado principalmente nos tribunais inferiores e tendo por antecedentes o caso *Google Spain* da Corte Europeia e a seção III do Marco Civil da Internet –, se desenvolve em torno do *direito ao apagamento* e do *direito à desindexação* no ambiente da internet. Neste ponto em específico, os tribunais brasileiros têm demonstrado bastante dificuldade em firma um posicionamento comum que seja, ao mesmo tempo, compatível com as regras de responsabilidade civil presentes no MCI e a proteção das liberdades de expressão e de informação constitucionalmente garantidas.

Enquanto que os tribunais inferiores vêm aplicando o direito à desindexação no Brasil a partir de interpretação do artigo 19 do MCI, algumas turmas do STJ têm negado a existência de um direito de desindexar resultados dos provedores de pesquisa nesse microssistema legal que protege os direitos dos usuários de internet. Bem pior, além de negar a existência do direito à desindexação no Brasil – o que, admite-se, é um posicionamento razoável –, o STJ tem indicado que o procedimento legal a ser adotado para a retirada de informações da internet é aquele do inciso X do artigo 7º do MCI que além ser bem mais limitado – aplicar-se-ia legitimamente apenas ao término de uma relação contratual – ainda é uma solução

potencialmente mais gravosa, visto que lida com o apagamento – total – de dados da internet, e não de simples remoção de *links* de uma lista de resultados de pesquisa.

A *desindexação* de *links* na rede foi, pois, a principal modalidade contemporânea de direito ao esquecimento adotada pela União Europeia, sendo uma forma razoável de possibilitar aos indivíduos o exercício de seu direito à autodeterminação informativa na internet, sem que isso significasse o aniquilamento do direito de terceiros de acessar informações na rede.

De fato, a questionável decisão no caso *Google Spain* de delegar aos provedores de pesquisa – empresas privadas – a ponderação entre os interesses fundamentais envolvidos não poderia jamais ser aplicada no Direito Brasileiro. Porém, a utilização do artigo 19, *caput* do MCI como fundamento normativo para se aplicar a responsabilidade civil subjetiva dos provedores de pesquisa sobre os resultados apresentados em suas buscas, ordenando-se, assim, que esses provedores façam a retirada de conteúdo considerado ilícito, é perfeitamente cabível e não se trata, de forma alguma, de interpretação desproporcionalmente expansiva.

Ainda assim, em contrapartida, para países que assumem algum tipo de posição preferencial das liberdades de expressão e de informação, como o caso histórico dos EUA e recente do Brasil, poder-se-á buscar no futuro formas menos gravosas de “esquecimento”, como o recentemente proposto *direito à obscuridade*, ainda de desenvolvimento incipiente na doutrina americana, ou a solução técnica de Viktor Mayer-Schönberger de se adicionar datas de expiração para informações de caráter pessoal compartilhadas na internet, além de outras soluções heterodoxas.

Noutro ponto, falando-se daquilo que já encontra alguma base no Direito Brasileiro, a jurisprudência pátria tem demonstrado dificuldades preocupantes para mensurar parâmetros de ponderação que envolve a colisão entre direitos da personalidade – dentre eles, o direito ao esquecimento – e os direitos de liberdade de informação. Os parâmetros existentes, quais sejam, pessoa pública, lugar público, evento criminoso ou histórico e, mais recentemente, tempo e contexto da informação, todos enfrentados à luz do interesse público legítimo, precisam de um melhor desenvolvimento doutrinário e, principalmente, jurisprudencial.

É, de fato, problemático que persista a indefinição legal sobre o tempo de utilidade de uma informação, a qual, de alguma forma, pode tornar a aplicação do direito ao esquecimento inviável ou mesmo injusta. Pior, os projetos de lei sobre direito ao esquecimento atualmente tramitando no Congresso Nacional não oferecem solução para estes problemas relativos aos parâmetros de sua aplicação. Pelo contrário, os projetos trazem dispositivos temerários e passíveis de provocar sérias restrições ao exercício das liberdades comunicativas.

Neste particular, e não por outro motivo, se deixou esse comentário por último: é muito inquietante ver como o histórico recente de decisões de remoção de conteúdo na internet tem revelado uma inaptidão dos tribunais brasileiros em lidar com o binômio pessoa pública e interesse público e sua relação com a defesa dos direitos da personalidade. Muito longe de se afirmar que as pessoas públicas não tenham direito à privacidade, é preciso que os julgadores entendam a importância que o direito à informação detém para a manutenção do regime democrático e do Estado de Direito.

A democracia demanda, pois, certo sacrifício aos direitos da personalidade de figuras públicas, principalmente daquelas que lidam com a coisa pública. O uso do direito ao esquecimento para se remover ou se ocultar denúncias – ainda que frágeis – de corrupção e de desvios de agentes em função pública representa uma depreciação do instituto, o qual deveria ser destinado à guarda das escolhas de vida do homem comum ou à proteção das celebridades e demais pessoas públicas atormentadas pela exposição de suas vidas privadas pelo jornalismo de fofoca, por exemplo.

A aplicação do direito ao esquecimento ou de institutos jurídicos afins para se proibir a veiculação, apagar-se ou desindexar-se notícia sobre escândalos políticos, violações de compromisso da função pública ou descaminhos éticos e de caráter de políticos é simplesmente desvirtuada e incorre no risco da transformação do direito ao esquecimento em uma de suas formas ilegítimas sobre as quais alertava François Ost: o esquecimento-falsário e o esquecimento-recalque, ferramentas de poder para se perpetuar ilegalidades praticadas por agentes públicos e políticos ou para se dar aparência de legitimidade para regimes autoritários, tudo isto à custas das liberdades da sociedade civil, tão caras à ciência do direito.

REFERÊNCIAS

- ANDERSON, John R.; SCHOOLER, Lael J. Reflections of the Environment in Memory. *Psychological Science*, Washington D.C., v. 2, n. 6, 1991. Disponível em: <http://act-r.psy.cmu.edu/wordpress/wp-content/uploads/2012/12/37JRA_LS_PS_1991.pdf>. Acesso em: 04 jan. 2018.
- ANTANI, Ravi. The Resistance of Memory: Could the European Union's Right to be Forgotten Exist in the United States?. *Berkley Technology Law Journal*, Berkley, v. 30, n. 4, 2015. Disponível em: <<https://scholarship.law.berkeley.edu/btlj/vol30/iss4/20/>> . Acesso em: 18 jan. 2018.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A Proteção Constitucional da Própria Imagem: Pessoa Física, Pessoa Jurídica e Produto*. São Paulo: Verbatim, 2013.
- _____. *A Proteção Constitucional do Transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- ARON, Raymond. *A Era da Tecnologia*. Rio de Janeiro: Cadernos Brasileiros, 1965.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. Pessoa, Direitos Fundamentais e Pessoa Humana. *Revista Mestrado em Direito da Unifieo*, Osasco, v. 6, n. 1, jan./jun., 2006.
- AUSTIN, Lisa. Enough About Me: Why Privacy is About Power, not Consent (or Harm). In: SARAT, Austin (org.). *A World Without Privacy: What Law Can and Should Do?*. Nova York: Cambridge University Press, 2015.
- BADDELEY, Alan. *Human Memory: Theory and Practice*. Hove: Psychology Press, 1997.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Intimidade e Pessoas Notórias. Liberdade de Expressão e de Informação e Biografias. Conflito entre Direitos Fundamentais. Ponderação, Caso Concreto e Acesso à Justiça. Tutelas Específicas e Indenizatórias. *Revista Direito Público*, Brasília, v. 11, n. 55, 2004. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2372/>>. Acesso em: 16 nov. 2017.
- BARLOW, John Perry. A Declaration of the Independence of Cyberspace. *Electronic Frontier Foundation*, Davos, 8 fev. 1996. Disponível em: <<http://www.eff.org/pt-br/cyberspace-independence>>. Acesso em: 12 set. 2016.
- BARROSO, Luis Roberto. Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Brasília, v. 235, jan./mar., 2004. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123>>. Acesso em: 16 nov. 2017.
- BAUMAN, Zygmunt. *Danos Colaterais: Desigualdades Sociais em uma Sociedade Global*. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.
- BENKLEY, Yochai. *The Wealth of Networks: How Social Production Transform Markets and Freedom*. New Haven: Yale University Press, 2006.

BERNAL, Paul. A Right to Delete?. *European Journal of Law and Technology*, Belfast, v. 2, n. 2, 2011. Disponível em: <<http://ejlt.org/article/view/75>>. Acesso em: 01 mai. 2017.

_____. The EU, the US and Right to be Forgotten. In: GUTWIRTH, Serge; LEENES, Ronald; DE HERT, Paul (orgs.). *Reloading Data Protection: Multidisciplinary Insights and Contemporary Challenges*. Nova York: Springer, 2014.

BERTONI, Eduardo. The Right to be Forgotten: An Insult to Latin America History. *The Huffington Post*, Nova York, 24 nov. 2014. Disponível em: <http://www.huffingtonpost.com/eduardo-bertoni/the-right-to-be-forgotten_b_5870664.html>. Acesso em: 01 abr. 2017.

BLOUSTEIN, Edward. Privacy as an Aspect of Human Dignity: An Answer to Dean Prosser. *New York University Law Review*, Nova York, v. 39, 1964.

BODIN DE MORAES, Marina Celina. *Danos à Pessoa Humana: uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direito à Privacidade e Lixo – Abandono de Coisa e Irrenunciabilidade a Direitos de Personalidade. *Revista Fórum de Direito Civil - RFDC*. Belo Horizonte, a. 2, n.3, maio/ago. 2013.

BOWLES, Nellie; THIELMAN, Sam. Facebook accused of censoring Conservatives, report says. *The Guardian*. Londres, 9 mai. 2016. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/technology/2016/may/09/facebook-newsfeed-censor-conservative-news>>. Acesso em: 09 set. 2017.

BRANCO, Sérgio. *Memória e Esquecimento na Internet*. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2017.

BRILL, Julie. Why You Have the Right to Obscurity. *The Christian Science Monitor*. Boston, 15 abr. 2015. Entrevista concedida a Evan Selinger e Woodrow Hartzog. Disponível em: <<http://www.csmonitor.com/World/Passcode/Passcode-Voices/2015/0415/Why-you-have-the-right-to-obscurity>>. Acesso em: 01 abr. 2017.

BRIN, David. *The Transparent Society: Will Technology Force Us to Choose Between Privacy and Freedom?*. Nova York: Basic Books, 1999.

BROCK, George. *The Right to Be Forgotten: Privacy and the Media in the Digital Age*. Londres: I.B. Tauris, 2016.

BUCAR, Daniel. Controle Temporal de Dados: o Direito ao Esquecimento. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 2, n. 3, jul.-set./2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/controle-temporal-dedados-o-direito-ao-esquecimento/>> . Data de acesso: 16 ago. 2016.

BURKERT, Herbert. Privacy - Data Protection, A German/European Perspective. In: ENGEL, Christoph; KELLER, Kenneth (orgs.). *Governance of Global Networks in the Light of Differing Local Values*. Bade-Bade: Nomos, 2000.

CAMARGO, Rodrigo Eduardo. Os Direitos da Personalidade e as Liberdades Comunicativas: Os Critérios do Lugar Público e da Pessoa Pública. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski et al. (orgs.). *Direito Civil Constitucional: A Ressignificação da Função dos Institutos Fundamentais do Direito Civil Contemporâneo e suas Consequências*. Florianópolis: Editora Conceito, 2014.

CAMPOS, Diogo Leite de. *Nós: Estudo sobre os Direitos das Pessoas*. Coimbra: Almedina, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MACHADO, Jónatas Eduardo Machado; GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Biografia não Autorizada versus Liberdade de Expressão*. Curitiba: Juruá, 2017.

CARO, María Álvarez. *Derecho al Olvido en Internet: El Nuevo Paradigma de la Privacidad en la Era Digital*. Madrid: Editorial Reus, 2015.

CASTELLS, Manuel. *A Galáxia da Internet: Reflexões sobre a Internet, os Negócios e a Sociedade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

CASTELLANO, Pere Simón. El Regimén Constitucional del Derecho al Olvido Digital. In: PEÑA-LOPEZ, Ismael et al (orgs.). *Neutralidad de La Red y otros Retos para el Futuro de Internet*. Barcelona: Hyugens Editorial, 2011.

CATÃO, Adrualdo de Lima; ALMEIDA, Livia Lemos Falcão de; BARROS, Caroline Maria Costa. Interpretação e Aplicação do Direito Fundamental à Liberdade de Expressão e de Imprensa: Uma Abordagem Comparativa entre o TJ/AL e o STF. In: FEITOSA, Enoque et al (orgs.). *O Judiciário e o Discurso dos Direitos Humanos*, Volume 2. Recife: Editora Universitária da UFPE, 2012.

COLAÇO, Hian Silva. Dimensão Internacional do Direito Humano ao Esquecimento Digital: Diálogo entre Experiência Brasileira e Estrangeira. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, a. 2, n. 3, 2016. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2016/3/2016_03_0707_0734.pdf>. Acesso em: 09 jun. 2017.

COHEN, Ana Carolina Trindade. O Efeito Bola de Neve na Internet e a Eficácia das Decisões Judiciais que Garantem o Direito ao Esquecimento. In: CORREIA JR., José Barros; GALVÃO, Vivianny (orgs.). *Direito à Memória e Direito ao Esquecimento*. Maceió: Edufal, 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

CONSTANT, Benjamin. Da Liberdade dos Antigos comparada a dos Modernos. *Revista Filosofia Política*, São Paulo, n. 2, 1985. Disponível em: <<http://caosmose.net/candido/unisinos/textos/benjamin.pdf>>. Acesso em: 02 nov. 2017.

CORREIA JR., José Barros; GALVÃO, Luís Holanda. Direito Civil: Da Memória ao Esquecimento. In: CORREIA JR., José Barros; GALVÃO, Vivianny (orgs.). *Direito à Memória e Direito ao Esquecimento*. Maceió: Edufal, 2015.

_____.; PARAÍSO, Vanessa. A Memória e o Esquecimento nas Ciências Criminais. In: CORREIA JR., José Barros; GALVÃO, Vivianny (orgs.). *Direito à Memória e Direito ao Esquecimento*. Maceió: Edufal, 2015.

COSTA, André Nery Brandão. Direito ao Esquecimento na Internet: a Scarlet Letter Digital. In: SCHREIBER, Anderson (org.). *Direito e mídia*. São Paulo: Atlas, 2013.

COSTA JR., Paulo José da. *O Direito de Estar Só: Tutela Penal da Intimidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

DE CUPIS, Adriano. *Os Direitos da Personalidade*. Trad. Afonso Celso Furtado Rezende. São Paulo: Quorum, 2008.

DE TERWAGNE, Cécile. Privacidad en Internet y Derecho a ser Olvidado/Derecho al Olvido. *Revista de Internet, Derecho y Política*, Catalunha, n. 13, 2012. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=78824460006>>. Acesso em: 16 nov. 2017.

_____. The Right to be Forgotten and Informational Autonomy in the Digital Environment. In: GHEZZI, Alessia et al (orgs.). *The Ethics of Memory in a Digital Age: Interrogating the Right to be Forgotten*. Basingstoke: Palgrave Macmillan Memory Studies, 2014.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

DINIZ, Maria Helena. Efetividade do Direito a Ser Esquecido. *Revista Argumentum*, Marília/SP, v. 18, n. 1, jan./fev. 2017. Disponível em: <<http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/339>>. Acesso em: 11 mai. 2017.

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à Proteção de Dados Pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DOTTI, René Ariel. *Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da Vida: Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

EHRHARDT JR., Marcos. *Direito Civil: LINDB e Parte Geral, Vol. 1*. Salvador: Juspodivm, 2011.

_____.; LOUREIRO, Karina. O Direito ao Esquecimento no Direito Comparado: Análise de Precedentes Internacionais. In: CORREIA JR., José Barros; GALVÃO, Vivianny (orgs.). *Direito à Memória e Direito ao Esquecimento*. Maceió: Edufal, 2015.

EPSTEIN, Robert; ROBERTSON, Ronald E. The Search Engine Manipulation Effect (SEME) and Its Possible Impact on the Outcome of Elections. *Proceedings of the National Academy of Sciences*, Washington D.C., v. 112, n. 33, ago. 2015. Disponível em: <<http://www.pnas.org/content/112/33/E4512.full.pdf>>. Acesso em: 04 jan. 2018.

- FARIAS, Edilson. *Liberdade de Expressão e Comunicação: Teoria e Proteção Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- FRIEDMAN, Lawrence M. *Guarding Life's Dark Secrets: Legal and Social Controls over Reputation, Property, and Privacy*. Palo Alto: Stanford University Press, 2007.
- GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *A Liberdade de Imprensa e os Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2015.
- GOIS JR., José Caldas. *O Direito na Era das Redes: A Liberdade e o Delito no Ciberespaço*. São Paulo: Edipro, 2002.
- HALBWACHS, Maurice. *A Memória Coletiva*. São Paulo: Edições Vértice, 1990.
- JONES, Steven. *Against Technology: From the Luddites to Neo-Luddism*. Nova York: Routledge, 2006.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Edições 70, 2007.
- LAUDON, Kenneth. Markets and Privacy. *Communications of the Association for Computing Machinery*. Nova York, v. 39, n. 9, set. 1996, p. 92-104. Disponível em: <<http://isites.harvard.edu/fs/docs/icb.topic1306974.files/laudon.pdf>>. Acesso em: 05 mai. 2017.
- LEMLEY, Mark A. Place and Cyberspace. *California Law Review*, Berkeley, v. 91, n. 2, 2003. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1381&context=californialawreview>>. Acesso em: 25 jun. 2017.
- LEONARDI, Marcel. *Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviço de Internet*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005.
- LESSIG, Lawrence. *Code and the Other Laws of the Cyberspace*. Nova York: Basic Books, 1999.
- _____. *Code: version 2.0*. Nova York: Basic Books, 2006.
- _____. *Cyberspace's Constitution*. *Harvard Law School*, Cambridge, Massachusetts, 2000. Disponível em: <<http://cyber.harvard.edu/works/lessig/www9.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2016.
- LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. São Paulo: Editora 34, 1999.
- LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. Direito ao Esquecimento e Internet: O Fundamento Legal no Direito Comunitário Europeu, no Direito Italiano e no Direito Brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 103, n. 946, ago. 2014.
- LINDON, Raymond. *Les Droit de la Personnalité*. Paris: Dalloz, 1983.

LINS, Karina Loureiro Ribeiro. *Direito ao Esquecimento como Reflexo da Dignidade da Pessoa Humana*. Universidade Federal de Alagoas: Maceió, 2016. Dissertação (Mestrado em Direito).

LINZER, Peter. The Carolene Products Footnote and the Preferred Position of Individual Rights: Louis Lusky and John Hart Ely vs. Harlan Fiske Stone. *Constitutional Commentary*, Minneapolis, v. 12, n. 2, 1995. Disponível em: <
https://conservancy.umn.edu/bitstream/handle/11299/167163/12_02_Linzer.pdf;sequence=1>. Acesso em: 16 jan. 2017.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2013.

LUCHETE, Felipe. Brasil é o segundo País que mais manda Google apagar conteúdo da Internet. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 9 set. 2017. Disponível em: <
<https://www.conjur.com.br/2017-set-09/brasil-pais-manda-google-tirar-conteudo-internet>>. Acesso em: 16 jan. 2018.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade de Expressão: Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MANTELERO, Alessandro. The EU Proposal for a General Data Protection Regulation and the Roots of the ‘Right to be Forgotten’. *Computer Law and Security Review*, Amsterdã, v. 29, n. 3, 2013. Disponível em: <
<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0267364913000654>>. Acesso em: 15 mar. 2017.

_____. The Protection of the Right to be Forgotten: Lessons and Perspectives from Open Data. *Contratto e Impresa/Europa*, Milão, n. 2, jul.-dez. 2015. Disponível em: <
https://www.researchgate.net/publication/287642794_The_protection_of_the_right_to_be_forgotten_lessons_and_perspectives_from_open_data>. Acesso em: 01 ab. 2017.

MARTINEZ, Pablo Dominguez. *Direito ao Esquecimento: A Proteção da Memória Individual na Sociedade de Informação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

MARTINS, Guilherme Magalhães. O Direito ao Esquecimento na Internet. In: MARTINS, Guilherme Magalhães (org.). *Direito Privado e Internet*. São Paulo: Atlas, 2014.

MASNICK, Mike. Since when Is It Illegal to Just Mention a Trademark Online?. *Techdirt*, Redwood City, 5 jan. 2005. Disponível em: <
<http://www.techdirt.com/articles/20050105/0132239.shtml>>. Acesso em: 19 jun. 2017.

MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. *Delete: The Virtue of Forgetting in the Digital Age*. Nova Jersey: Princeton University Press, 2009.

MIYASHITA, Hiroshi. The Evolving Concept of Data Privacy in Japanese Law. *International Data Privacy Law*, Oxford, v. 1, n. 4, 2011. Disponível em: <
<https://academic.oup.com/idpl/article/1/4/229/731520>>. Acesso em: 16 nov. 2017.

MOREIRA, Rodrigo Pereira. *Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade: Proteção e Promoção da Pessoa Humana*. Curitiba: Juruá Editora, 2016.

O'REILLY, Tim. What's the Web 2.0. *O'Reilly Media*, Sebastopol, 30 jun. 2005. Disponível em: <<http://www.oreilly.com/pub/a/web2/archive/what-is-web-20.html>>. Acesso em: 12 set. 2016.

ORSINI, Elizabeth. O Vídeo Polêmico de Xuxa. *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, 21 ago. 1990. Disponível em arquivo em: <<http://www.tv-pesquisa.com.puc-rio.br/mostraregistro.asp?CodRegistro=13176&PageNo=4>>. Acesso em: 04 jul. 2017.

OST, François. *O Tempo do Direito*. Bauru: Edusc, 2005.

PALFREY, John; GASSER, Urs. *Born Digital: Understanding the First Generation of Digital Natives*. Nova York: Basic Books, 2008.

PEGUERA, Miquel. No More Right to be Forgotten for Mr. Corteja, says Spanish Data Protection Authority. *The Center for Internet and Society*, Stanford Law School, Stanford, 3 out. 2015. Disponível em: <<http://cyberlaw.stanford.edu/blog/2015/10/no-more-right-be-forgotten-mr-costeja-says-spanish-data-protection-authority>>. Acesso em: 10 out. 2017.

PEIXOTO, Erick Lucena. *O Conteúdo do Direito da Privacidade no Direito Brasileiro Contemporâneo*. Universidade Federal de Alagoas: 2017. Dissertação (Mestrado em Direito).

_____. A Responsabilidade Civil na Internet e os Direitos da Personalidade sob a Ótica do Direito Civil Constitucional. In: CELLA, José Renato Gaziero; NASCIMENTO, Valéria Ribas do; ROVER, Ares José (orgs.). *Direitos e Novas Tecnologias*. Florianópolis: Conpedi, 2015.

PINO, Giorgio. The Right to Personal Identity in Italian Private Law: Constitutional Interpretation and Judge-Made Right. In: VAN HOECKE, Mark; OST, François (orgs.). *The Harmonization of Private Law in Europe*. Oxford: Hart Publishing, 2000.

POSNER, Richard. *A Economia da Justiça*. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

PROSSER, William. Privacy. *California Law Review*, Berkeley, v. 48, n. 3, 1960. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3157&context=californialawreview>>. Acesso em: 16 nov. 2017.

REGO, Giancarlos Coutinho do. Direito ao Esquecimento: Resguardando a Memória Individual na Era da Informação. *Jus Navigandi*, Teresina, abri. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/48468/direito-ao-esquecimento>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

REIS, Jordana Maria Mathias dos; PIACENTIN, Antônio Isidoro. Direito ao Esquecimento como um Direito Fundamental. *Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL*, Maceió, v. 8, n. 1, 2017. Disponível em: <<http://www.seer.ufal.br/index.php/rmdufal/article/view/3365/2771>>. Acesso em: 22 out. 2017.

REYNOLDS, James. Tiziana Cantone: a italiana que teve a vida destruída por vídeos virais de sexo. *BBC News*, Nápoles, 20 fev. 2017. Disponível em:

<<http://www.bbc.com/portuguese/internacional-38954744>>. Acesso em: 07 jul. 2017

RODOTÀ, Stefano. *A Vida na Sociedade de Vigilância: A Privacidade Hoje*. Trad. Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROSEN, Jeffrey. The Right to be Forgotten. *Stanford Law Review Online*, Palo Alto, v. 64, fev. 2012. Disponível em: <<https://www.stanfordlawreview.org/online/privacy-paradox-the-right-to-be-forgotten/>>. Acesso em: 01 jul. 2017.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Direito Comparado: Brasil debate Direito ao Esquecimento desde 1990. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 27 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-27/direito-comparado-brasil-debate-direito-esquecimento-1990>>. Acesso em: 01 abr. 2017.

_____. Direito Comparado: Direito ao Esquecimento na Perspectiva do STJ. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 19 dez. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-dez-19/direito-comparado-direito-esquecimento-perspectiva-stj>>. Acesso em: 01 mai. 2017

_____. Do Príncipe Bismarck à Princesa Carolina de Mônaco: Vida Privada de Pessoas Célebres e as Liberdades Comunicativas no Direito Civil. In: CASSETTARI, Christiano. *10 Anos de Vigência do Código Civil Brasileiro de 2002*. São Paulo: Saraiva, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. *A Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. Tema da moda, direito ao esquecimento é anterior à internet. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 22 mai. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-22/direitos-fundamentais-tema-moda-direito-esquecimento-anterior-internet>>. Acesso em: 13 nov. 2015.

SARMENTO, Daniel. Liberdades Comunicativas e “Direito ao Esquecimento” na ordem constitucional brasileira. *Revista Brasileira de Direito Civil*. Rio de Janeiro, v. 7, jan.-mar./2016. Disponível em:

<http://www.ibdcivil.org.br/rbdc.php?ip=123&titulo=VOLUME%207%20Jan-Mar%202016&category_id=123&arquivo=data/revista/volume7/rbdcivil_volume_7.pdf>.

Acesso em: 16 ago. 2016.

SARMENTO, George. A Educação em Direitos Humanos e a Promoção da Cidadania Brasileira. In: FEITOSA, Enoque *et al* (orgs.). *O Judiciário e o Discurso dos Direitos Humanos*, Volume 2. Recife: Editora Universitária da UFPE, 2012.

SAVIGNY, Carl von. *Sistema del Derecho Romano Actual*, Vol. 1. Trad. Jacinto Mesía e Manuel Poley. Madrid: Centro Editorial de Gongora, 1878.

SCHACTER, Daniel L. *The Seven Sins of Memory: How the Mind Forgets and Remembers*. Nova York: Houghton Mifflin Company, 2002.

SCHAUER, Frederick. *Free Speech: A Philosophical Enquiry*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

_____. As Três Correntes do Direito ao Esquecimento. *Jota*, São Paulo, 18 jun. 2017. Disponível em: <<https://jota.info/artigos/as-tres-correntes-do-direito-ao-esquecimento-18062017>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo. *Cinquenta Anos Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideu: Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., 2005.

SCHWARTZ, Paul M. The EU-U.S. Privacy Collision: A Turn to Institutions and Procedures. *Harvard Law Review*, New Haven, v. 126, 2013, p. 1966. Disponível em: <

SZEKELY, Ivan. The Right to be Forgotten and the New Archival Paradigm. In: GHEZZI, Alessia et al (orgs.). *The Ethics of Memory in a Digital Age: Interrogating the Right to be Forgotten*. Basingstoke: Palgrave Macmillan Memory Studies, 2014.

SOLOVE, Daniel J. *The Future of Reputation: Gossip, Rumor and Privacy on the Internet*. New Haven: Yale University Press, 2007.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Dez Dilemas sobre o Chamado Direito ao Esquecimento. Instituto de Tecnologia e Sociedade (ITS-Rio). Rio de Janeiro, 12 jun. 2017. Disponível em: <<https://itsrio.org/wp-content/uploads/2017/06/ITS-Rio-Audiencia-Publica-STF-Direito-ao-Esquecimento-Versao-Publica-1.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2017

SOUZA, Carlos Affonso; LEMOS, Ronaldo. *Marco Civil da Internet: Construção e Aplicação*. Juiz de Fora: Editar Editora Associada, 2016.

STEINER, Renata. Breves Notas sobre o Direito ao Esquecimento. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski et. al. (orgs.). *Direito Civil Constitucional: A Ressignificação da Função dos Institutos Fundamentais do Direito Civil Contemporâneo e suas Consequências*. Florianópolis: Editora Conceito, 2014.

SYDOW, Spencer Toth. Limites e Parâmetros ao Direito de Esquecimento. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 21, n. 4837, 28 set. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/52378>>. Acesso em: 30 abr. 2017.

TALLIS, Raymond. *Aping Mankind: Neuromania, Darwinits and the Misrepresentation of Humanity*. Nova York: Routledge Classics, 2016.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; BARLETTA, Fabiana Rodrigues. O Direito ao Esquecimento: Uma Expressão Possível do Direito à Privacidade. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor. *O Direito Civil entre o Sujeito e a Pessoa: Estudos em Homenagem ao Professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

TEPEDINO, Gustavo. Direito sobre Biografias no Brasil. *RDA-Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 262, jan./abr. 2013. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8909/7815>>. Acesso em: 29 jun. 2017.

_____. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VIOLA, Mario; DONEDA, Danilo; CORDOVA, Yasadora; ITAGIBA, Gabriel. Entre Privacidade e Liberdade de Informação e Expressão: Existe um Direito ao Esquecimento no Brasil?. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor. *O Direito Civil entre o Sujeito e a Pessoa: Estudos em Homenagem ao Professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

VOLOKH, Eugene. Freedom of Speech and Information Privacy: The Troubling Implications of a Right to Stop People from Speaking About You. *Stanford Law Review*, Palo Alto, v. 52, 2000. Disponível em: <<http://www2.law.ucla.edu/volokh/privacy.pdf>> Acesso em: 02 jul. 2017.

VOSS, W. Gregory; CASTETS-RENARD, Céline. Proporsal for an International Taxonomy on the Various Forms of the “Right to be Forgotten”: A study on the convergence of norms. *Colorado Technology Law Journal*, Boulder, v. 14, n. 2, 2016. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2800742>. Acesso em: 12 mar. 2017.

WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. The Right to Privacy. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 2, n. 3, jul.-set./2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/the-right-to-privacy/>>. Data de acesso: 21 abr. 2017.

WEBER, Rolf H. The Right to be Forgotten: More than a Pandora’s Box?. *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, Karlsruhe, v. 2, n. 2, 2011. Disponível em: <<https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-2-2-2011/3084>>. Acesso em: 12 mar. 2017

WERRO, Franz. The Right to Inform v. the Right to be Forgotten: a Transatlantic Clash In: CIACCHI, Aurelia Colombi *et al* (orgs.) *Liability in the Third Millennium: Liber Amicorum Gert Brugemeier*. Bade-Bade: Nomos Verlagsgesellschaft, 2009.

WU, Tim; YOO, Christopher. Keeping the Internet Neutral? Tim Wu and Christopher Yoo Debate. *Federal Communications Law Journal*, Bloomington, v. 59, n. 3, 2007. Disponível em: <<http://www.repository.law.indiana.edu/fclj/vol59/iss3/6/>>. Acesso em: 01 ago. 2017.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. O Surgimento e o Desenvolvimento do Right of Privacy nos Estados Unidos. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 3, jan.-mar./2015. Disponível em: <https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume3/ibdcivil_volume_3_leonardo-estevam-de-assis-zanini_pag9-28.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2017.