

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

VITÓRIA DEPS CABRAL

**DIREITO AO ESQUECIMENTO NO AMBIENTE VIRTUAL
BRASILEIRO: LIMITES PARA SUA APLICAÇÃO E O
DESAFIO DA EFETIVAÇÃO NO AMBIENTE VIRTUAL**

VITÓRIA
2020

VICTÓRIA DEPS CABRAL

**DIREITO AO ESQUECIMENTO NO AMBIENTE VIRTUAL
BRASILEIRO: LIMITES PARA SUA APLICAÇÃO E O
DESAFIO DA EFETIVAÇÃO NO AMBIENTE VIRTUAL**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Faculdade de Direito de Vitória – FDV, como
requisito para obtenção do grau de bacharel em
Direito.

Aprovado em:

VITÓRIA

2020

VICTÓRIA DEPS CABRAL

**DIREITO AO ESQUECIMENTO NO AMBIENTE VIRTUAL
BRASILEIRO: LIMITES PARA SUA APLICAÇÃO E O
DESAFIO DA EFETIVAÇÃO NO AMBIENTE VIRTUAL**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Faculdade de Direito de Vitória – FDV, como
requisito para obtenção do grau de bacharel em
Direito.

Aprovado em:

COMISSÃO EXAMINADORA:

Prof. Bruno Costa Teixeira

Faculdade de Direito de Vitória – FDV

Examinador(a)

Faculdade de Direito de Vitória - FDV

RESUMO

Vive-se um período histórico em que o acesso à informação é amplo, globalizado e instantâneo. Nessa perspectiva, há o advento do chamado direito ao esquecimento, considerado como direito da personalidade autônomo. Entretanto, o exercício do direito ao esquecimento não pode ocorrer de forma harmoniosa, uma vez que entra em confronto com outros direitos fundamentais importantes, como as liberdades de expressão, de imprensa e de informação, podendo haver, caso esse direito seja de fato aplicado, colisão entre direitos constitucionais. Dessa forma, a fim de se efetuar esse suposto direito, é necessário ponderar acerca dos interesses público e privado nos casos concretos, de modo que se possa concluir qual direito irá se sobrepor ao outro.

Palavras-chave: Direito ao esquecimento; liberdades comunicativas; direitos da personalidade; interesse privado; interesse público.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	06
1 O CHAMADO DIREITO AO ESQUECIMENTO	09
1.1 CASOS EUROPEUS.....	11
1.2 CASOS BRASILEIROS.....	17
2 DIREITO AO ESQUECIMENTO E AS LIBERDADES COMUNICATIVAS	20
2.1 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO.....	20
2.2 DIREITO À INFORMAÇÃO.....	21
2.3 MARCO CIVIL DA INTERNET.....	24
3 DIREITO AO ESQUECIMENTO E DIREITOS DA PERSONALIDADE	27
3.1 DIREITO À PRIVACIDADE.....	27
3.2 DIREITO AO NOME.....	29
3.3 DIREITO À IMAGEM.....	30
3.4 DIREITO À HONRA.....	30
4 A APLICAÇÃO DO CHAMADO DIREITO AO ESQUECIMENTO E SEUS LIMITES	32
4.1 INTERESSE PÚBLICO.....	32
4.2 CASOS RECENTES.....	34
4.2.1 Caso Xuxa versus Google Brasil – Recurso Especial número 1.316.921/RJ	34
4.2.2 Caso Denise Pieri – Recurso Especial número 1.660.168/RJ	37
4.3 APAGAMENTO, DESINDEXAÇÃO E DESVINCULAÇÃO.....	38
4.4 DIREITO AO ESQUECIMENTO <i>VERSUS</i> EFEITO DE ESQUECIMENTO.....	40

CONSIDERAÇÕES FINAIS 43

REFÊRENCIAS 45

INTRODUÇÃO

Vive-se uma etapa histórica em que o acesso à informação é amplo, globalizado e instantâneo. Entretanto, apesar da evolução tecnológica vivida nos últimos anos, quando se experimenta transformações expressivas, houve também o irrestrito compartilhamento de informações e dados pessoais, acarretando uma abundante e gradual exposição dos indivíduos, gerando, assim, ameaças a alguns de seus direitos fundamentais.

A sociedade contemporânea retrata características relevantes, quais sejam: a proliferação de informação e a interligação das redes – principalmente com o surgimento da internet –, assim como a transformação da informação em espetáculo.

Nessa conjuntura, há o surgimento do chamado direito ao esquecimento, isto é, de impedir que determinado fato da vida do indivíduo, ainda que verdadeiro, seja exposto pública e perpetuamente, causando sofrimentos e transtornos. É um direito da personalidade autônomo, que vem da ideia de privacidade, fundamento este do direito ao livre desenvolvimento da personalidade e do princípio da dignidade da pessoa humana, conforme previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seus artigos 1º, III e 5º, X.

Por outro lado, o exercício do direito ao esquecimento pode não ocorrer de modo harmonioso, uma vez que entra em confronto com outros direitos fundamentais importantes, como as liberdades de expressão, de informação e de imprensa.

Ao debater esse assunto, emergem temas como o direito à memória, o direito à informação, assim como a própria diferenciação do que seria “público” e “privado”, dentre outros temas relacionados.

O direito ao esquecimento na internet, por sua vez, será debatido aqui no que diz respeito às informações pertencentes à vida privada dos sujeitos que, colocadas em circulação na rede, integram seus bens memorialísticos.

Dessa forma, o presente estudo pretende entender: quais seriam os limites para a aplicação do direito ao esquecimento e como buscar a efetivação deste no ambiente digital. A partir da questão-problema proposta acima, neste trabalho procura-se testar a hipótese no sentido de que a aplicabilidade do direito ao esquecimento nos casos concretos depende da ponderação dos interesses público e privado em questão, além do embate das liberdades comunicativas e dos direitos da personalidade.

Ademais, busca-se assimilar a efetivação desse direito nas relações sociais, a fim de compreender se o direito ao esquecimento de fato produz o efeito de esquecer, ou apenas serviria como um reflexo de direitos pré-existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse cenário, para analisar o tema exposto, será necessário o entendimento do conceito de “direito ao esquecimento no ambiente virtual”, a compreensão da diferença do que seria “público” e “privado” no que se refere ao direito à informação e também do que se trataria o interesse público.

A base teórica norteadora do presente trabalho é composta, principalmente, por Chiara Antônia Spadaccini de Teffé, Daniel Sarmiento e Rodrigo Janot Monteiro de Barros e suas obras, respectivamente, “Considerações Sobre a Proteção do Direito à Imagem na Internet”, “Parecer: Liberdades Comunicativas e “Direito ao Esquecimento” na ordem constitucional brasileira” e “Parecer: Direito ao Esquecimento”.

Este trabalho visa questionar os limites para a aplicação do direito ao esquecimento e, a partir disso, tentar buscar como, praticamente, pode-se procurar a efetivação deste no ambiente digital. Diante disso, será utilizado o método dialético hegeliano como forma de basear a pesquisa científica, uma vez que tem como pressuposto de que nada é fixo e rígido, sendo que o objeto deve ser analisado como algo que está em constante modificação, de modo que seja sempre analisado sob a ótica do contexto social, no qual se encontra.

O primeiro capítulo do presente trabalho contextualiza o que seria o chamado direito ao esquecimento, além de trazer a aplicação deste novo direito em casos europeus e

brasileiros, a fim de trazer uma adequada base introdutória acerca do tema em questão e conseqüentemente facilitar a compreensão

Já o segundo capítulo trata do direito ao esquecimento em confronto com as liberdades comunicativas, visto que, para que o direito ao esquecimento seja aplicado, terá de ser sobreposto frente a liberdade de expressão e o direito à informação.

O terceiro capítulo aborda a semelhança do direito ao esquecimento com os direitos da personalidade, sejam estes o direito à imagem, à honra, ao nome e à privacidade, com a finalidade de entender se o direito ao esquecimento seria de fato um “novo direito” ou seria um reflexo e efeito de direitos já consolidados em nosso sistema.

Por fim, o quarto capítulo analisa o que seria o interesse público, exemplificando-o a partir da análise de casos recentes na história brasileira, além de examinar os termos “apagamento”, “desvinculação” e “desindexação” e averiguar se de fato o direito ao esquecimento gera o efeito de esquecer.

1 O CHAMADO DIREITO AO ESQUECIMENTO

É importante frisar que a doutrina nacional reconhece a importância da temática abordada, desdobrando o tema na V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, além da VI Jornada, onde trouxeram, respectivamente, os Enunciados 404 e 531:

Enunciado 404: A tutela da privacidade da pessoa humana compreende os controles espacial, contextual e temporal dos próprios dados, sendo necessário seu expresso consentimento para tratamento de informações que versem especialmente sobre o estado de saúde, a condição sexual, a origem racial ou étnica, as convicções religiosas, filosóficas e políticas.

[...]

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

Apesar de o debate acerca do direito ao esquecimento no Brasil ter se desenvolvido em torno dos Enunciados 531 e 404, a definição e a necessidade da aplicação deste direito retornam a momentos anteriores.

As fontes do direito ao esquecimento estão ligadas à esfera penal, com a finalidade de evitar que as penas de um indivíduo se perpetuem no tempo, garantindo aquilo que versa na Constituição Federal de 1988, e certificar que este seja reinserido socialmente, uma vez que já cumpriu seu débito com o Estado.

De acordo com Leonardo Bruno Marinho Vidigal (2017, p. 18), o enunciado 404 exposto acima,

[...] aduz-se que para nortear a tutela da privacidade é necessário explicitar a existência de, ao menos, três perspectivas de controle de dados pela pessoa humana, quais sejam, o controle espacial, que importa na ciência quanto aos locais em que as informações serão utilizadas; o controle contextual, que compreende o conhecimento da razão e do contexto em que serão tratados os dados e o controle temporal, evidentemente ligado ao direito ao esquecimento, que significa conceder à pessoa a faculdade de pretender obstar ou restringir o uso de seus dados e informações após determinado tempo.

Já sobre o Enunciado 531, mais específico para o tema debatido, o autor destacou que os danos advindos das novas tecnologias de informação vêm se acumulando atualmente. Reconheceu-se, nele, que o direito ao esquecimento tem sua origem no

campo das condenações criminais e aparece como parte significativa do direito dos ex-presidiário à ressocialização, mas que de modo diferente do que muita gente acredita, não atribui a ninguém o direito de excluir fatos ou reformular a própria história, mas assegura, todavia, a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, especificamente o modo e finalidade com que são lembrados. (VIDIGAL, 2017, p. 18)

Dessa forma, entende-se pelo Enunciado 531, que uma pessoa não poderá apagar fatos do seu passado e reescrever sua história, mas sim assegurar a possibilidade do debate do uso destes fatos pretéritos e a relação da maneira e do fim pelos quais estão sendo recordados.

Embora não haja previsão expressa sobre o direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que os enunciados supramencionados não guardam poder de vinculação para o Poder Judiciário, pode-se dizer que aquele é uma forma de ampliação dos direitos da personalidade, previstos nos artigos 11 a 21 do Código Civil brasileiro de 2002. De acordo com Jefferson Veloso (2017, p. 19),

[...] para outros estudiosos, o esquecimento seria uma decorrência lógica de interpretação à luz da Constituição Federal, em especial pela ótica da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), e da proteção da intimidade, da vida privada e da honra (art. 5º, X), frente a uma sociedade multiconectada, em que o controle dos dados pessoais se mostra cada vez mais dificultado pelo uso das diversas ferramentas de compartilhamento de conteúdo na internet.

Dessa forma, o que se propõe é que a privacidade passe a abranger o sentido de que o ser informacional tenha pleno controle sobre seus próprios dados, controle este nos aspectos espacial, contextual e atemporal.

Nas palavras de Rodrigo Janot (2016, p. 14), Ex-Procurador-Geral da República, em parecer para o Supremo Tribunal Federal - STF sobre o caso Aída Curi, o denominado direito ao esquecimento

[...] pode ser entendido como o direito a ser (ou a voltar a ser) anônimo, ou seja, uma pretensão a anonimato, é o direito a ser deixado em paz, o “direito a estar só”, a não ser lembrado de fatos desagradáveis e a não sofrer consequências negativas de fatos recuados no tempo. Em inglês é identificado como *right to be let alone* (ou *right to be left alone*) ou *right to be forgotten*. Em outras línguas as expressões são semelhantes, como *droit à*

l'oubli, em francês, *diritto all'oblio*, em italiano, *derecho al olvido*, em espanhol, etc

Dessa forma, pode-se afirmar que o direito ao esquecimento guarda relação direta com o direito à privacidade, dado que permite ao cidadão o direito de se manter no anonimato, na reserva, na intimidade. Por consequência, fatos e dados que lhe dizem respeito devem permanecer ou retornar ao seu âmbito de disponibilidade individual.

Entretanto, no que pese aos casos que envolvem o tema, é nítida a problemática acerca de qual direito constitucional irá prevalecer: o direito à privacidade ou o exercício das liberdades comunicativas.

1.1 CASOS EUROPEUS

No direito comparado, o Caso *Lebach* é um dos mais conhecidos e referenciados, guardando relação também com os mais recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça - STJ brasileiro, quando o tema é direito ao esquecimento ou proteção de dados.

Trata-se de um caso alemão, decidido pelo Tribunal Constitucional no ano de 1973. Concerne acerca da condenação dos autores do assassinato de quatro soldados durante um roubo de armas, quando estes foram condenados à prisão perpétua, e um dos partícipes do crime condenado a seis anos de reclusão.

Dois anos após a condenação, uma emissora de televisão fez um documentário acerca do caso, fazendo referência aos nomes dos envolvidos no assassinato dos soldados. O partícipe, que estava próximo de obter livramento condicional, requereu judicialmente para que o documentário não fosse ao ar.

Assim narra Daniel Sarmiento em parecer acerca das “Liberdades Comunicativas e Direito ao Esquecimento na Ordem Constitucional Brasileira” (2015, p. 35):

O Tribunal germânico manteve a decisão que proibira a veiculação do documentário, sob a alegação de que, na hipótese, a tutela dos direitos da personalidade sobrepujava a liberdade de comunicação. Dois fundamentos

importantes da decisão foram a conclusão de que a exibição do programa poderia comprometer seriamente a ressocialização do prisioneiro, e a ideia de que não haveria significativo interesse público na informação, em razão do transcurso de vários anos desde a data do crime.

Dessa forma, embora o interesse público e o interesse de informação sejam a regra de prevalência, o tribunal entendeu que em consonância do decurso de tempo do caso, o direito de ressocialização neste caso seria “superior” ao interesse público. Isso acontece pois, no âmbito do Direito Criminal, permitir que tal documentário fosse veiculado iria implicar uma nova sanção social imposta ao partícipe do crime.

Em 1999, foi necessário o reexame da situação acima narrada, em caso que ficou conhecido como *Lebach II*, uma vez que outra emissora pretendeu exibir programa sobre o mesmo assassinato. Acontece que, desta vez, a corte alemã afastou a proibição de veiculação do programa, que fora imposta por instâncias judiciais inferiores, a fim de proteger as liberdades comunicativas. Para o tribunal, o caso de *Lebach II* não se assemelha totalmente do anterior, uma vez que aqui não haveria, na concepção deles, risco para a ressocialização dos autores do crime, uma vez que já havia passado muitos anos após sua soltura (SARMENTO, 2015, p. 35).

Outro caso importante sobre o direito ao esquecimento é o de Mario Costeja González. No ano de 1998, ao procurar o nome de Mario Costeja González em *sites* de busca, o resultado da pesquisa levaria a duas matérias jornalísticas do periódico *La Vanguardia*, um site de notícias espanhol, cujo noticiavam a venda de um imóvel, de propriedade de Mario Costeja González, que estava em hasta pública para o pagamento de dívidas junto a seguridade social espanhola. Ocorre que Mario já havia quitado tal dívida, tornando a informação jornalística veiculada no *La Vanguardia*, desatualizada e de matéria superada.

Todavia, mesmo dez anos após o ocorrido, ao realizar uma breve busca no *Google* espanhol, o nome de Mario Costeja González ainda constava na lista dos resultados, vinculado à notícia sobre seu imóvel em hasta pública no ano de 1998.

Em vista do ocorrido, Mario solicitou que o jornal *La Vanguardia* removesse ou alterasse as páginas que vinculavam seus dados pessoais. Em um segundo

momento, Mario solicitou que a *Google Spain* removesse ou ocultasse seus dados pessoais, de modo com que fosse possível deixar de ser incluído nos resultados de pesquisa e que não aparecessem mais nos *links* do jornal *La Vanguardia*. De acordo com Mario, essa notícia e referência a seu nome se tornavam algo irrelevante, uma vez que o processo de penhora que estava envolvido já havia sido integralmente resolvido durante vários anos.

Em 2010, a Agência Espanhola de Proteção de Dados (AEPD) recusou a solicitação de Mario Costeja referente ao jornal *La Vanguardia*, uma vez que entendeu a publicação da matéria era justificável juridicamente, especialmente por ter ocorrido por despacho do Ministério do Trabalho e Seguridade Social, a fim de conferir publicidade ao leilão e garantindo o maior número possível de licitantes (UNIÃO EUROPEIA, 2014).

Em contrapartida, a solicitação referente à *Google Spain* foi acatada, dado que a AEPD considerou que os operadores de motores de pesquisa estão sujeitos à legislação de proteção de dados, uma vez que estes efetuaram o tratamento de dados para os quais são responsáveis e atuam como intermediários na sociedade da informação.

A Agência Espanhola de Proteção de Dados também compreendeu que

[...] tem o poder de exigir a retirada de dados e a proibição do acesso a determinados dados pelos operadores dos motores de busca quando considerar que a localização e a divulgação dos dados são susceptíveis de comprometer o direito fundamental à proteção de dados e dignidade humana sem sentido lato, incluindo também o mero desejo do interessado de que tais dados não sejam do conhecimento de terceiros. Ademais, a AEPD considerou que essa obrigação pode ser devida diretamente pelos operadores de motores de busca, sem que seja necessário apagar os dados ou informações do site onde aparecem, inclusive quando a retenção da informação neste site é justificada por disposição legal¹. [Tradução livre].

¹ No original: “On the other hand, the complaint was upheld in so far as it was directed against Google Spain and Google Inc. The AEPD considered in this regard that operators of search engines are subject to data protection legislation given that they carry out data processing for which they are responsible and act as intermediaries in the information society. The AEPD took the view that it has the power to require the withdrawal of data and the prohibition of access to certain data by the operators of search engines when it considers that the locating and dissemination of the data are liable to compromise the fundamental right to data protection and the dignity of persons in the broad sense, and this would also encompass the mere wish of the person concerned that such data not be known to third parties. The AEPD considered that that obligation may be owed directly by operators of search engines, without it

Diante da resposta da AEPD, a *Google Spain* e a *Google Inc.* interpuseram recursos separadamente dessa decisão para a Audiência Nacional da Espanha, órgão judiciário da Espanha, que tem competência sobre todo o território do país, e aderiu ambas às ações.

A Audiência Nacional afirmou que ambas as ações suscitam a indagação de quais seriam as obrigações dos operadores de motores de pesquisa para proteger os dados pessoais das pessoas que não desejam mais a publicidade de suas informações, cujo são publicadas em sites de terceiros, contendo dados que lhes digam respeito, e que permitam a essa informação ser vinculada, localizada, indexada e disponibilizada à aqueles que utilizam a internet.

Diante dessa problemática, a Audiência Nacional entendeu que seria necessário devolver a matéria para o Tribunal de Justiça da União Europeia, uma vez que a resposta para a questão dependeria da forma pela qual a Diretiva da União Europeia número 95/46, que constitui texto de referência no nível europeu, em matéria de proteção dos dados pessoais, deve ser interpretada no contexto.

No dia 13 de maio de 2014, Mario Costeja González teve seu caso examinado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia. Em resumo, o acórdão entendeu que:

(i) A empresa *Google* trouxe ao julgamento a tese de que esta não faz tratamento específico dos dados que páginas de terceiros colocam na internet. Dessa forma, estes não podem ser responsáveis juridicamente, uma vez que não conhece o inteiro teor dos dados e não consegue exercer sobre eles qualquer controle.

Em contrapartida, Mario Costeja Gonzales sustentou, em união com alguns governos europeus e a Comissão europeia, que a ação do motor de busca deve ser tida como tratamento de dados, respeitando o que foi conferido pela Diretiva 95/46. Desta forma, existiria responsabilidade da empresa *Google*, uma vez que está entrega o acesso aos dados a aquele que o pesquisa, definindo os meios para seu tratamento.

being necessary to erase the data or information from the website where they appear, including when retention of the information on that site is justified by a statutory provision” (UNIÃO EUROPEIA, 2014).

Diante das sustentações de cada parte, o tribunal europeu concluiu que

No que respeita à atividade em causa no processo principal, não se discute que entre os dados encontrados, indexados e armazenados pelos motores de busca e postos à disposição dos seus utilizadores figuram também informações sobre pessoas singulares identificadas ou identificáveis e, portanto, “dados pessoais” na aceção do artigo 2.º, alínea a), da referida diretiva.

Por conseguinte, há que declarar que, ao explorar a Internet de forma automatizada, constante e sistemática, na busca das informações nela publicadas, o operador de um motor de busca «recolhe» esses dados, que “recupera”, “regista” e “organiza” posteriormente no âmbito dos seus programas de indexação, “conserva” nos seus servidores e, se for caso disso, “comunica” e “coloca à disposição” dos seus utilizadores, sob a forma de listas de resultados das suas pesquisas. Na medida em que estas operações estão explícita e incondicionalmente referidas no artigo 2.º, alínea b), da Diretiva 95/46, devem ser qualificadas de “tratamento” na aceção desta disposição, independentemente de o operador do motor de busca efetuar as mesmas operações também com outros tipos de informação e não as distinguir dos dados pessoais². [Tradução livre].

(ii) Em decorrência do enfrentamento da problemática acima, sobre a natureza da atividade dos motores de busca, o Tribunal de Justiça da União Europeia, em relação à responsabilidade da *Google* pelo tratamento de dados, concluiu que

[...] é o operador do motor de busca que determina as finalidades e os meios dessa atividade e, deste modo, do tratamento de dados pessoais que ele próprio efetua no contexto dessa atividade e que deve, conseqüentemente, ser considerado «responsável» por esse tratamento por força do referido artigo 2º, alínea d).

[...] Além disso, é pacífico que essa atividade dos motores de busca tem um papel decisivo na difusão global dos referidos dados, na medida em que os torna acessíveis a qualquer internauta que efetue uma pesquisa a partir do nome da pessoa em causa, incluindo aos internautas que, de outra forma, não teriam encontrado a página web onde esses mesmos dados estão publicados.

[...] Além disso, a organização e a agregação das informações publicadas na Internet, efetuadas pelos motores de busca com o objetivo de facilitar aos seus utilizadores o acesso às mesmas, podem conduzir, quando a pesquisa desses utilizadores é feita a partir do nome de uma pessoa singular, a que estes obtenham, com a lista de resultados, uma visão global mais estruturada

² No original: “So far as concerns the activity at issue in the main proceedings, it is not contested that the data found, indexed and stored by search engines and made available to their users include information relating to identified or identifiable natural persons and thus ‘personal data’ within the meaning of Article 2(a) of that directive. Therefore, it must be found that, in exploring the internet automatically, constantly and systematically in search of the information which is published there, the operator of a search engine ‘collects’ such data which it subsequently ‘retrieves’, ‘records’ and ‘organises’ within the framework of its indexing programmes, ‘stores’ on its servers and, as the case may be, ‘discloses’ and ‘makes available’ to its users in the form of lists of search results. As those operations are referred to expressly and unconditionally in Article 2(b) of Directive 95/46, they must be classified as ‘processing’ within the meaning of that provision, regardless of the fact that the operator of the search engine also carries out the same operations in respect of other types of information and does not distinguish between the latter and the personal data” (UNIÃO EUROPEIA, 2014).

das informações sobre essa pessoa, que se podem encontrar na Internet, que lhes permita estabelecer um perfil mais ou menos detalhado da pessoa em causa.

Por conseguinte, na medida em que a atividade de um motor de busca é suscetível de afetar, significativamente e por acréscimo à dos editores de sítios web, os direitos fundamentais à vida privada e à proteção dos dados pessoais, o operador desse motor, como pessoa que determina as finalidades e os meios dessa atividade, deve assegurar, no âmbito das suas responsabilidades, das suas competências e das suas possibilidades, que essa atividade satisfaça as exigências da Diretiva 95/46, para que as garantias nesta previstas possam produzir pleno efeito e possa efetivamente realizar-se uma proteção eficaz e completa das pessoas em causa, designadamente do seu direito ao respeito pela sua vida privada³. [Tradução livre].

(iii) Outra questão apreciada pelo acórdão foi a possibilidade de se considerar as atividades exercidas pela empresa *Google* como sujeitas às leis e às instituições judiciárias europeias. De acordo com o tribunal, independente de não estar demonstrado que a *Google Spain* realize na Espanha atividade ligada à indexação de informações, tais como o armazenamento de dados contidos em sítios de terceiros, é nítido que a atividade exercida por ela de promoção e de venda de espaços publicitários no país, constituiria parte essencial da atividade comercial do grupo, e, portanto, entende que a *Google* está sujeita às leis e às instituições europeias (UNIÃO EUROPEIA, 2014).

(iv) Finalmente, há a conclusão sobre a existência de um “direito de apagar dados pessoais”. Depois da exposição de todos os argumentos, o tribunal declara que Diretiva número 95/46 deve ser interpretada na perspectiva de que, para que os direitos previstos sejam prezados,

[...] o operador de um motor de busca é obrigado a suprimir da lista de resultados, exibida na sequência de uma pesquisa efetuada a partir do nome de uma pessoa, as ligações a outras páginas web publicadas por terceiros e

³ No original: “It is the search engine operator which determines the purposes and means of that activity and thus of the processing of personal data that it itself carries out within the framework of that activity and which must, consequently, be regarded as the ‘controller’ in respect of that processing pursuant to Article 2(d). Furthermore, it would be contrary not only to the clear wording of that provision but also to its objective — which is to ensure, through a broad definition of the concept of ‘controller’, effective and complete protection of data subjects — to exclude the operator of a search engine from that definition on the ground that it does not exercise control over the personal data published on the web pages of third parties. In this connection, it should be pointed out that the processing of personal data carried out in the context of the activity of a search engine can be distinguished from and is additional to that carried out by publishers of websites, consisting in loading those data on an internet page. Moreover, it is undisputed that that activity of search engines plays a decisive role in the overall dissemination of those data in that it renders the latter accessible to any internet user making a search on the basis of the data subject’s name, including to internet users who otherwise would not have found the web page on which those data are published” (UNIÃO EUROPEIA, 2014).

que contenham informações sobre essa pessoa, também na hipótese de esse nome ou de essas informações não serem prévia ou simultaneamente apagadas dessas páginas *web*, isto, se for caso disso, mesmo quando a sua publicação nas referidas páginas seja, em si mesma, lícita⁴.

1.2 CASOS BRASILEIROS

Conhecida a chacina da Candelária, foi uma chacina que ocorreu, próxima a Igreja da Candelária, no Rio de Janeiro, resultou no assassinato de oito jovens, no ano de 1993. Na noite do ocorrido, um táxi e um Chevette pararam em frente a igreja, e os integrantes dos veículos começaram a atirar contra as pessoas que estavam dormindo nas proximidades. Em consequências do tiroteio, oito jovens foram assassinados, e outros vários ficaram feridos.

Em julgamento por júri, um dos acusados pelo crime, Jurandir Gomes de França, foi absolvido por tese de negativa de autoria. Porém, em 2006, alguns anos após o julgamento, o programa Linha Direta, da TV Globo, narrou em um de seus episódios o caso da Chacina da Candelária, tratando das vítimas e de seus autores e, com isso, citou Jurandir como um dos partícipes do crime.

Inconformado, Jurandir Gomes de França ajuizou Ação de Reparação de Danos Morais em desfavor da Rede Globo de Televisão, uma vez que já havia sido absolvido do crime por falta de provas que indicassem sua autoria e, mesmo assim, foi noticiado em rede nacional sua participação no evento. Desta forma, Jurandir relata que sofreu grave violação à sua dignidade e à sua tranquilidade, sofrendo perseguições e ameaças, além da estigmatização social.

⁴ No original: *In the light of all the foregoing considerations, the answer to Question 2(c) and (d) is that Article 12(b) and subparagraph (a) of the first paragraph of Article 14 of Directive 95/46 are to be interpreted as meaning that, in order to comply with the rights laid down in those provisions and in so far as the conditions laid down by those provisions are in fact satisfied, the operator of a search engine is obliged to remove from the list of results displayed following a search made on the basis of a person's name links to web pages, published by third parties and containing information relating to that person, also in a case where that name or information is not erased beforehand or simultaneously from those web pages, and even, as the case may be, when its publication in itself on those pages is lawful* (UNIÃO EUROPEIA, 2014).

Dessa forma, independentemente de o programa Linha Direta ter sido fiel aos fatos, e relatado que Jurandir foi absolvido no tribunal do júri por falta de comprovação de sua autoria, o Superior Tribunal de Justiça, apenas pela menção do autor no programa, entendeu que o ocorrido havia ofendido diversos direitos da vítima, em especial os direitos de privacidade e à honra.

Por conseguinte, foi possível a aplicação do direito ao esquecimento, ao comprovar que o envolvimento do nome da vítima no caso em tela não refletia interesse público algum, devendo, portanto, a vítima ser esquecida. Em consequência disso, por exibir o caso e vincular o nome de Jurandir, a Rede Globo foi condenada a pagar indenização por danos morais.

Outro ocorrido emblemático na história brasileira, que é de suma importância para o tema, foi o caso de Aída Curi. Em 14 de julho de 1958, Aída Curi, estudante de 18 anos, foi assassinada por dois rapazes e um porteiro em Copacabana, após ser levada a força até o topo do edifício de um desses jovens, e lá teria sido violentada sexualmente pelo grupo. Após uma série de abusos, os agressores a jogaram do décimo segundo andar do prédio, simulando um suicídio, que levou a morte da jovem por conta da queda.

O caso recebeu intensa repercussão da mídia, primeiramente por ter acontecido em um bairro nobre do Rio de Janeiro, mas também por conta de os assassinos serem provenientes da classe média e, por último, pela associação do crime ao fenômeno da “juventude transviada”⁵.

Durante os anos, muitas matérias, muitas das vezes eram sensacionalistas, passionais ou virulentas surgiram, dentre elas o programa televisivo “Linha Direta-Justiça”, da TV Globo⁶, que fez a transmissão de uma matéria do rumoroso homicídio

⁵ Termo advindo do filme “Rebel Without a Cause”, lançado em 1955. Se caracteriza por um estilo adotado por uma parte da juventude da época, onde os jovens rebeldes contestavam os padrões da sociedade burguesa estabelecida dos Estados Unidos, padrão este que foi exportado mundo afora.

⁶ YOUTUBE. **Linha Direta Justiça: a Chacina da Candelária**. Publicado em: 26. Nov. 2016.

Disponível em:

https://www.youtube.com/watch?v=QgwdGqsvr6E&ab_channel=L%C3%BAciaVer%C3%ADssimoArquivoOficial. Acesso em: 20 out. 2020.

de Aída Curi após 50 anos do ocorrido, utilizando a imagem real da vítima ensanguentada.

Os irmãos da vítima moveram, então, uma ação contra a emissora, com o objetivo de receber indenização por danos morais, materiais e à imagem. Para os autores, a exploração do caso de Aída Curi, depois de tantos anos, foi ilícita, uma vez que a TV Globo não teve permissão da família para usar a imagem da vítima, utilizando de sua tragédia para conferir audiência para a emissora e, assim, gerando uma forma de enriquecimento ilícito.

Em primeiro grau, o pedido dos autores foi julgado improcedente, sendo a sentença mantida pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJ/RJ)⁷. De acordo o juiz, os fatos narrados no programa televisivo eram de conhecimento público, e que no passado já haviam sido amplamente divulgados, de modo que não caberia indenização.

Não satisfeitos com as decisões proferidas, os irmãos de Aída Curi, em sede de recurso especial, invocaram um instituto que nunca havia sido analisado até então no Superior Tribunal de Justiça (STJ): o direito ao esquecimento, invocado para que a dignidade humana, tanto de Aída quanto de sua família, fosse protegida.

A TV Globo, entretanto, sustentou e defendeu a liberdade de expressão, um direito constitucional de se levar à sociedade aquilo de que tem anseio e quer conhecer, além de defender que o programa se tratava de um documentário jornalístico, e que, por isso mesmo, não tinha a intenção de gerar receita em função do sofrimento da vítima.

Como se infere, o contexto de aplicação do chamado direito ao esquecimento envolve, necessariamente, a disputa de exercício de direitos: de um lado a liberdade de expressão e, de outro, os demais direitos da personalidade.

⁷ TJ/RJ. SENTENÇA: Processo número 0123305-77.2004.8.19.0001. 14 set. 2018. Disponível em: http://www.fabelnet.com.br/portal/images/STFABEL/casos/2018_2/2018_2_stfabel_caso_eixo_2.pdf Acesso em: 29 nov. 2020.

2 DIREITO AO ESQUECIMENTO E AS LIBERDADES COMUNICATIVAS

Para que o chamado direito ao esquecimento seja de fato aplicado, este entrará em confronto direto com alguns outros direitos amparados e protegidos pela Constituição Federal de 1988, tais como a liberdade de expressão e o direito à informação.

À vista disso, é necessário compreender cada direito individualmente, e analisá-los também pela ótica do Marco Civil da Internet (Lei número 12.965/2014), que traz a liberdade de expressão como um dos seus pilares.

2.1 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A liberdade de expressão é um direito constitucional que concede aos indivíduos a manifestação livre de suas opiniões, ou seja, o direito de exteriorizar a opinião pessoal ou de um grupo, devendo ser respaldada sempre na veracidade das informações e no respeito. Salieta-se que, mesmo que o indivíduo tenha o direito de se expressar, isso não significa que não haja limites morais e éticos para a apresentação de suas opiniões.

Garantida pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo 19º, a liberdade de expressão também é positivada na Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, incisos VI, IX e XIV. O artigo 220 da Constituição Federal afirma, do mesmo modo, que a “manifestação do pensamento, a criação, a expressão e informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”.

A liberdade de expressão tem como pressuposto a interação dos indivíduos dentro de uma sociedade, com a ideia de fazer com que os indivíduos comuniquem o produto de seus pensamentos, sendo eles as suas ideias, opiniões, ideologias, conhecimentos e crenças.

Nesse sentido, Cláudio Colnago (2016, p. 68) expõe que

Aplica-se à liberdade de expressão a premissa pela qual a liberdade em geral é valiosa seja por nos conferir maiores oportunidades de definir nossos próprios objetivos de vida, seja pelo valor intrínseco do próprio processo de escolha do destino individual de cada um, exercendo ora um papel constitutivo, que se relaciona com a importância da liberdade para o enriquecimento da vida humana, ora um papel instrumental, vinculado à característica de que diferentes espécies de liberdade estão profundamente inter-relacionadas, uma valorizando a outra.

A Constituição, ao promover aos indivíduos a liberdade de expressão, busca não apenas investir de poder os seus cidadãos, mas também gerar condições para que o Estado Democrático de Direito possa progredir. Isso ocorre pois, ao se expressar livremente, expondo suas opiniões, pensamentos e ideologias, o indivíduo aprimora sua participação na vida pública e estimula o debate, criando possibilidades para o vasto desenvolvimento da sua individualidade, e estimulando o pensamento crítico de outros indivíduos.

Em conformidade com Nicole Mader Gonçalves (2014, p. 403),

[...] a consolidação de um Estado Democrático de Direito, no qual os cidadãos exercem com plenitude a autonomia pública, participando da esfera pública, participando da esfera pública de decisão de forma livre e igual, e possuem segurança e proteção para o desenvolvimento de sua autonomia privada, isto é, para refletir, pensar, participar e se expressar de forma livre, está diretamente condicionada a forma como a liberdade de expressão está interiorizada nas práticas e nos costumes sociais.

Tratando-se, portanto, de um direito de suma importância e amplamente protegido, a liberdade de expressão, no que diz respeito ao contexto de aplicação de um suposto direito ao esquecimento, estaria sendo diretamente confrontado, visto que ao requerer que uma informação ou opinião seja esquecida, ou apagada, poderá estar sendo feita uma espécie censura.

2.2 DIREITO À INFORMAÇÃO

Em uma época conhecida por vários como a “Era da Informação”, o direito à informação torna-se cada vez mais importante. A partir de um cenário marcado pela globalização e pelo desenvolvimento tecnológico, a informação, seja ela qual for,

começou a se propagar em velocidades cada vez maiores, e tornou-se um instrumento essencial para o exercício e o controle do poder. Dessa forma, o direito à informação, previsto nos artigos 5º, incisos XIV e XXXIII, e 220, §1º, assume uma relevância no cenário contemporâneo(SARMENTO, 2015, p. 6).

Afirma Daniel Sarmiento (2015, p. 07) que o acesso a informação é fundamental para que os indivíduos possam participar de suas vidas públicas de forma mais consciente, fiscalizando seus governantes e detentores de poder social. O autor expõe que

[...] não é exagero afirmar que o controle do poder tem no direito à informação o seu instrumento mais poderoso. A transparência proporcionada pelo acesso à informação é o melhor antídoto para a corrupção, para as violações de direitos humanos, para a ineficiência governamental. Isto porque, como já afirmava há mais de cem anos o juiz da Suprema Corte norte-americana Louis Brandeis, “a luz solar é o melhor dos desinfetantes”.

Além da importância para a vida pública dos indivíduos, esse direito mostra-se primordial para o livre desenvolvimento da pessoa humana, devido à contribuição que a informação traz para que cada um possa formar suas próprias opiniões e preferências sobre variados temas, e a partir disso decidir a rota de sua própria vida particular.

Segundo SARMENTO (2015, p. 08), o direito à informação subdivide-se em três distintas dimensões, quais sejam:

[...] o **direito de informar**, que é uma faceta das liberdades de expressão e de imprensa; o **direito de se informar**, também conhecido como direito de acesso à informação, que envolve a faculdade de buscar informações por todos os meios lícitos; e o **direito de ser informado**, que é o direito da coletividade de receber informações do Estado e dos meios de comunicação sobre temas de interesse público. [Grifou-se].

Em resumo, a liberdade de informação é entendida como a procura, a busca, o recebimento e a difusão de ideias e informações, por qualquer veículo, seja pela internet ou não, e sem dependência de censuras, devendo cada um ser responsabilizado por eventuais abusos desde direito. Salienta-se que o acesso a informação é um direito individual assegurado pela Constituição Federal de 1988 (SILVA, 2009, p. 246).

É necessário lembrar que a veracidade das informações também deve ser analisada cautelosamente, sob a problemática de se impor uma verdade inquestionável sobre acontecimentos convertidos, causando o bloqueio dos debates e gerando enormes prejuízos à formação da opinião pública, que poderá estar sendo moldada em uma informação falaciosa. É de suma importância entender, entretanto, que isso não significa obrigar os veículos de informações a divulgar apenas fatos incontroversos, mas na exigência de que não devem ser divulgados fatos que saibam ser inverídicos, ou que não haja nenhum esforço para atestar sua veracidade (SARMENTO, 2015, p. 09).

Em conformidade com Alexandre de Moraes (2010, pg. 845),

O direito de receber informações verdadeiras é um direito de liberdade e caracteriza-se essencialmente por estar dirigido a todos os cidadãos, independentemente de raça, credo ou convicção político-filosófica, com a finalidade de fornecimento de subsídios para a formação de convicções relativas a assuntos públicos.

A proteção do direito à informação é ampla, abarcando as mais diversas questões que apresentam algum interesse público, para que se possa abranger a maior variedade de matérias que tenham relevo na vida social dos indivíduos. Nessa perspectiva, Daniel Sarmiento (2015, p. 9) afirma que,

[...] Há evidente interesse público na atividade política, bem como na atuação dos Poderes Públicos e de seus agentes. Mas ele também está presente em temas atinentes aos costumes, criminalidade, práticas e relações sociais, mentalidades, vida econômica, esportes, entretenimento, artes, religião etc. Afinal, o debate destas questões também é vital para que as pessoas formem as suas convicções sobre assuntos que podem ser centrais em suas vidas, e para que a sociedade possa amadurecer, através da reflexão coletiva, que ganha em qualidade quando o amplo acesso à informação sobre os temas discutidos é assegurado.

É de suma importante observar também que as empresas midiáticas, sejam estas revistas, *sítes*, ou jornais, objetivam o aumento do lucro que, por sua vez, é reflexo das pesquisas de opinião, de forma que, quanto maior a probabilidade de que a audiência aumente, maior o interesse que essas empresas têm de divulgar determinada matéria, notícia ou informações.

O público, por outro lado, quer ser informado o tempo inteiro e consome essa espécie de matéria, exercendo a liberdade de expressão ao passo em que deseja ser

informado. Esse mesmo público consome as informações seja porque quer adquirir conhecimentos que julga úteis, e que irá formular de alguma forma sua maneira de pensar sobre determinado assunto, seja por almejar ser entretido.

Assim sendo, pode-se afirmar que o direito à informação deve ser amplamente protegido, uma vez que é precípua na vida de todos os indivíduos, sendo direito individual assegurado pela Constituição brasileira. Todavia, ao propor um suposto direito ao esquecimento, o direito à informação será ameaçado, uma vez que para efetivar o esquecimento se necessitaria da exclusão, desindexação e/ou desvinculação de uma informação que pode ter caráter de interesse público.

2.3 MARCO CIVIL DA INTERNET

A Lei número 12.965/2014, mais conhecida como o Marco Civil da Internet, é a legislação que norteia o uso da internet no Brasil, prevendo princípios, garantias, direito e deveres para aqueles que utilizam a rede, e ainda, prevê diretrizes para a atuação do Estado.

O artigo 2º do Marco Civil da Internet expõe que:

Art. 2º A disciplina do uso da internet no Brasil **tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão**, bem como:
I - o reconhecimento da escala mundial da rede;
II - os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais;
III - a pluralidade e a diversidade;
IV - a abertura e a colaboração;
V - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e
VI - a finalidade social da rede.

É evidente, a partir da breve leitura do artigo supramencionado, que a liberdade de expressão ganha notório destaque como o fundamento de disciplina da Internet no Brasil, por estar elencado no caput do artigo, uma vez que os outros encontram-se meramente elencados nos incisos.

De acordo com Carlos Affonso Pereira de Souza (2015, p. 7), existem razões técnicas e políticas que explicam o porquê de a liberdade de expressão ter ganhado tanto destaque:

Em termos políticos, a colocação da liberdade de expressão em destaque logo no *caput* do artigo 2º atende à demanda de prontamente defender a legislação como um passo importante para melhor garantir a manifestação do pensamento na Internet.

A rede mundial de dispositivos conectados é frequentemente associada à potencialização das formas de expressão, furando bloqueios impostos por governos ou empresas sobre outros meios de comunicação. Embora essa seja uma visão simplista dos desafios que a liberdade de expressão enfrenta para a sua realização na Internet – já que a mesma rede que potencializa o discurso também pode ser um meio eficaz para o seu cerceamento – existe até por conta de seu alcance global, a percepção de que a Internet seria um território de franco exercício da liberdade de expressão.

Posto isso, a ênfase conferida à liberdade de expressão no *caput* do artigo 2º possui componentes político e técnico, contestando a ideia de que o Marco Civil da Internet geraria intromissão no processo tecnológico do país, e além disso, evidenciando-se que sua outorga não traria qualquer efeito de censura, pelo contrário, a liberdade de expressão estaria ganhando grande destaque e proteção como fundamento da disciplina da Internet no país (SOUZA, 2015, p. 7).

Ademais, o artigo 3º, I, do Marco Civil da Internet dispõe que o uso da internet no Brasil tem como um de seus princípios a “garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal”. A partir da redação deste artigo, é explícito que a liberdade de expressão, além de ser fundamento para a disciplina de uso da internet no Brasil, é também um dos princípios que têm de reger essa lei (SOUZA, 2015, p. 8).

Para mais, a partir da leitura do artigo 19, *caput*, da Lei número 12.965/14, entende-se que a liberdade de expressão está sendo usada como parâmetro mais uma vez para ponderar acerca da responsabilidade civil dos provedores por conteúdo divulgado por sites terceiros. O *caput* do artigo 19 prevê que:

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.

Nítido o destaque, mais uma vez, conferido à liberdade de expressão, justificando seu tratamento dado pelo artigo 2º do Marco Civil da Internet, onde estabelece esse direito como o fundamento da disciplina do uso da rede no Brasil. Desta forma, o caput do artigo 19, ao tecer acerca da responsabilidade civil dos provedores por ato de terceiros, visa assegurar que a liberdade de expressão não sofra censuras ou outras restrições indevidas (SOUZA, 2015, p. 20).

Quanto à jurisprudência brasileira acerca do assunto, é necessário notabilizar que houve uma mudança de pensamento a partir do Marco Civil da Internet. Antes dessa lei, os provedores eram apontados responsáveis pelo conteúdo publicado, caso não tornassem indisponível o conteúdo após comunicação do interessado. A partir da vigência do Marco Civil da Internet, por outro lado, só após o não cumprimento de uma ordem judicial expressa para a remoção do conteúdo que se poderá responsabilizar civilmente os provedores de aplicações e, portanto, conferindo ao Poder Judiciário a competência de definir quais conteúdos seriam classificados como lícitos ou ilícitos (BOLZAN; CIGANA; SILVA, 2019, p. 224).

Conclui-se, então, que a partir da análise do *caput* do artigo 19 do Marco Civil da Internet, a legislação brasileira nessa situação, tende a dar preferência à liberdade de expressão caso haja colisão deste com outros direitos fundamentais, tais como o direito a personalidade (PODESTA, 2015, p. 394).

3 DIREITO AO ESQUECIMENTO E DIREITOS DA PERSONALIDADE

O direito ao esquecimento por muito se assemelha a alguns direitos que já consolidados no ordenamento jurídico, que são os direitos à imagem, à honra, ao nome e à privacidade. Dessa forma, resta entender se o direito ao esquecimento seria, de fato, um “novo direito” ou apenas um efeito de direitos já existentes no sistema jurídico.

Ao tratar dos direitos da personalidade, é de se destacar que a Constituição brasileira de 1988, no artigo 5º, inciso X, prevê expressamente que:

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;

A Constituição, ao elencar esses direitos, acaba por erguer os valores humanos à condição de direito individual e, conseqüentemente, considera-os um direito conexo ao próprio direito à vida. Dessa forma, é necessário compreender cada direito individualmente, a fim de que possa se analisar a fundo sua semelhança (ou não) com o chamado direito ao esquecimento.

3.1 DIREITO À PRIVACIDADE

Diretamente conexo ao direito da personalidade da pessoa humana, o direito à privacidade, mais especificamente, o direito à intimidade refere-se à preservação da esfera privada ou íntima de um indivíduo, sendo um refúgio contra interferências externas, além de um direito pelo qual não se permite, sem anuência de seu titular, a sua divulgação em qualquer meio.

A privacidade, portanto, é entendida como a coleção de informações acerca de uma pessoa, cujo controle a esta pertence, decidindo guardar para si, ou comunicar, decidindo-o a quem, quando, onde e sob quais condições. Dessa forma, a esfera de inviolabilidade da privacidade se torna ampla, visto que abrange a vida doméstica, as

relações afetivas e familiares, assim como hábitos, moradia, nome, imagem e também planos futuros do indivíduo (SILVA, 2019, p. 206).

O autor Américo Bedê Freire Júnior (2014, p. 71) acredita que

A origem da necessidade de respeito à intimidade é muito remota, todavia, tecnicamente, só se pode falar em intimidade a partir do estabelecimento da Modernidade. Aponta-se majoritariamente o famoso artigo *Right to Privacy*, de Warren e Brandeis, como o marco da fixação do *right to be alone* no direito norte-americano e a construção da atual noção ocidental do direito à intimidade.

Foi a partir de Warren e Brandeis⁸ que foi determinado a necessidade de se tutelar o direito à privacidade. Antes do artigo jurídico de tais autores, o direito à privacidade era restrito, e apenas se aplicava aos casos que existia a atuação de terceiro contra esta esfera. Segundo Caitlin Sampaio Mulholland (2018, p. 172) esse direito foi primordialmente utilizado para tutelar a vida privada das pessoas, dentro de seu próprio lar.

A ampliação do uso do termo “privacidade” ocorreu a partir da evolução das formas de divulgação e apreensão dos dados pessoais, sobretudo a partir das novas tecnologias de acesso aos - e de manipulação dos - dados dos usuários..

Por conseguinte, existe uma ampliação das formas potenciais de violação da esfera privada, uma vez que se demonstra uma maior facilidade em se obter acesso à dados não autorizados de terceiros. Dessa maneira, a proteção à privacidade mostra-se não apenas como um direito de ser deixado só, mas também como um direito de ter controle sobre seus próprios dados pessoais e, a partir disso, ter domínio acerca da circulação dos mesmos (MULHOLLAND, 2018, p. 173).

⁸ Samuel Warren e Louis Brandeis, publicaram em 1890 na revista *Harvard Law Review*, o artigo jurídico “The Right to Privacy” (O Direito à Privacidade). O artigo é conhecido como a primeira publicação norte-americana a defender um direito à privacidade, visto que se trata de um “direito de ser deixado à sós”.

3.2 DIREITO AO NOME

O direito ao nome está diretamente relacionado ao direito à identidade pessoal de um indivíduo. Portanto, o direito ao nome, composto socialmente por um pronome e um sobrenome, confere ao indivíduo a identificação para a sua existência em um grupo. O artigo 16 do Código Civil brasileiro de 2002 estabelece que “toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome”. O nome constitui, então, o elo entre o indivíduo e a sociedade da qual faz parte.

O nome é também um pré-requisito para a vida civil, visto que se exige sempre a identificação da pessoa, sendo o nome, antes, um dever do que um direito. Além de ser a principal forma de individualização do ser humano, o nome é a manifestação mais expressiva da personalidade de um indivíduo. O autor Adriano de Cupis (2008, p. 185) salienta que

O indivíduo, como unidade da vida social e jurídica, tem necessidade de afirmar a própria individualidade, distinguindo-se dos outros indivíduos, e, por consequência, ser conhecido por quem é na realidade. O bem que satisfaz esta necessidade é o da identidade, o qual consiste, precisamente, no distinguir-se das outras pessoas nas relações sociais. Poderia ser colocada a questão de saber se tal bem deve preceder na hierarquia dos modos de ser morais da pessoa, os bens da honra e do resguardo, mas não sofre dúvida a sua grande importância, pois o homem atribui grande valor, não somente ao afirmar-se como pessoa, mas como uma certa pessoa, evitando a confusão com os outros. Entre em meios através dos quais pode realizar-se o referido bem, tem um lugar proeminente o nome, sinal verbal que identifica imediatamente, e com clareza, a pessoa a quem se refere. Por meio do nome, o indivíduo é designado na língua que é comum aos outros, e a sua identificação é possível mesmo na sua ausência.

Sendo o nome um atributo que gera exclusividade ao indivíduo, José Roberto Neves Amorim (2003, p. 121) ressalta que o direito ao nome “gera a seu titular o direito de uso e gozo em todos os momentos de sua vida, quer pública ou privada, exigindo de outrem a abstenção de uso e o respeito ao mencioná-lo”.

A identidade de um indivíduo constitui um bem por si mesmo, independente se a pessoa tem uma vida pública ou de sua posição social. Dessa forma, a todo indivíduo deve se reconhecer o interesse de que sua individualidade seja preservada (CUPIS, 2008, p. 185).

3.3 DIREITO À IMAGEM

Dentre os direitos da personalidade, existe o direito à imagem, positivado na Constituição Federal de 1988 a partir do artigo 5º, inciso X, além do artigo 20 do Código Civil brasileiro de 2002. Sobre esse tema, SILVA (2009, p. 209) expõe que

A inviolabilidade da imagem da pessoa consiste na tutela do aspecto físico, como é perceptível visivelmente, segundo Adriano de Cupis, que acrescenta: “essa reserva pessoal, no que tange ao aspecto físico – que, de resto, reflete também personalidade moral do indivíduo – satisfaz uma exigência espiritual de isolamento, uma necessidade eminentemente moral”.

O direito à imagem, portanto, é um dos direitos da personalidade que garante, ao titular, o poder de controle do uso de sua imagem. Esse direito é assegurado a todos os indivíduos, isto é, de ter sua imagem preservada a integridade e boa-fama, tendo esse direito conexão com a honra da pessoa humana.

3.4 DIREITO À HONRA

Assim como o artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988 estabelece a proteção da honra, o artigo 11º do Pacto de São José da Costa Rica, tratado internacional vigente no país, reconhece que “toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade”.

Dessa forma, a honra de uma pessoa é um atributo intrínseco à sua personalidade, em que sua natureza representa a observância do princípio da dignidade humana. De acordo com SILVA (2009, p. 209),

[...] a honra é o conjunto de qualidades que caracterizam a dignidade da pessoa, o respeito dos concidadãos, o bom nome, a reputação. É direito fundamental da pessoa resguardar essas qualidades. A pessoa tem o direito de preservar a própria dignidade – adverte Adriano de Cupis – mesmo fictícia, até contra-ataques da verdade, pois aquilo que é contrário à dignidade da pessoa deve permanecer um segredo dela própria. Esse segredo entra no campo da privacidade, da vida privada, e é aqui onde o direito à honra se cruza com o direito à privacidade.

Ademais, Adriano de Cupis (2008, p. 122) salienta que

A honra, entendida como valor íntimo moral do homem, constitui um bem imensamente precioso, exaltado por poetas e pensadores, proclamado como o mais importante da vida. Mas, mesmo sob o aspecto dos mencionados reflexos – aqueles pelos quais interessa ao direito – apresenta uma importância enorme. De fato, a boa fama da pessoa constitui pressuposto indispensável para que ela possa progredir no meio social e conquistar um lugar adequado; e, por sua vez, o sentimento, ou consciência, da própria dignidade pessoal representa uma fonte de elevada satisfação espiritual.

À vista disso, a honra pode significar tanto o valor moral íntimo do homem, quanto a estima dos outros, ou a consideração social, ou como, enfim, o sentimento sobre a própria dignidade pessoal. Quando a honra é entendida como valor moral íntimo do homem, a honra estará subtraída às ofensas de outrem e será alheia a tutela jurídica. Entretanto, se for entendida como consideração social ou o sentimento do homem sobre a própria dignidade pessoal, a honra estará, ao contrário da primeira, exposta às referidas ofensas (CUPIS, 2008, p. 121).

4 A APLICAÇÃO DO CHAMADO DIREITO AO ESQUECIMENTO E SEUS LIMITES

4.1 INTERESSE PÚBLICO

Há uma imensa dificuldade de se definir o que seria de fato o interesse público, visto que esta padece de diversas análises e conceitos que variam de acordo com a metodologia. O que se pode afirmar é que, a pesar dos direitos e garantias individuais de cada ser humano, isto é, o interesse particular, não se pode olvidar que estes se somam, e formam o interesse público, que nada mais é que a somatória dos interesses individuais.

O conceito de interesse público é juridicamente irresoluto e somente auferiria concretude a partir da disposição constitucional dos direitos fundamentais em um sistema que observasse restrições à sua aplicação em benefício de outros direitos que também estão presentes da Constituição Brasileira. Desta forma, caberia ao Estado atuar como intérpretes e executantes deste sistema, analisando os interesses conflitantes e ponderando-os, colocando em enfrentamento os interesses individuais e coletivos específicos para que possa haver um raciocínio ponderativo, guiado pela proporcionalidade.

Segundo a autora Chiara Antonia Spadaccini Teffé (2017, p. 184), uma vez que a Constituição Federal de 1988 se encontra orientada pelo princípio da dignidade da pessoa humana,

[...] torna-se necessário estabelecer, em alguma medida, proteção ao interesse do indivíduo quando ameaçado diante dos interesses gerais promovidos pelo Estado. Dessa forma, não parece possível extrair da norma constitucional o princípio da supremacia do interesse público, tendo em vista a ampla proteção oferecida aos interesses particulares. O conteúdo constitucional negaria também a suposta colisão entre os interesses públicos e privados, visto que os dois se encontrariam enraizados na Lei Maior, havendo uma “conexão estrutural” entre eles e não uma efetiva contradição.

Para a autora, haveria, por conseguinte, uma indissociabilidade entre os interesses público e privado, ou seja, apesar de serem distintos, nunca irão se desprender um

do outro. Dessa forma, o resguardo de um interesse privado legitimado constitucionalmente poderia vir a simbolizar a promoção de um interesse público. A satisfação de um caracterizaria igualmente o sucesso do outro (TEFFÉ, 2017, p. 184).

Outrossim, a ideia da supremacia do interesse público conflita amplamente com os “postulados normativos da proporcionalidade e da concordância prática (que viabiliza o exercício da ponderação, ao afirmar a coordenação entre os bens jurídicos e negar-lhes uma posição antípoda quando se apresentam constitucionalmente protegidos”, que caminham juntos na procura de uma “exata medida para a realização máxima dos bens jurídicos contrapostos” (TEFFÉ, 2017, p. 184).

Isto é, seria ilusório, no ordenamento jurídico, harmonizar um princípio que passasse por cima das particularidades de um caso concreto, e determinasse, de primeira mão, que a maneira correta passa se decidir acerca deste seja sempre a hegemonia do interesse público. Logo, o conceito do princípio da supremacia do interesse público não se sustenta, posto que este rechaçaria o procedimento de ponderação.

Ressalta TEFFÉ (2017, p. 185) que a preservação dos direitos individuais constituiria

[...] porção do próprio interesse público, uma vez que seriam objetivos gerais da sociedade tanto viabilizar o funcionamento da Administração Pública, mediante a instituição de prerrogativas materiais e processuais, quanto preservar e promover extensamente os direitos dos particulares. O referido entendimento, por consequência, nega a aplicação de qualquer regra absoluta que confira prevalência a priori aos papéis institucionais do Estado sobre os interesses individuais privados.

Assim sendo, independente se forem verdadeiros os fatos narrados e, portanto, existir presunção de interesse público, ao colocar este em cheque com a imagem de um indivíduo, percebe-se que, poderá o indivíduo lesionado também demonstrar que existe um interesse privado com proteção constitucional que terá de ser priorizado em frente ao interesse público respaldado na liberdade de informação e de expressão. Afinal, também é de interesse público a garantia do exercício dos direitos individuais.

No que tange ao artigo 20 do Código Civil brasileiro de 2002, que versa sobre o direito à imagem, este traz delimitações desequilibradas a outros direitos constitucionalmente resguardados, tais como a liberdade de expressão, de

informação e de imprensa, tornando, dessa forma, o presente artigo impertinente para nortear as ponderações de interesses que surgirão no corpo social. Isso posto, ao interpretá-lo em seu sentido literal, é nítido que este dará precedência abstrata aos direitos fundamentais da honra, da imagem e do nome frente às liberdades comunicativas, o que não pode ocorrer, visto que se mostra inapropriado sobrepor previamente um direito face a outro igualmente amparado constitucionalmente.

Considerando que o legislador não realizou nenhuma ponderação *a priori* entre os direitos constitucionalmente tutelados, não se apresenta adequado estabelecer qualquer tipo de hierarquia prévia, geral e permanente entre os direitos fundamentais, devendo sempre ser analisado o caso concreto com o intuito de balancear os interesses, observando suas características, bens jurídicos tutelados e os indivíduos envolvidos (TEFFÉ, 2017, p. 126).

4.2 CASOS RECENTES

4.2.1. Caso Xuxa vs. *Google Brasil* – Resp 1.316.921/RJ

O Recurso Especial número 1.316.921, (rel. Min. Nancy Andrighi, 3.^a T., j. 26.06.2012, DJE 29.06.2012) trata originalmente da ação ordinária inominada ajuizada por Maria da Graça Xuxa Meneghel em desfavor de Google Brasil Internet Ltda., com o propósito de ver abolido do sistema *Google Search* resultados de busca realizadas envolvendo o nome da autora em relação aos termos “pedófila” ou “pedofilia”. Buscou-se também que se realizasse a exclusão do nome da autora dos sistemas de busca sempre que houvesse sua divulgação em conjunto com a de qualquer outra prática criminosa.

A referida pretensão teve como base o fato de que a autora, em 1982, participou do elenco do filme “Amor, Estranho Amor”, no qual protagonizava uma cena de sexo com um menor de idade. Posteriormente ao filme, a autora tornou-se nacionalmente conhecida, passando a ser apresentadora de programas infantis.

Pretendendo “eliminar” a impressão conflitante que poderia surgir entre a sua condição de ícone infanto-juvenil e o polêmico filme que interpretou, a autora procurou, ao longo de vários anos, todos os artifícios para coibir a circulação do produto. Porém, após o advento da internet, o controle da divulgação do filme, por conta de cópias não autorizadas, tornou-se impossível para a autora.

Desse modo, viu, infelizmente, seu nome ser repetidamente ligado à prática do crime de pedofilia, o que entra em rota de colisão com a sua atual persona pública, firmada por meio de diversos programas voltados ao público infanto-juvenil.

O Recurso Especial em análise originou-se de decisão liminar agravada em razão de determinação judicial de que a requerida:

[...] se abstenha de disponibilizar aos seus usuários, no site de buscas GOOGLE, quaisquer resultados/links na hipótese de utilização dos critérios de busca 'Xuxa', 'pedófila', 'Xuxa Meneghel', ou qualquer grafia que se assemelhe a estas, isoladamente ou conjuntamente, com ou sem aspas, no prazo de 48 horas, a contar desta intimação, pena de multa cominatória de R\$20.000,00 por cada resultado positivo disponibilizado ao usuário (v. voto da relatora do REsp 1.316.921).

A decisão foi impugnada pela Google via agravo de instrumento eo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro deu-lhe parcial provimento, fazendo constar que a decisão liminar deveria alcançar somente as imagens expressamente referidas pela autora nos autos, sem que fosse necessário a retirada dos *links* obtidos por meio dos resultados de pesquisas realizadas no sítio da requerida.

Ambas as partes interpuseram embargos, porém foram rejeitados pelo TJ/RJ. Em recurso especial, portanto, a Google alegou violação dos artigos 461, §§ 4º e 6º do Código de Processo Civil - CPC; e 248 do Código Civil brasileiro de 2002. A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, proveu o pedido recursal da requerida, julgando, resumidamente, que:

(1) Não seria possível aplicar as mesmas razões que envolvem provedores de conteúdo, uma vez que o Google Search, por ser provedor de pesquisa, limita-se a “indexar e indicar links onde podem ser encontrados os termos ou expressões de

busca fornecida pelo próprio usuário”, não tendo, portanto, qualquer envolvimento sobre o conteúdo destes links.

(2) A atividade do *Google Search* é realizada dentro do “mundo virtual”, que é de acesso público e irrestrito, ou seja, mesmo que não houvesse a prestação do serviço de busca, o conteúdo continuaria sendo disponibilizado para qualquer usuário da internet, uma vez que todas as páginas, tendo elas conteúdo ilícito ou lícito, estão integradas na rede mundial de computadores.

(3) Dessa forma, com o que foi explicado acima, não se pode imputar ao provedor de pesquisa a arbitrariedade acerca da remoção ou não de páginas de seus resultados, uma vez que há subjetividade circundada na classificação de conteúdos como prejudiciais ou não à personalidade de outras pessoas.

(4) Sendo a internet reconhecida como um veículo de comunicação em massa, não é possível aceitar que os provedores de pesquisa excluam dos seus resultados de expressões ou termos, de maneira a garantir a liberdade de informação preceituada no artigo 220, §1º da Constituição Federal. Não poderiam também, deste modo, ceifar o acesso de determinadas fotos ou textos, perante o risco de conter o direito coletivo de informação.

(5) Cabe, deste modo, ao ofendido, buscar os reais ofensores, uma vez que ao esforçar-se a retirar os conteúdos indevidos da rede mundial de computadores, conseqüentemente representaria a retirada dos resultados exibidos pelos provedores de pesquisa, e não o contrário.

(6) Ademais, reconheceu que a única forma de excluir o conteúdo ilícito da internet seria por meio de sua URL, uma vez que esta especifica o endereço encarregado pela conservação do conteúdo ilícito ou ofensivo.

Dessa forma, o STJ deu provimento ao recurso especial, e concluiu que não existe razão o ofendido demandar judicialmente contra o provedor de pesquisa, uma vez que este apenas dá o acesso ao conteúdo, e não disponibiliza o conteúdo em sí.

4.2.2. Caso Denise Pieri – Recurso Especial número 1.660.168/RJ

Atualmente Promotora de Justiça, Denise Pieri, ajuizou demanda judicial contra a *Google*, a *Yahoo!* e o *Bing* em 2009, com a pretensão de ver desindexada das buscas da internet qualquer pesquisa que vinculasse seu nome a uma fraude no concurso para admissão na magistratura, que ocorreu em 2007, considerando que a indexação destes resultados estaria abalando sua dignidade.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) após análise da suposta fraude, acabou por não reconhecer o envolvimento de Denise, porém seu nome continuou sendo vinculado e associado em buscas pelo termo “fraude em concurso para juiz”. Dessa forma, esta ajuizou a demanda pedindo a filtragem dos resultados de busca por seu nome, a fim de desvinculá-lo de qualquer reportagem que estivesse relacionada ao ocorrido. Esta alegou que tal fato prejudicava sua imagem e dignidade, visto que após este episódio Denise passou em outro concurso e atualmente ocupa outro cargo público no meio jurídico.

Através de sua demanda, Denise buscou o reconhecimento de um direito ao esquecimento, pretendendo que o judiciário determinasse que a *Google*, o *Bing* e a *Yahoo!* instalassem filtros por palavra-chave, ocultando resultados que a vinculassem a publicação de terceiros sobre a fraude investigada.

A relatora ministra Nancy Andrighi, embora tenha deferido medida liminar pleiteada por Denise, julgou improcedente seu pedido, aplicando entendimento fixado no caso “Xuxa vs. Google Brasil” (REsp. 1.316.921/RJ) que concluiu que não existe razão para o ofendido demandar judicialmente contra o provedor de pesquisa, uma vez que este apenas dá o acesso ao conteúdo, mas não disponibiliza o conteúdo em si.

A autora interpôs recurso de apelação e, em sede de contrarrazões, as empresas arguíram a inviabilidade técnica de se instalar filtros para que pudessem ocultar resultados de pesquisa, além de refutar a tese da autora. Ocorre que o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ) deu provimento ao recurso autoral, e condenou a *Google*, *Yahoo!* e *Bing* a implantarem os filtros de busca por palavras-chave.

Indignadas com a decisão proferida em segundo grau de jurisdição, as empresas réus interpuseram Recurso Especial ao Superior Tribunal de Justiça, contrapondo o alegado direito ao esquecimento e argumentando, em resumo: a) que há precedentes no STJ no que se refere a impossibilidade de responsabilizar os provedores de busca; b) que a obrigação imposta se tornaria inútil, uma vez que a desindexação pretendida não iria impedir que os sites de terceiros publicassem matérias vinculando o nome da autora ao caso de fraude; c) a configuração de censura, a ofensa ao direito a informação dos consumidores enquanto utilizadores dos serviços de busca (STJ, 2018, p. 23).

Concordou com a tese a relatora do caso, a ministra Nancy Andrighi, apontando a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido. Entretanto, prevaleceu o voto do ministro Marco Aurélio Bellizze, que entendeu que o direito ao esquecimento não se trata de apagar efetivamente o passado, mas sim de conceder que a pessoa envolvida que esta siga sua vida, não sendo eternamente remoído e eternizado na internet.

Concluiu, portanto, que o acesso à informação não restaria prejudicado, uma vez que as fontes de notícia estariam ainda disponíveis na rede. O entendimento é de que, com o auxílio dos filtros de busca por palavras-chave se evitaria que o nome da autora fosse critério exclusivo de busca para que apareça em primeiro lugar na pesquisa a notícia vinculando-a ao fraude, porém não estaria de fato removendo o conteúdo, apenas dificultando seu acesso através de palavras-chaves (STJ, 2018, p. 30).

4.3 APAGAMENTO, DESINDEXAÇÃO E DESVINCULAÇÃO

Perante os casos expostos, entende-se que não prevalece, em princípio, de um direito fundamental frente a outro, devendo ser analisado o caso concreto pelo Poder Judiciário, para que possa se chegar a uma conclusão acerca da sobreposição do interesse público ou do interesse privado. Torna-se fundamental, à vista disso, entender a diferenciação acerca dos termos “apagamento”, “desindexação” e “desvinculação” na internet, que serão provavelmente os termos utilizados pelos

juízes quando estes optarem por sobrepor o interesse individual do indivíduo frente às liberdades comunicativas.

O termo “desvinculação” diz respeito à retirada de informações das “listas-resultados” de pesquisa nos *sites* de busca, quando se realiza esta a partir de uma palavra-chave. Ou seja, quando a desvinculação de alguma informação ocorre, isso significa que a informação ainda existirá na internet, porém só poderá ser acessada através de um *link* específico, sendo dificultado seu acesso através dos *sites* de busca pela utilização de uma palavra-chave.

Ao tratar da desvinculação, o STJ possuía entendimento pacífico de que o indivíduo que pleiteasse a desvinculação de uma informação nos *sites* de busca deveria indicar o *link específico*, para que este pudesse ser desvinculado na busca de uma palavra-chave. Ocorre que esse entendimento gerava um problema, uma vez que se existissem centenas de *sites* que estivessem violando a imagem de uma pessoa, esta deveria listar o *link* de cada um deles, não sendo uma solução prática, visto que seria uma incumbência difícil e trabalhosa de ser realizada pelo usuário lesado.

Recentemente, o STJ determinou que, diante da impossibilidade de incumbir ao usuário lesionado o trabalho de listar diversos *links*, os provedores de busca estariam obrigados (caso determinado judicialmente) a desvincular tal informação. Dessa forma, ao pesquisar uma determinada expressão de maneira simples, os provedores de busca não apresentariam resultados que conteriam violações de direitos individuais deste indivíduo.

Já o termo “desindexação” diz respeito ao ato de desindexar um resultado de busca independente da palavra-chave. Ou seja, aquele *site* não poderia ser listado na plataforma de busca em nenhuma hipótese. Para que alguma pessoa conseguisse acessar tal informação, esta irá o fazer através do *link* de um *site*, que não poderá ser encontrado a partir de uma busca pelo provedor.

Assim sendo, importante reiterar que, a partir da desindexação dos *sites* de busca, não há de se falar em cerceamento do direito ao acesso, visto que a desindexação promove apenas a remoção de um resultado de busca, mas não exclui uma página

da *web*. Ao desindexar um conteúdo, ainda estará se garantindo o direito de informar e ser informado, visto que este não exclui páginas da internet, porém permitindo que a pessoa lesionada siga sua vida sem ter constrangimentos.

Já o “apagamento”, termo mais extremo, seria uma medida que não concerne aos provedores de busca, uma vez que estes não produzem conteúdo, apenas indexam informações pré-existentes de *sites* de terceiros a uma referida expressão, nome ou termo inserido. Assim, ao determinar o “apagamento” de alguma informação que viole direito fundamental de algum indivíduo, estaria obrigando um *site*, diretamente, a excluir o conteúdo.

Indispensável pontuar que apenas o Poder Judiciário poderá dirimir quando e se o direito ao esquecimento será aplicável, uma vez que este é o único que possui competência para ponderar sobre a sobreposição, naquele caso concreto, do interesse privado – em que prevaleceria os direitos à honra, à imagem e ao nome de um indivíduo, por exemplo – ou o interesse público – em, que se primaria pelas liberdades de expressão, de imprensa e o direito à informação.

As entidades privadas, como os provedores de busca, não poderiam, sem determinação judicial, apagar, desvincular ou desindexar alguma informação a fim de promover o direito ao esquecimento para um indivíduo específico, uma vez que este ato poderia ser considerado como uma censura privada, e indo em confronto direto com os direitos da liberdade comunicativa amparados constitucionalmente.

4.4 DIREITO AO ESQUECIMENTO *VERSUS* EFEITO DE ESQUECIMENTO

Após entender o processo para se aplicar o direito ao esquecimento no caso concreto, necessário compreender também se o chamado “direito ao esquecimento” de fato pode ser considerado um direito, uma vez que o “esquecimento” sobre um fato ou informação não ocorre instantaneamente nos indivíduos. O esquecimento é, na verdade, um efeito desejado, visto que nenhuma decisão judicial pode, por si só, gerar

um esquecimento, mas apenas garantir que exista o apagamento, a desvinculação ou a desindexação de determinada informação.

Consoante o Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro (ITS Rio), o direito ao esquecimento não pode ser considerado um direito real (ITS-RIO, 2017). Três são as razões fundamentais:

[...] De início, ele não encontra previsão no ordenamento jurídico brasileiro. Em segundo lugar, ele tem servido, na verdade, para dar novo nome a lesões a outros direitos fundamentais ou da personalidade, como a honra, privacidade e nome. Como diz a ex-relatora para a Liberdade de Expressão da Organização dos Estados Americanos (OEA), Catalina Botero, o chamado direito ao esquecimento não é uma categoria jurídica, mas sim uma “categoria emocional”. O terceiro argumento para não reconhecer ao chamado direito ao esquecimento o status de direito é a verificação de que a sua implementação trata, na verdade, de questões envolvendo o apagamento de dados, a remoção de conteúdo ou a desindexação de chaves de busca. Essas medidas ou são previstas no ordenamento ou são debatidas pela jurisprudência, que estabelece limites para a sua execução. Convencionar o nome de algo como direito ao esquecimento obscurece o tratamento do está em seu cerne: a proteção de direitos como a privacidade, a imagem e nome por mecanismos como apagamento de dados, remoção de conteúdo e desindexação de chaves de busca.

Tendo em consideração que o direito ao esquecimento não pode ser classificado como um direito real, este também não gera o objetivado efeito de impor o esquecimento à terceiros acerca de algum acontecimento, notícia ou informação.

Muitas das vezes, ao tentar fazer com que haja o esquecimento acerca de alguma informação, o efeito pode ser ao contrário do que desejado. Denominado “efeito *Streisand*”, é um fenômeno social em que na tentativa de ocultar ou remover alguma informação, esta se voltaria contra o censor, tendo o efeito contrário, e muitas vezes resultando na replicação em massa daquilo que tentou fazer-se esquecer.

O “efeito *Streisand*” teve origem na polêmica judicial envolvendo a atriz e cantora Barbra Streisand, que processou o fotógrafo Kennetd Adelman, em 2003, acusando-o de violar sua privacidade ao postar fotos aéreas de sua mansão na Califórnia, Estados Unidos.

O fotógrafo havia publicado em seu site profissional milhares de fotos aéreas do litoral californiano, e em uma destas, a foto aérea da mansão da atriz. A atriz pediu

indenização ao fotógrafo, porém o juiz negou seu pedido, e ainda a condenou a pagar o valor gasto pelo fotógrafo com os advogados para o processo.

Ocorre que, segundo documentos anexados nos autos do processo, a foto, durante a ação legal, apenas havia sido acessada seis vezes. Em efeito contrário o que Barbra queria, após a repercussão do caso, a imagem aérea de sua mansão viralizou na internet, tendo o site do fotógrafo recebido mais de quatrocentas mil visitas em apenas um mês. Ou seja, Barbra, ao tentar remover uma informação da internet, teve efeito contrário ao pretendido, e sofreu o “efeito Streisand”, batizado em sua homenagem.

Levando em conta, portanto, que nenhuma decisão judicial seja capaz de imediatamente gerar o efeito de esquecimento, muitas vezes, ao tentar efetivar um suposto direito ao esquecimento, o indivíduo gera o efeito ao contrário, fazendo com que a informação repercute mais, gerando um interesse sobre a questão que antes nem sequer existia.

Em muitos casos, deixar o tempo agir sobre a informação torna-se uma alternativa menos danosa. Um exemplo desta afirmação é o caso do espanhol Mario Costeja González, que já foi retratado no primeiro capítulo. Mario demorou cinco anos para conseguir desvincular seu nome nos provedores de busca com a informação sobre o leilão de seu imóvel. Porém, mesmo conseguindo a desvinculação, Mario ainda é conhecido no mundo inteiro por sua história, que gerou enorme precedente mundial. Desta forma, nítido reconhecer que este sofreu o efeito colateral do direito ao esquecimento, uma vez que seu nome e sua história serão lembrados por muitas décadas.

Desta forma, pertinente colocar que o suposto direito ao esquecimento, que não pode ser considerado um direito real, seja um elemento do direito à privacidade, a fim de preservar a honra, imagem e nome de um indivíduo. Por não possuir normatividade em nosso sistema, o “direito ao esquecimento” vem para salientar o respeito a outros direitos reconhecidos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim como visualizado no presente estudo, o direito ao esquecimento ultrapassa a necessidade de se proteger a vida privada, preservando a honra, a imagem, o nome e a privacidade do indivíduo, uma vez que colide com outros direitos, como o de informação, da liberdade de expressão e demais liberdades comunicativas.

Considerando que os direitos acima mencionados são absolutos, deverá haver, no caso concreto, a ponderação das circunstâncias presentes, a fim de que se determine qual direito deverá sobressair e ser aplicado.

Conclui-se, portanto, que não há uma única resposta para a resolução de todos os casos, uma vez que não há hierarquia dos direitos em tela. Dessa forma, as partes deverão esperar pelo aval do juiz, para que este analise o caso concreto e chegue a uma decisão a partir de uma escolha racional entre os direitos mencionados.

Para que o juiz possa fazer uma escolha congruente em que pese a sobreposição dos direitos, deverá ponderar entre os direitos tutelados e analisá-los no caso concreto, a fim de se chegar a uma melhor medida para aquele momento, analisando também sua necessidade e sua adequação.

Assim sendo, cada caso terá uma solução adequada, devendo esta solução ser devidamente fundamentada pelo magistrado, com o intuito de viabilizar o contraditório e a ampla defesa, além de apreciar o direito ao esquecimento em um constante progresso de conceitos em face a formação de novas demandas trazidas pela chamada “era da informação”.

Importante destacar, ainda, que as empresas privadas como os provedores de busca não podem, sem determinação judicial, desvincular ou desindexar uma informação para efetivar um suposto direito ao esquecimento, pois se configuraria como uma censura privada. Isto é, apenas o Poder Judiciário possui competência para ponderar sobre a sobreposição dos direitos no caso concreto, analisando acerca do interesse público e privado.

Ademais, o termo “direito ao esquecimento” não se mostra uma perfeita nomenclatura, dado que este de fato não pode ser classificado como um direito – visto que é um desdobramento do direito a privacidade, e tão pouco mostra-se efetivo nas relações sociais que pretende regular, nem com os bens jurídicos que visa tutelar.

O direito ao esquecimento não gera o efeito de esquecimento automaticamente, e, muitas vezes, ao tentar efetivá-lo, o indivíduo pode gerar o efeito contrário ao pretendido. Isso ocorre, pois, nenhuma decisão judicial pode de fato apagar da lembrança de terceiros o conhecimento de uma informação. Desta forma o direito ao esquecimento se mostra falho, devendo ser utilizado a nomenclatura “direito a desindexar” ou direito a desvincular”, visto que estes são os reais efeitos por trás do suposto direito ao esquecimento.

REFERÊNCIAS

AMORIM, José Roberto Neves. **Direito ao Nome da Pessoa Física**. São Paulo: Saraiva, 2003.

BARROS, Rodrigo Janot Monteiro de. **Parecer Direito ao Esquecimento – STF – Caso Aída Curi**, 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 01 out. 2020.

_____. Lei 12.965, de 23 de Abril. de 2014. **Marco Civil da Internet**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 24 out. 2020.

BOLZAN, Bárbara Eleonora Taschetto; CIGANA, Paula Fabíola; SILVA, Roseane Leal da. A Liberdade de Expressão e Seus Limites na Internet: Uma Análise a Partir da Perspectiva da Organização dos Estados Americanos. **Revista Direitos e Garantias Fundamentais**. Vitória, v. 20, n. 1, p. 219-250, jan./abr., 2019.

COLNAGO, Cláudio de Oliveira Santos; **Liberdade de Expressão na Internet: Desafios Regulatórios e Parâmetros de Interpretação**. 2016. 208 f. Tese (Doutorado em Direitos e Garantias Fundamentais) - Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais, Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2016.

GONÇALVES, Nicole P. S. Mader; Liberdade de Expressão e Estado Democrático de Direito. In: CLÈVE, Clemerson Merlin (coord.). **Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O conteúdo retórico do direito à privacidade e a validade da prova obtida mediante filmagens nos ambientes público e privado**. 2014. 228 f. Tese (Doutorado em Direitos e Garantias Fundamentais) - Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais, Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2014.

ITS RIO. **Dez Dilemas Sobre o Chamado Direito ao Esquecimento**. 12 de jun. 2017. Disponível em: <https://feed.itsrio.org/dez-dilemas-sobre-o-chamado-direito-ao-esquecimento->

VIDIGAL, Leonardo Bruno Marinho. **O Direito ao Esquecimento e a Incipiente Experiência Brasileira:** Incompreensões sobre o tema, limites para sua aplicação e a desafiadora efetivação no ambiente virtual. Tese (Doutorado em Direito) Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2017.

YOUTUBE; **Linha Direta Justiça: A Chacina da Candelária.** Publicado em: 26. Nov. 2016. Disponível em:
https://www.youtube.com/watch?v=QgwdGqsvr6E&ab_channel=L%C3%BAciaVer%C3%ADssimoArquivoOficial. Acesso em: 20 out. 2020.